



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

# La Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental

Mercedes Isabel Manzanares Campos

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Civil

# **LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO AMBIENTAL**

Director/a de la tesi:

DR./A Maria Del Mar Campins Eritja

Departament de Dret Penal i Cirminologia,  
i Dret Internacional Públic i Relacions Internacionals

UNIVERSITAT DE BARCELONA

DR./A Inmaculada Barral Viñals

Departament de Dret Privat

UNIVERSITAT DE BARCELONA

Tutor/a:

DR./A Inmaculada Barral Viñals

Departament de Dret Privat

UNIVERSITAT DE BARCELONA

MERCEDES ISABEL MANZANARES CAMPOS

BARCELONA, 2021

## **AGRADECIMIENTO:**

De manera especial, agradezco a mi Directora de Tesis, Dra. MAR. CAMPINS ERITIJA y a mi Directora y Tutora de tesis la Dra. INMACULADA BARRAL, por haberme transmitido sus sabias enseñanzas lo que ha permitido culminar con éxito la presente tesis Doctoral.

Al Dr. CARLOS MALUQUER DE MOTES (+), que en paz descansé, de Dios goce, y brille para él la luz eterna, quien antes de su partida de este mundo perfiló el proyecto de investigación de la presente tesis doctoral y me dejó como legado su optimismo para no desmayar en la culminación de la presente tesis doctoral.

A los Doctores JAVIER GARCÍA GÓMEZ y CARLOS GARCÍA GÓMEZ, quienes fueron los artífices del inicio de mis estudios de Doctorado en la Universidad de Valencia, así como mi inspiración para inclinar mis investigaciones en materia ambiental.

Al Dr. DR. ANTONI PIGRAU SOLÉ y a la DRA. SUSANA BORRÁS PENTINAT por sus sabias enseñanzas y haber permitido una estancia en la Universidad Rovira y Virgili, lo que me inspiró a no desmayar en la presente investigación por la importancia que representa para la humanidad, el medio ambiente.

Mi gratitud eterna a todos los que me ayudaron de diversas maneras a cumplir con la presente investigación: ALEJANDRA RAMIREZ MANZANARES, MARIA BERTHA ROMERO RODRIGUEZ, JAVIER MARILUZ JIMÉNEZ, PAUL MEREGILDO ESPINAR, OMAR CAURINO SALAZAR(+), ELOÍSA JAVIER SAAVEDRA, JEAN CARLOS PONCE CANICELA, A CARLOS ARICA CLAVIJO, JOHANA OJEDA SOTO, HÉCTOR HERNÁNDEZ HUAMAÑAHUI, JESSICA PÉREZ SOLÓRZANO, DALIA SALCEDO VARGAS, BEATRIZ MOISES ALFARO, JUDHIT MORALES GONZALES, KAROLINA MOSCOSO CÁRDENAS, por su valioso apoyo en la realización de la presente investigación.

## RESUM

La Degradació de l'entorn constitueix un dels problemes cabdals que la Humanitat te plantejats. L'evidència Fenòmens, que incontrolats, han Arribat a amenaçar la Capacitat assimiladora i regeneradora de la naturalesa, i en MOLTS casos han ocasionat el problema de l'dany ambiental, l'MATEIX que requereix, a el mapa de la Responsabilitat jurídica, ha una resposta adequada per a su reparació, Tant a nivell de l'dret intern, com de l'dret internacional.

A nivell de dret intern; s'a abordat la importància de la Responsabilitat civil per a la protecció de l'entorn, a través d'Anàlisi dels sistemes de Responsabilitat civil paper dany ambiental més influents, per tal d'aplicar a els moderns postulats de l'dret civil. En AQUEST context, la doctoranda Proposa 1: "Sistema absolut de Responsabilitat civil paper dany ambiental" per ser APLICAT al dret peruà, a partir d'1 canvi conceptual de l'dret civil individualista cap a un dret civil amb Utilitat social, que contribueixi a la discussió, Anàlisi i Solució de la problemàtica de la reparació de l'dany ambiental. Sistema que ha de Comprendre a els Següents elements: 1 Definició àmplia de dany ambiental; la Canalització de Responsabilitat Tant cap ALS Privats, com ALS Estats; el factor d'atribucions de tipo Objectiu; la relació qualitat de causalitat des del punt de vista jurídic i Probabilistic; la limitacions dels supòsits de ruptura de l'nexe causal i de les causes eximents de Responsabilitat; la reparació de l'dany ambiental; l'assegurabilitat dels Danys ambientals; la Possibilitat de la compensació de fons finançats pèls Operadors Privats i per l'Estat, i la implementació d'Altres instruments Financers.

A nivell de l'dret internacional, partim de la tesi consistent que, el sistema que articula el dret internacional en matèria de Responsabilitat internacional dels Estats és inadequat per Respondre a la problemàtica de la reparació de l'dany ambiental Transfronterer, la doctoranda Proposa el disseny d'un "nou sistema de Responsabilitat Internacional dels Estats General, Obligatori i Absolut, pèls Danys ambientals transfronterers "a partir d'1 canvi conceptual de l'dret internacional purament declaratiu i preventiu, cap a l'Establiment d'un sistema jurídic de Naturalesa obligatori i reparador de l'dany ambiental Transfronterer. El corol·lari lògic dels Danys ambientals generats per els activitats de RISC ha de ser l'Responsabilitat absoluta o estricta, Partint de la tesi, absolutament comprovable, consistent en què hi ha 1 buit normatiu en Matèria de Responsabilitat internacional que calç Omplir de contingut a través d'una norma internacional general i obligatòria que estableixi Responsabilitat "directa", "absoluta" o "estRICTa" de l' Estat per Danys ambientals transfronterers. El Fonament principal de la Responsabilitat absoluta, és basa en el FET que és just que l'Estat d'origen, que ocasioni 1 dany ambiental Transfronterer en contra de l'territori d'1 Altre Estat, o JURISDICCió universal, va seguir qui assumeixi la Responsabilitat de reparar AQUEST dany, ha que seria injust que qui el pateix, sense Obtenir cap Avantatge, va seguir l'obligat a suportar a els Danys.

## Resumen

La degradación del medio ambiente constituye uno de los problemas capitales que la humanidad tiene planteados. La evidencia de fenómenos, que incontrolados, han llegado a amenazar la capacidad asimiladora y regeneradora de la naturaleza, y en muchos casos han ocasionado el problema del daño ambiental, el mismo que requiere, en el plano de la responsabilidad jurídica, una respuesta adecuada para su reparación, tanto a nivel del derecho interno, como del derecho internacional.

A nivel de derecho interno; se ha abordado la importancia de la responsabilidad civil para la protección del medio ambiente, a través del análisis de los sistemas de responsabilidad civil por el daño ambiental más influyentes, a fin de aplicar los modernos postulados del derecho civil. En este contexto, la doctoranda propone un: *“Sistema absoluto de responsabilidad civil por el daño ambiental” para ser aplicado en el derecho peruano*, a partir de un cambio conceptual del derecho civil individualista hacia un derecho civil con utilidad social, que contribuya a la discusión, análisis y solución de la problemática de la reparación del daño ambiental. Sistema que debe comprender los siguientes elementos: una definición amplia de daño ambiental; la canalización de responsabilidad tanto hacia los privados, como a los Estados; el factor de atribución de tipo objetivo; la relación de causalidad desde el punto de vista jurídico y probabilístico; la limitación de los supuestos de ruptura del nexo causal y de las causas eximentes de responsabilidad; la reparación del daño ambiental; la asegurabilidad de los daños ambientales; la posibilidad de la compensación de fondos financiados por los operadores privados y por el Estado, y la implementación de otros instrumentos financieros.

A nivel del derecho internacional, partimos de la tesis consistente en que, el sistema que articula el derecho internacional en materia de responsabilidad internacional de los Estados es inadecuado para responder a la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo, la doctoranda propone el diseño de un *“Nuevo Sistema de Responsabilidad Internacional de los Estados General, Obligatorio y Absoluto, por los daños ambientales transfronterizos”* a partir de un cambio conceptual del derecho internacional puramente declarativo y preventivo, hacia el establecimiento de un sistema jurídico de naturaleza obligatorio y reparador del daño ambiental transfronterizo. El corolario lógico de los daños ambientales generados por las actividades de riesgo debe ser la responsabilidad absoluta o estricta, partiendo de la tesis, absolutamente comprobable, consistente en que existe un vacío normativo en materia de responsabilidad internacional que es necesario llenar de contenido a través de una norma internacional general y obligatoria que establezca responsabilidad *“directa”, “absoluta” o “estricta”* del Estado por daños ambientales transfronterizos. El fundamento principal de la responsabilidad absoluta, se basa en que es justo que el Estado de origen, que ocasione un daño ambiental transfronterizo en contra del territorio de otro Estado, o jurisdicción universal, sea quien asuma la responsabilidad de reparar dicho daño, pues sería injusto que quien lo sufre, sin obtener ventaja alguna, sea el obligado a soportar los daños.

## ABSTRACT

The degradation of the environment constitutes one of the capital problems that humanity faces. The evidence of phenomena, which uncontrolled, have come to threaten the assimilative and regenerative capacity of nature, and in many cases have caused the problem of environmental damage, which requires, at the level of legal responsibility, an adequate response to their reparation, both at the level of domestic law and international law.

At the level of internal law; the importance of civil liability for the protection of the environment has been addressed through the analysis of the most influential civil liability systems for environmental damage, in order to apply the modern postulates of civil law. In this context, the doctoral student proposes an: “Absolute system of civil responsibility for environmental damage” to be applied in Peruvian law, based on a conceptual change from individualistic civil law towards a civil law with social utility, which contributes to the discussion, analysis and solution of the problem of repairing environmental damage. System that must include the following elements: a broad definition of environmental damage; the channeling of responsibility to both the private sector and the States; the objective type attribution factor; the causal relationship from the legal and probabilistic point of view; the limitation of the cases of rupture of the causal link and the grounds for exempting liability; repair of environmental damage; the insurability of environmental damage; the possibility of offsetting funds financed by private operators and by the State, and the implementation of other financial instruments.

At the level of international law, we start from the thesis that the system that articulates international law in matters of international responsibility of States is inadequate to respond to the problem of repairing transboundary environmental damage, the doctoral student proposes the design of a “New System of General, Compulsory and Absolute International Responsibility of the States, for transboundary environmental damages” based on a conceptual change of purely declarative and preventive international law, towards the establishment of a legal system of a mandatory nature and reparation of the damage transboundary environmental. The logical corollary of the environmental damage generated by risky activities must be absolute or strict liability, based on the absolutely verifiable thesis, consisting of the fact that there is a regulatory gap in matters of international liability that must be filled with content through a general and mandatory international standard that establishes “direct”, “absolute” or “strict” responsibility of the State for transboundary environmental damage. The main foundation of absolute responsibility is based on the fact that it is fair that the State of origin, which causes transboundary environmental damage against the territory of another State, or universal jurisdiction, is the one who assumes the responsibility to repair said damage, since it would be unfair that the person who suffers it, without obtaining any advantage, is the one obliged to bear the damages.

## INDICE

### “La Responsabilidad Civil por el daño al medio ambiente”

<b>I.- INTRODUCCION. ....</b>	<b>16</b>
<b>Primera Parte</b>	
<b>“El Daño Ambiental”</b>	
<b>1.- Planteamiento teórico, acerca de considerar al medio ambiente como un bien jurídico protegido y su posible definición .....</b>	<b>32</b>
<b>1. 1.- El medio ambiente como un bien jurídico protegido.....</b>	<b>47</b>
<b>1.1.1.-Respecto a la definición del medio ambiente.....</b>	<b>49</b>
<b>1.1.2.-Acerca de la concepción restringida, intermedia, amplia, unitaria y universal del concepto bien jurídico protegido del medio ambiente.....</b>	<b>50</b>
<b>2.- El daño: razón de ser de la responsabilidad civil.....</b>	<b>55</b>
<b>2.1.- El concepto del daño ambiental pone en crisis la concepción del daño en sentido clásico...</b>	<b>56</b>
<b>2.2.-El daño ambiental.....</b>	<b>58</b>
<b>2.2.1.-Daños ambientales individualizables.....</b>	<b>60</b>
<b>2.2.2.-Concepto de daño ambiental o daño al medio ambiente puro.....</b>	<b>63</b>
<b>3.-Características esenciales del daño ambiental.....</b>	<b>66</b>
<b>3.1.-Son daños de naturaleza difusa.....</b>	<b>67</b>
<b>3.2.- Los daños ambientales tienen presencia del interés social.....</b>	<b>68</b>
<b>3.3.- El carácter colectivo del daño ambiental.....</b>	<b>69</b>
<b>3.4.-Los daños ambientales son siempre socialmente intolerables.....</b>	<b>71</b>
<b>3.4.1. La medida del daño ambiental tolerable o intolerable.....</b>	<b>72</b>
<b>3.5.- El daño al medio ambiente tiene efecto acumulativo.....</b>	<b>74</b>
<b>3. 6.- Características de los daños ambientales en su dimensión temporal.....</b>	<b>75</b>
<b>4.-Tipología de los daños ambientales.....</b>	<b>76</b>

4.1.- Daños al medio ambiente puro.....	77
4.1.1.- Daños al medio ambiente social.....	81
<b>5.- El daño patrimonial, personal y moral ocasionado por el daño ambiental .....</b>	<b>83</b>
5.1.- Los daños patrimoniales causados por el daño ambiental.....	84
5.2.- Los daños personales por los daños ambientales.....	86
5.2.1. El daño biológico o físico causado por el daño ambiental.....	87
5.2.2. Los daños personales que afectan a colectivos ocasionados por el daño ambiental...	89
5.3.- El daño moral ocasionado por el daño ambiental.....	91
5.3.1.- Daños morales espirituales o psíquicos por el daño ambiental.....	94
5.3.2.- Los daños morales por el truncamiento de las <i>expectativas personales</i> o <i>pérdida de oportunidad</i> .....	96
5.3.3.- El daño <i>moral colectivo</i> por efectos del daño al medio ambiente.....	99
5.3.4.- El daño moral ecológico.....	100

## Segunda Parte

### “La Antijuricidad en la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental”

<b>1- La crisis de la antijuricidad clásica en la responsabilidad civil por el daño ambiental .....</b>	<b>104</b>
1.1.- La antijuricidad y la ilicitud del daño ambiental.....	105
1.2.- La antijuricidad y la teoría de la justificación aplicada a los daños ambientales.....	106
1.3.- La antijuricidad, en relación a la responsabilidad objetiva por los daños ambientales.....	107

## CAPITULO II

### “La Relación de Causalidad en el Daño Ambiental”

1.- La posibilidad de establecer la relación de causalidad en la responsabilidad civil por el daño ambiental.....	108
--	-----



<b>1.1.-</b> La causa necesaria para producir el daño ambiental.....	111
<b>2.-</b> Las teorías clásicas y modernas que tratan de explicar la relación de causalidad en el daño ambiental.....	113
<b>2.1.-</b> Teoría de la equivalencia y la relación de causalidad en el daño ambiental.....	114
<b>2.2.-</b> La teoría de la causalidad adecuada.....	116
<b>2.2.1.-</b> Teoría de la causa adecuada y la problemática causal del daño ambiental.....	119
<b>2.2.2.</b> La relación de causalidad, en relación a la responsabilidad objetiva de los daños ambientales.....	122
<b>2.3.-</b> Hacia una causalidad jurídica en la responsabilidad objetiva de los daños ambientales....	124
<b>2.4.-</b> Hacia una causalidad probabilística en la responsabilidad objetiva de los daños ambientales.....	125
<b>2.5.-</b> La flexibilización de los mecanismos procesales de la prueba y la causalidad del daño ambiental.....	131
<b>2.5.1.-</b> La prueba del nexo causal del daño ambiental no debe ser rígida.....	133
<b>2.5.2.-</b> La inversión de la carga de la prueba y el nexo causal del daño ambiental.....	134
<b>2.5.3.-</b> La presunción del nexo causal del daño ambiental.....	136
<b>2.5.4.-</b> La prueba indiciaria y el nexo causal del daño ambiental.....	140
<b>2.5.5.-</b> La prueba científica, técnica y el nexo causal del daño Ambiental.....	141
<b>3.-</b> Los supuestos de ruptura del nexo causal en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental.....	143
<b>3.1.-</b> El caso fortuito en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.....	146
<b>3.2.-</b> La fuerza mayor en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.....	148
<b>4.-</b> Las causas justificantes de responsabilidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.....	151
<b>4.1.-</b> La concurrencia o existencia de <i>una acción u omisión dolosa o imprudencia</i> de la víctima en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente. ....	152

4.2.- En relación, a la actuación amparada por la ley o una autorización en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.....	154
4.3.-El hecho determinante de un tercero en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.....	155
4.4.- Cuando el demandado haya actuado en interés de la víctima o en cumplimiento de un mandato de la administración en el caso de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente. ....	158

### **CAPITULO III**

#### ***“El Factor de Atribución en la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental”***

1.- La responsabilidad subjetiva y objetiva en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.....	160
1.1.- El sistema subjetivo en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.....	162
1.2.- El sistema objetivo en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.....	164
2.- Los problemas que genera el sistema dual de responsabilidad en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.....	168
2.1.-La inadecuación del sistema subjetivo tradicional en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.....	168
2.2.-La responsabilidad dual como un problema para el sistema peruano de responsabilidad ambiental.....	175
2.3.-La inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad del agente del daño ambiental.....	192
3.- El sistema objetivo, como una opción para el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental.....	195
3.1.- La evolución a la responsabilidad objetiva.....	200
3.2.-Los sistemas jurídicos objetivos como una opción para de responsabilidad por el daño ambiental.....	205
3.2.1.- El sistema alemán de responsabilidad objetivo, por los daños ambientales.....	205

3.2.2.-El sistema americano de responsabilidad objetivo en materia ambiental.....	209
3.3.- Hacia un sistema de responsabilidad civil objetivo, absoluto o estricto por el daño ambiental.....	210

## CAPITULO IV

### *“La obligación jurídica de reparar el daño ambiental”*

#### 1.- La obligación jurídica de reparar el daño ambiental.

1.1.-La reparación del daño ambiental, en el derecho peruano y en otros sistemas de responsabilidad por el daño ambiental.....	216
--	-----

#### 2.- Formas y alcance de la reparación del daño ambiental ..... 224

2.1.-El resarcimiento <i>in natura</i> del daño ambiental.....	225
2.2.-Reparación por equivalencia del daño ambiental.....	228
2.3.- Nuevas formas de reparación del daño ambiental puro.....	229
2.4.-La valoración económica y social de los daños ambientales.....	232

#### 3. Extensión de los daños ambientales..... 237

##### 3.1.-El daño patrimonial por el daño al medio ambiente..... 238

3.1.1. El daño emergente y lucro cesante en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas.....	238
---	-----

A. El daño emergente en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas.....	238
---	-----

B. El lucro cesante en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas.....	239
--	-----

##### 3.2.- La posibilidad jurídica de indemnizar el daño ambiental puro ..... 241

3.2.1.- El daño al medio ambiente y los intereses colectivos.....	249
---	-----

3.2.2.- El daño emergente y el lucro cesante del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro.....	252
---	-----

A. El daño emergente del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro.....	252
---	-----

<b>B.</b> El lucro cesante del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro.....	254
<b>3.2.3.-</b> La reparación del daño moral por el daño ambiental.....	254
<b>A.</b> El daño moral individual por daño al medio ambiente.....	256
<b>B.</b> La reparación del daño moral ecológico.....	259
<b>3.3.-</b> Posibilidad jurídica, de reparación de otros daños extra-patrimoniales por el daño al medio ambiente.....	259
<b>3.3.1.-</b> Las molestias a consecuencia del daño ambiental.....	261
<b>4.- Formas complementarias de reparar el daño ambiental: los seguros, las garantías financieras y los fondos.....</b>	266
<b>4.1.-</b> Las diversas modalidades de garantías y la responsabilidad civil.....	266
<b>4.2.-</b> El derecho peruano y los seguros ambientales.....	268
<b>4.3.-</b> La naturaleza del seguro ambiental.....	272
<b>4.3.1.-</b> Formas de aseguramiento del daño ambiental.....	272
<b>A.</b> El seguro voluntario para el daño ambiental. ....	273
<b>B.</b> El seguro obligatorio para el daño ambiental. ....	273
<b>4.3.2.-</b> El pool de aseguradoras para cubrir el daño ambiental. ....	277
<b>4.3.3.-</b> Acerca de las limitaciones y ventajas de los seguros ambientales.....	279
<b>A.</b> Las limitaciones de los seguros ambientales.....	280
<b>B.</b> Las ventajas de los seguros ambientales.....	286
<b>4.4.-</b> El aval para el daño ambiental.....	294
<b>4.5.-</b> Las garantías financieras de la responsabilidad por el daño ambiental.....	295
<b>4.6.-</b> La creación de fondos en materia ambiental.....	298
<b>4.6.1.-</b> Clasificación de los fondos. ....	301
<b>A.</b> Fondos complementarios.....	301
<b>B.</b> Fondos mixtos.....	301
<b>C.</b> Fondos de naturaleza pública o fondos administrativos.....	302

## CAPITULO V

### “La Responsabilidad Internacional por los Daños Transfronterizos”

#### Primera Parte

#### “Las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo desde la perspectiva del derecho internacional”

<b>1.1.- Las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos .....</b>	<b>310</b>
<b>1.1.1.- Las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambiental transfronterizos de naturaleza vinculante .....</b>	<b>310</b>
<b>1.1.1.1.- Las normas internacionales establecidas en <i>convenios o tratados</i>.....</b>	<b>312</b>
<b>1.1.1.2.- Las normas internacionales consuetudinarias.....</b>	<b>315</b>
<b>1.1.1.3.- Los principios generales del derecho internacional ambiental.....</b>	<b>319</b>
<b>1.1.1.4.- El acto unilateral de un Estado.....</b>	<b>348</b>
<b>1.1.2.- Las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales sin naturaleza vinculante.....</b>	<b>349</b>
<b>1.1.2.1.- El fenómeno del “<i>soft law</i>”, en materia de responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos.....</b>	<b>350</b>
<b>1.1.2.2.- Las aportaciones del fenómeno del “<i>soft</i>”, al reconocimiento de un régimen general, en materia de responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos.....</b>	<b>352</b>
<b>1.2.- Las dificultades para la delimitación del daño ambiental transfronterizo .....</b>	<b>354</b>
<b>1.2.1.- La definición de daño ambiental transfronterizo.....</b>	<b>354</b>
<b>1.2.2.- “Territorio, jurisdicción y Control”: la cuestión del alcance.....</b>	<b>358</b>
<b>1.2.3.- La relevancia del daño ambiental transfronterizo: la determinación del</b>	

«daño sensible» «grave» o «sustancial» .....	362
<b>1.3.- Los diversos enfoques, de la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos.</b> .....	369
<b>1.3.1.-</b> La responsabilidad internacional de los Estados por <i>hechos ilícitos</i> .....	373
<b>1.3.2.-</b> La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, basada en la prevención de daños transfronterizos.....	379

## Segunda Parte

### “Las limitaciones que plantea la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos para reparar el daño ambiental transfronterizo”

<b>2.1.- La violación de una obligación internacional como elemento objetivo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito.</b> .....	390
<b>2.1.1.-</b> La violación de la obligación puede emanar de tratados y de otras fuentes de derecho internacional, «sea cual fuere el origen de esa obligación». ....	394
<b>2.1.2.-</b> Las dificultades de aplicación al ámbito ambiental de algunas de las normas generales desde el punto de vista del elemento objetivo del hecho ilícito internacional.....	396
<b>2.1.3.-</b> La “ <i>obligación primaria</i> ” de no dañar al medio ambiente de otros Estados y la necesidad de establecer “ <i>normas secundarias</i> ” en el mecanismo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. ....	400
<b>2.1.4.-</b> La dificultad de probanza del <i>doble test</i> de la diligencia debida de los órganos del Estado.....	406
<b>2.2.- Las dificultades que presenta la atribución al Estado del resultado de un daño ambiental transfronterizo.</b> .....	410
<b>2.2.1.-</b> La atribución del comportamiento de los órganos del Estado, o de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.....	413
<b>2.2.2.-</b> La atribución de un comportamiento de los actores privados al Estado.....	418

<b>2.2.3.-</b> El interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos” .....	420
<b>2.3.-Las dificultades que encuentra la obligación de reparar el daño ambiental transfronterizo en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos.</b> .....	424
<b>2.3.1.-</b> La reparación, el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos.....	424
<b>Tercera Parte</b>	
<b>“Hacia un sistema responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos de naturaleza general, obligatorio y absoluto”</b>	
<b>3.1.- La inexistencia de una norma de derecho internacional que establezca</b>	
<b>responsabilidad absoluta del Estado por daños ambientales transfronterizos.</b> .....	427
<b>3.1.1.-</b> La ilicitud del daño ambiental transfronterizo y la responsabilidad absoluta.....	431
<b>3.1.2.-</b> La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y las cuestiones relacionadas con la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas... ..	433
<b>3.1.3.-</b> La reparación en los trabajos de la CDI, en relación a la responsabilidad de los Estados <b>por</b> las actividades no prohibidas.....	440
<b>3.2.-Hacia el reconocimiento de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos “absoluto” o “estricto”</b> .....	442
<b>3.2.1.-</b> La aplicación del principio de la responsabilidad causal, estricta o absoluta, en el sistema de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos.....	448
<b>3.3.-La canalización de la responsabilidad del Estado hacia operadores privados a través de los regímenes convencionales de naturaleza sectorial</b> .....	452
<b>3.3.1.-</b> El aporte de los regímenes internacionales de responsabilidad civil de naturaleza	

sectorial, al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los estados por el daño ambiental transfronterizo...	457
<b>3.3.1.1.-</b> El sistema global de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares.....	458
<b>3.3.1.2.-</b> El sistema europeo de responsabilidad absoluta sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares.....	463
<b>3.3.1.3.-</b> El sistema global de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos en materia de hidrocarburos.....	467
<b>3.3.1.4.-</b> Sistemas objetivos de responsabilidad sobre la contaminación de aguas de mares, ríos y lagos.....	475
<b>3.3.1.5.-</b> El sistema de responsabilidad sobre los daños causados por el movimiento transfronterizo de desechos y su eliminación.....	477
<b>3.3.1.6.-</b> El sistema europeo de responsabilidad por los daños causados por las actividades peligrosas y el establecimiento de un sistema de responsabilidad absoluta e ilimitada, y solidaria en materia de daños ambientales.....	482
<b>3.3.2.-</b> Los elementos más representativos, de los regímenes internacionales de responsabilidad civil de naturaleza sectorial, que contribuyen al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por el daño ambiental transfronterizo.....	485
<b>CONCLUSIONES</b> .....	493
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	522
<b>ANEXO I</b> .....	564



## “La Responsabilidad Civil por el daño al medio ambiente”

### I.-Introducción <sup>1</sup>

La degradación del medio ambiente constituye, uno de los problemas capitales que la humanidad tiene planteados<sup>2</sup>, ocasionado por del irracional anhelo de alcanzar el “desarrollo”<sup>3</sup>, a costa, de un medio ambiente<sup>4</sup> sano y equilibrado. Como sostiene MAR CAMPINS, es el tributo que ha debido pagar la sociedad de consumo por tantos años de explotación de los recursos naturales,<sup>5</sup> el desarrollo tecnológico, la industrialización<sup>6</sup>, el lógico proceso de urbanización de grandes áreas territoriales. Fenómenos que incontrolados, han llegado a amenazar la capacidad asimiladora y regeneradora de la naturaleza y en muchos casos, han generado la perturbación irreversible del equilibrio ecológico general<sup>7</sup>. Tal situación ha ocasionado graves efectos en el «medio ambiente», como son: la deforestación<sup>8</sup>, la extinción especies, la disminución de la capa de ozono o el efecto invernadero<sup>9</sup>, entre otros daños ambientales<sup>10</sup>, y además efectos degenerativos<sup>11</sup> de las condiciones de vida de los seres humanos<sup>12</sup> individuales y colectivos. El problema del daño ambiental<sup>13</sup>, tiene un amplio debate, tanto a nivel social, económico, como jurídico

---

<sup>1</sup> Se ha seguido la técnica, utilizada para el esquema de una introducción de la tutora de la presente tesis, CAMPINS ERITJA, Mar, “*La Gestión de los Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea*”, Edit. José M. BOSCH, primera edición, Barcelona - España, 1994, pp. 15-19.

<sup>2</sup> El problema ambiental: ejerce presión sobre los ordenamientos jurídicos e insta a su transformación. MOLINA MAGDALENA, Pablo, “*Las transformaciones del Derecho a la luz*”, Revista del Derecho Industrial, Año 14, mayo -agosto 1992, Ediciones Depalma, Talcahuano No 494, Buenos Aires, pág. 349.

<sup>3</sup> El problema está impactado a los países en vías de desarrollo desde el momento en que ellos comienzan a dedicar todos sus esfuerzos y energías para alcanzar la ansiada meta del desarrollo. CAPURROS, Luis y VERGARA R., Richard, “*Presente y Futuro del Medio Humano*”, Editorial Continental S.A., México, 1975, Pág. 24;

<sup>4</sup> Un sector de la doctrina internacional reconoce que el derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado pertenece a la categoría de derecho humano de tercera generación. VERA ESQUIVEL, Germán, “*La protección del medio ambiente y los derechos humanos: algunas aproximaciones comparativas*”, En: Agenda Internacional, Año I, N°1, Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, 1994, Pág. 136.

<sup>5</sup> La degradación medioambiental (...) suscita un amplio debate a nivel social, económico y jurídico, lo que a finales de los años sesenta no se consideró más que una respuesta algo pintoresca a un determinado modo de desarrollo, se ha convertido hoy en día en una cuestión abierta, paradigma de una crisis importante de los valores de la sociedad neoliberal posmoderna. CAMPINS ERITJA, Mar, “*La Gestión de los Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea*”, Óp. Cit., pág. 15-19.

<sup>6</sup> Existe conciencia generalizada de que los procesos de industrialización que tuvieron lugar - muy especialmente a partir de 1950- han tenido una influencia negativa sobre el medio ambiente. DARÍO BERGEL, Salvador, “*Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente: La Perspectiva Latinoamericana*”, en Revista del Derecho Industrial, Óp. Cit., pág. 340 -343.

<sup>7</sup> Los principales procesos asociados con el cambio global son la intensificación del efecto invernadero, la disminución de la capa de ozono de la estratosfera, la lluvia ácida y la pérdida de biodiversidad. LUDEVIC ANGLADA, Manuel, “*El Cambio Global en el Medio Ambiente*”, Edit. Aldaomega-Marcombo, 1997, Barcelona-España, pág. XIII.

<sup>8</sup> i) Los bosques han sido degradados. (...) cada año se talan unos 16 millones de hectáreas de bosques – el doble de la superficie de Austria. LEAN, Geoffrey, “*El Planeta Tierra en Peligro, Cuestiones del Milenio*”, Signo, Revista del Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú, Año 10, N.º 94, Lima, enero 2001, pp. 29-31; ii) La deforestación en América Latina alcanzó en la década del 80 una tasa anual del 0,61 % para la región en su conjunto (...) siendo el incremento anual alarmante en los países de la Cuenca Amazónica; constituyendo la situación más grave es la de Rondanina (Brasil), donde aumento el 244% entre 1975 y 1978, el 128% entre 1980 y 1984 y el 51% entre 1984 y 1985. (...) A principios de siglo el 12.8% del territorio estaba cubierto por selva; hoy solo lo cubre el 2.8%. DARÍO BERGEL, Salvador, “*Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente: La Perspectiva Latinoamericana*”, Óp. Cit., pág. 331.

<sup>9</sup> LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “*Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*”, Edit. Thomson – Aranzadi, Navarra – España, 2004, pág. 13-17.

<sup>10</sup> Problemas ambientales: contaminación del aire, agua, suelo, acústica, lumínica, gestión de residuos, consumo de recursos y agua, deforestación, desertización, consumo de energía, pérdida de biodiversidad, huellas ecológicas, agujero de ozono, lluvia ácida, entre otros. VIÑOLAS I MARLET, Joaquín, “*Diseño Ecológico- Hacia un diseño y una producción en armonía con la naturaleza*”, Edit. Blume, Barcelona, 2005, pág. 14-22.

<sup>11</sup> Entre los seres humanos y el medio ambiente en vez de existir armonía hay conflicto. JAIME CARDENAS, Jorge, (director), “*Cuidar el Medio Ambiente, cuestión de vida o muerte*”, Revista Pedagógica, Año 6, Oct- nov. 95 Lima-Perú, pág. 57.

Nos centraremos, sólo en el plano de la responsabilidad jurídica del mismo, tanto a nivel del derecho interno, como del derecho internacional. Ello en razón, a que el daño ambiental,<sup>14</sup> es un nuevo fenómeno que lesiona a los individuos y al medio ambiente de los países, el mismo que no conoce fronteras<sup>15</sup>, traspasando los límites de los territorios, fijados por el hombre<sup>16</sup>, y llegando a afectar a toda la tierra. Así a nivel del derecho internacional, tal situación, ha obligado a plantear la tesis, consistente en que la responsabilidad de los daños ambientales transfronterizos, deben ser asumidos por los “Estados de origen” del daño ambiental, en aplicación de la obligación de responsabilidad<sup>17</sup> internacional y de reparación del daño. Así, los países desarrollados, deben asumir responsabilidad por la reparación de los daños ambientales, más aún por ser altamente industrializados y generadores de tecnologías productivas<sup>18</sup>, con efectos destructivos al medio ambiente<sup>19</sup>, como, también los países en vías de desarrollo, por no poner en los primeros lugares de la agenda de sus gobiernos la protección ambiental<sup>20</sup>, y además por adoptar con excesiva facilidad<sup>21</sup>, tecnologías modernas contaminantes,<sup>22</sup> la industrialización y la explotación de sus recursos<sup>23</sup>. Frente a este panorama, la problemática de la reparación de los daños ambientales, deber ser tarea de todos, pues todos asumir las consecuencias,

---

<sup>12</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando; “*La Responsabilidad Extracontractual*”; T. II. Biblioteca. Para leer el Código Civil Vol. IV; Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, Quinta Edit., pág. 335.

<sup>13</sup> CAMPINS ERITJA, Mar, “*La Gestión de los Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea*”, Óp. Cit., pp. 15-19.

<sup>14</sup> Los daños ambientales, se perciben de forma distinta según en qué región se viva; mientras para los países ricos se trata de “una cuestión de calidad de vida”, para los países pobres es un problema de “gestión de los recursos que permita y fomente el desarrollo”. AMOR, Juan Ramón, “*Ecología*”, En: “*Derecho del Medio Ambiente- Selección de textos*”, Editado por FOY VALENCIA, Pierre, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, Lima-Perú, pág. 33.

<sup>15</sup> Los elementos característicos de la dimensión internacional del tema del Medio Ambiente (...) Es un problema de carácter global, que comporta desafíos comunes que afectan, en definitiva, a todos los países del mundo y, en consecuencia, su solución trasciende ampliamente la capacidad de acción de los países por separado, incluso de las grandes potencias. MADELENGOITA, Laura, “*Medio Ambiente, Desarrollo y Paz*”, Edit. 1ª Edición, Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, 1991, Lima-Perú, pág. 244.

<sup>16</sup> Así, la contaminación del RHIN a raíz del accidente de SANDOZ afecta a Holanda y a Alemania; el impacto ambiental de la central termoeléctrica—conocida como Candiota— en el Estado Rio Grande do Sul, puede tener efectos perjudiciales sobre territorio uruguayo y argentino, la contaminación de las aguas del río Amazonas por la utilización de mercurio en la búsqueda de oro afecta a Colombia, Perú y Venezuela, la posibilidad de depredación del Amazonas no preocupa sólo a Brasil; la globalización económica y jurídica, que se manifiesta en el acercamiento del derecho continental y el COMMON LAW. PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina*”, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estudios del Ministerio Público, Primera Edición 2000, reimpresso 2005, Bogotá – Colombia, pág. 235 – 236.

<sup>17</sup> La misión es de todos los países (...). Esto implica cooperación comprometida más que “ayuda”, y solidaridad y búsqueda de beneficio común. Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y El Caribe, “*Nuestra Propia Agenda*”, Comisión De Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, 1990, Pág. 96.

<sup>18</sup> SILVA SANTISTEBAN, Fernando, “*TIPSHE*”, Revista “De la Facultad de Humanidades”, Año III, N°2- mayo 2002, publicación de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima-Perú, pág. 23.

<sup>19</sup> La Unesco, dijo que, durante la última mitad de la década de los ochenta, determinaron que alrededor de 25.000 especies vegetales y 1.000 especies de vertebrados, están en riesgo de desaparición antes del final de este siglo. SEOANEZ CALVO, Mariano, “*Medio Ambiente y su Desarrollo: Manual de Gestión de los Recursos en función del Medio Ambiente. Manual para responsables, gestores y enseñantes soluciones a los problemas medioambientales*”, Editorial Mandí -Prensa, 1998, España, Pág. 35-36.

<sup>20</sup> La lucha contra la pobreza y la desnutrición son objetivos del Estado (...) y la búsqueda “del desarrollo que tanto ha enorgullecido a la sociedad”. AMOR, José Ramón, “*Ecología*” En: *10 palabras claves en ecología*, Óp. Cit., Pág. 31.

<sup>21</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando, Óp. Cit. Pág. 336.

<sup>22</sup> Es indudablemente menos difícil e implica un menor costo social tomar las precauciones para no incurrir en daños ambientales que intentar reponer más tarde las cosas al estado original (es decir, incontaminado) cuando el daño ya ha tenido lugar. DE TRAZEGNIES, Fernando, Óp. Cit., Pág. 336.

<sup>23</sup> PÉREZ MORENO, Alfonso. “*La Ordenación Jurídica de la Calidad de Vida*”, Edit. Secretaria General de Medio Ambiente; Medio Ambiente, Ingeniería y Empleo; Madrid; 1999; Op. Cit., pág. 58.

Así en América Latina, países como el Perú<sup>24</sup>, el Caribe,<sup>25</sup> son ejemplos claros, de cómo la permisibilidad de la realización de actividades ambientalmente peligrosas en sus territorios: las actividades mineras, la industrialización de bienes, la explotación indiscriminada de bosques, la importación de autos usados, el crecimiento desordenado de las ciudades, entre otras actividades económicas; han ocasionado graves daños al medio ambiente<sup>26</sup>, y como consecuencia, alteran los sistemas naturales<sup>27</sup>, peligrando la valiosa diversidad geográfica, biológica, hidrológica, ecológica y cultural<sup>28</sup>, situación que amerita una respuesta por parte del derecho interno e internacional, en materia de responsabilidad del daño ambiental.

En razón a lo expuesto, la preocupación por la reparación del daño ambiental<sup>29</sup>, hace necesario determinar la responsabilidad ambiental<sup>30</sup> por el mismo, debido a sus gravísimos efectos<sup>31</sup>, en contra del ser humano

---

<sup>24</sup> i) el Perú, se une a la ideología desarrollista, de querer salir de la miseria a cualquier precio sin calidad de vida. “*Ecología y turismo, Perú Exporta*”, Edición Internacional N.º 221, Lima, enero 1995, Pág. 20 – 21; ii) en el asunto: la OROYA versus el Estado Peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica (...) los análisis que se han hecho en los pobladores que han solicitado las medidas cautelares (65 personas) la mayoría continúa con concentraciones de plomo, cadmio y arsénico por encima de los niveles de referencia. EL COMERCIO, “*Gobierno pide a la CIDH archivar medidas cautelares por la Oroya*”, Entrevista- Economía, Lima, miércoles 24 de marzo del 2010, Pág. B 5

<sup>25</sup> i) el modelo de desarrollo aplicado en los países de Latinoamérica y el Caribe en lo ecológico (...) no considera la sustentabilidad del entorno natural a mediano y largo plazo, y ha avasallado prácticas culturales en relación con su medio ambiente. AUTORES Y PARTICIPANTES, “*Políticas de Población*”, En “*Mujer Medio Ambiente en América Latina y el Caribe*”, Editado por Fundación Natura Y CEPAES, Quito, 1991, Pág. 158; ii) la degradación ambiental en los países en desarrollo produjo un nuevo éxodo rural. BLEUTER, Martín, “*Un medio ambiente en desequilibrio provoca enfermedades*”, Revista Gerencia, VOII 12, No 196, Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas, agosto, 1992, Lima-Perú, Pág. 42.; iii) desde la perspectiva del desarrollo, las naciones del Tercer Mundo, las implicaciones ambientales internacionales tienen su mayor incidencia en el proceso de relocalización industrial (...) esto es, en la distribución espacial de las *industrias contaminantes*. JIMENEZ HERREO, Luis M, “*Medio Ambiente y Desarrollo Alternativo*”, Editorial Iepala, Madrid, 1989, Pág. 276.

<sup>26</sup> En el Perú de hoy, cada día los vehículos y las fábricas arrojan una gran cantidad de residuos químicos a la atmósfera, las minas y algunos establecimientos industriales han contaminado buena parte de los ríos que han sido convertidos en canales de barro mineralizado. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, y otros; “*Derecho del Medio Ambiente*”, Óp. Cit., Pág. 195.

<sup>27</sup> Las alteraciones del Ecosistema, se producen, porque los flujos de materia y energía, se producen relaciones de transferencia de información, que pueden llegar a ser muy importantes y difíciles de detectar y de medir. GERMENDIA SALVADOR, Alfonso; SALVADOR ALCAIDE, Adela; CRESPO SANCHEZ, Cristina; GERMANDIA SALVADOR, Luis, “*Evaluación del Impacto ambiental*”, Edit. Pearson Educación A.S. 2005, Madrid- España; Pág. 59.

<sup>28</sup> i) Estudios efectuados por el Sistema de Clasificados de Holdridge han permitido identificar en el Perú, nada menos que 84 zonas de vida (paisaje natural) de las 104 que existe en el mundo; nuestro país cuenta con una gran diversidad de flora y fauna en el mundo. REVISTA, “*Ecología y Turismo, Perú Exporta*”, Edición Internacional, Revista, N.º 221, Lima, enero 1995, pp. 20 – 21; ii) el Perú está considerado como uno de los doce países de mayor diversidad biológica en el mundo, con un 60% de la diversidad biológica del planeta. Se han identificado 84 zonas de vida, 17 transicionales, de las 104 zonas existentes y 28 tipos de climas, de los 32 existentes en el planeta. QUIROZ PERALTA, Cesar, A, “*Ambiente y Recursos Naturales*”, Edit. FKA/PA/CALEIDOS, Perú, 1996, pp. 105; iii) Perú y Ecuador, comparten, la reserva de producción Faunística Cuyo Bento, como la reserva nacional de Pacaya Samiria se ubican en las vecindades del refugio del pleistoceno del Napo. SORIA, Carlos, “*Lecciones de Política Ambiental en Ecuador y Perú en los 90s*”: En Revista Taller de Derecho, Año 1, N.º1, Ediciones Legales S.A.S., Lima, 2002, pág. 20; iv) En el Perú existe un sistema de creencias compartido por el poder político, empresarial y tecnocrático, que afirma que los asuntos ambientales deben subordinarse a las variables políticas, económicas, empresariales y de inversión. BRAVO ALARCON, Fernando, “*Los Tópicos Ambientales en las decisiones políticas*”, Revista Coyuntura, Año 1, No 1, Editorial CIPESA Y PUCP, Pág. 22.

<sup>29</sup> La responsabilidad ambiental es una toma de posición del hombre consigo mismo, con los demás, como un grupo social, y con la naturaleza como medio que transforma y que por él es transformado. ÁLVAREZ DEL CASTILLO BAEZA, Joaquín, “*La Responsabilidad Ambiental en el Transporte de Hidrocarburos por el Mar*” En: “*La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental*”, Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, Pág. 12.

<sup>30</sup> El mundo contemporáneo utiliza más intensamente los recursos naturales; dando lugar a una vida con más satisfacciones y también un deterioro de la condición ambiental de vida. VELÁSQUEZ MORENO, Lucía, “*Responsabilidad Civil por el Daño Medio Ambiental*”, Coordinado por Carlos GHERSI, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2000. Pág. 219.

<sup>31</sup> Los ecologistas sostienen que la contaminación del aire se debe al proceso de contaminación fotoquímica del aire: los productos más notables están bióxido de nitrógeno, el ozono, el formaldehído y los nitratos de peroxiacilo (NPA), los cuales causan daño a las plantas. COLINVAUX, Paul A. “*Introducción a la Ecología*”, Edit. Limusa, México, 1991, Pág. 303-305

y del planeta que lo habita<sup>32</sup>. Asunto, que está en constante polémica y conflicto<sup>33</sup>, tanto en derecho interno, como en el derecho internacional en razón a que, de ordinario se rehúye hacer frente a los problemas cuya inmediatez no se experimenta<sup>34</sup>, como es el caso de los daños ambientales, que en su mayoría se manifiestan a largo plazo, dejando este tipo de preocupaciones para que sean resueltas por generaciones futuras. Esta situación debe ser revertida urgentemente, a fin de que asegurar la viabilidad y supervivencia<sup>35</sup>, no sólo de las generaciones presentes, sino que apostando por un desarrollo sustentable<sup>36</sup>, en beneficio de futuras generaciones.

La problemática de la reparación del daño ambiental, ha determinado, que, desde hace décadas, la humanidad sea testigo, de la proliferación de reclamaciones en procesos judiciales internos e internacionales, sin una respuesta eficaz por parte de los sistemas de responsabilidad del derecho interno, como del derecho internacional, que encaren con eficacia la reparación de los daños ambientales, que soportan los individuos en su salud, en su patrimonio, y en el medio ambiente que habitan. Ante tal panorama, corresponde al analizar en la presente investigación<sup>37</sup> bajo dos lineamientos, desde los dos ángulos del derecho , tanto del derecho interno , como del derecho internacional:

**i) A nivel de derecho interno.** El problema, es que, a nivel del derecho interno, si bien ha evolucionado un poco más, en relación al derecho internacional, no obstante, se observa, que se hace necesario que el derecho civil, específicamente en materia de responsabilidad civil, cambie su enfoque individualista, con el fin de adaptarse a las particularidades que presenta el daño ambiental, esencialmente de naturaleza social y de esa manera logre ser un mecanismo moderno y eficaz para la encarar la problemática de daño ambiental.

En atención a ello, urge valorizar la importancia del derecho civil<sup>38</sup>, a través de la utilidad de la responsabilidad civil<sup>39</sup>, no sólo como instrumento para lograr la reparación del daño ambiental<sup>40</sup>, sino

---

<sup>32</sup> “Por primera vez en la historia millones de personas de todo el mundo no sólo están preocupadas por su futuro y el de sus hijos: Están angustiadas por el futuro del planeta.” Reflexión de la primera ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland. CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, “*Responsabilidad Civil y Administrativa por el daño ambiental*”, Revista, Sección Primera: Doctrina, Segovia- España, pp. 3.

<sup>33</sup> El conflicto ambiental se debe a: i) es una política cada vez más costosa; ii) provoca enfrentamientos entre los países del Norte y los países del Sur en torno a la definición de desarrollo sostenible; iii) esta política está estrechamente ligada a las prácticas comerciales; iv) convoca a un gran número de actores con intereses enfrentados y, a menudo, irreconciliables. AMOR, José Ramón, “*Ecología, En: 10 palabras claves en ecología*”, Óp. Cit., Pág. 31.

<sup>34</sup> AMOR, Juan Ramón, “*Ecología*”, En “*Derecho del Medio Ambiente- Selección de textos*”, Óp. Cit., Pág. 33.

<sup>35</sup> SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y otros, “*La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Petróleos México, Primera Edición, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México -Petróleo México, México, 1998, Pág. 7-10.

<sup>36</sup> Informe de la Comisión Brundtland de 1987, el desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. POSADA L, Luis G. y MONTOYA C, Carlos A, “*Conservación y Desarrollo Sostenible*”, En: REVISTA GERENCIA, Volumen XXII, N°221, Editada por IPAE, Ene-Feb. 1996, pp. 19; ii) el concepto de desarrollo sustentable es importante porque implica una mejora en los aspectos cualitativos y no sólo cuantitativos del crecimiento y es complejo porque implica cambios a nivel económico, político y social. CECCHI, Oscar, y otros, “*Calidad Total y Medio Ambiente, una cuestión sin Divorcio*”, En Revista Gerencia, Vol. XXIV N°208, Editorial IPAE, Lima- Perú, Pág. 34.

<sup>37</sup> La acción tuitiva del ambiente exige un conjunto coordinado de técnicas jurídicas, en las que, sin perjuicio de un necesario énfasis preventivo, la responsabilidad puede jugar un papel importante. JORDANO FRAGA, Jesús, “*La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente*”, En: Revista de Derecho Urbanístico, Año XXIV, N°116, enero, febrero, Edit. Montecorvo, Madrid-España, pp. 87.

<sup>38</sup> Los daños ambientales, repercuten física y patrimonialmente en las personas y en nuestro entorno natural (fundos, cultivos, etc.) objetos de derechos de uso, goce y disfrute por parte de sujetos particulares, los distintos ordenamientos nacionales articulan la defensa de dichos intereses privados por la vía civil. FACH GOMEZ, Katia, “*La Contaminación Transfronteriza en Derecho Internacional Privado*”, Primera Edición, Editorial Bosch, S.A., Barcelona- España, 2002, Pág.19.

también, por su valor disuasivo<sup>41</sup>, para erradicar las conductas ambientalmente peligrosas<sup>42</sup>. Ello en contraposición a las posiciones escépticas<sup>43</sup>, que sostienen que la responsabilidad civil no se adapta a la naturaleza del daño ambiental y que por ello no aporta mayormente a resolver la problemática planteada. En ese sentido, tomando como referencia el derecho peruano, y su problemática<sup>44</sup>, *corresponde analizar los aportes de los diversos sistemas de responsabilidad civil por el daño ambiental*<sup>45</sup>: los sistemas latinoamericanos, con especial incidencia en el derecho argentino, colombiano y mexicano. A nivel europeo, en especial: el sistema de responsabilidad ambiental español, italiano, alemán, el derecho comunitario europeo, entre otros; y a nivel del *common law*: el derecho inglés y el americano. Ello, con el objetivo de construir las bases de un nuevo diseño de sistema de responsabilidad civil absoluto o estricto por el daño ambiental eficaz, para lo cual se hace necesario flexibilizar el enfoque tradicional de la responsabilidad civil a partir de “un ensanchamiento conceptual”, que evite petrificarse en dogmas clásicos<sup>46</sup>, orientados a proteger intereses individualistas<sup>47</sup>, sino más bien, apueste por la socialización de

---

<sup>39</sup>Enforcement and Remedial Measures. In spite of all preventive measures, environmental harm does occur, sometimes through intentional or negligent conduct, sometimes by accident. In order to deter wrongful conduct and remedy violations that do take place, the law must determine appropriate enforcement actions and remedies. As such, it has to address such questions as the degree or amount and kind of harm that may lead to legal action, who is entitled to instigate the action, before what forum or tribunal, and what appropriate orders, sanctions, or compensation may be foreseen. The procedures may include civil actions, administrative remedies, and criminal prosecution. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 139-140.

<sup>40</sup> Private law and environmental protection. The development of the law relating to the protection of the environment is not solely governed by the realm of public and administrative law. Although the spread of regulatory control has accelerated within the last 60 years, traditionally, at first glance anyway, private law has attempted to serve a similar function in controlling environmental damage. (...). After discussing some of the issues which arise when public law standards clash with private law rights, we discuss *some possible future directions for private law, including placing civil liability on a statutory footing and the impact of human rights legislation*. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Gillivray LLB Hons, MA, “*Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, page.255-258.

<sup>41</sup> The fact that civil lawsuits are rare does not necessarily mean that they have no effect. Polluters may take into account the economic loss that may be caused by liability. MACRORY, Richard “*Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?*” Edited, Europe Law Publishing, 2006, Groningen/Amsterdam, page. 133-134.

<sup>42</sup> Liability is an Incentive. The first part of this section discusses the objectives of liability rules in general. These objectives, some of which overlap each other, are relevant to understanding and assessing the trend towards strict liability for environmental harm described in the previous chapter. This part deals with providing compensation, increasing efficiency, deterrence, risk or loss spreading, wealth redistribution, and corrective justice, and possible mixes of these objectives. Reparation, Spreading of the Risk – Insurance. The second part then focuses specifically on justifications for strict liability rules. BERGKAMP, Lucas, “*Liability and Environment-Private and Public Law Aspects of civil Liability for Environmental Harm in an International Context*”, Published by KLUWER, Law International, 2001, The Hague /London/New York, page. 67- 69.

<sup>43</sup> El derecho ambiental hace tambalear las estructuras propias de la responsabilidad civil, surge la incertidumbre de si las teorías clásicas de la responsabilidad civil pueden realizar un aporte significativo al novedoso tema, o si, por el contrario, se comete el error de tratar de amoldar aquellas a este. HENAO, Juan Carlos, “*Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental*”, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Universidad Externado de Colombia- Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Primera Edición, 2000 – reimpreso 2005, Bogotá- Colombia, 2005, Pág. 129-133.

<sup>44</sup> Ver caso del pleno casatorio civil, emitido por la Corte Suprema de la República, en donde basándose en mecanismos procesales, las víctimas del daño por contaminación ocasionado por la Minera YANACOCHA, por derramamiento de mercurio, no cumplió con reparar el daño ocasionado en la salud de los pobladores de CHOROPAMPA. Asimismo, véase el ANEXO I, sobre el análisis estadístico realizado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú.

<sup>45</sup> Las grandes posibilidades que nos brinda el derecho civil para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, pues, permite una protección más acabada. BLANCO, Alberto, QUINTERO, URIBE, “*La Reparación del daño ambiental en Venezuela*”, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estados del Ministerio Publico, Primera Edición 2000 – reimpreso 2005, Bogotá – Colombia; Pág. 63-64.

<sup>46</sup> Tenemos que desarrollar e introducir un cambio sistémico fundamental. Pues solo con un cambio completo de los paradigmas es probable que le permita a la humanidad hacerse parte del ‘ambiente’ más que su explotador. MANTILLA, Samuel Alberto, “*Contabilidad y Auditoría Ambiental*”, Segunda Edición, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2006, Pág. 209.

<sup>47</sup> The use of the common law as a mechanism for environmental protection would be useless unless there were effective remedies once a cause of claim had been established. There are three main types of remedies that can be sought: preventive and compensatory remedies, and abatement (self-help). An injunction allows for actions creating environmental problems to be

la responsabilidad civil orientada a la utilidad colectiva, para lo cual se requiere una “importante dosis de imaginación y de flexibilidad”<sup>48</sup>. Sólo de esa manera, es posible que la responsabilidad civil, tenga un rol importante en la solución de la problemática de la reparación del daño ambiental que responda al problema planteado en la presente investigación.

### **Justificación de la Problemática Planteada**

A nivel del derecho interno: *¿Por qué el estudio de la responsabilidad civil por el daño ambiental?* Bajo este contexto general, los motivos que justifican la elección de este objeto de estudio pueden sintetizarse en los siguientes puntos: **i)** La problemática de la reparación del daño ambiental requiere que la responsabilidad civil, se adapte a las particularidades especiales del daño ambiental, para que sea un mecanismo eficaz para su reparación; **ii)** Es necesario diseñar un sistema de responsabilidad civil por el daño ambiental, a partir del cambio de enfoque del derecho civil históricamente individualista, hacia uno de utilidad social.

**iii)** El interés de la temática radica, en su carácter innovador dentro de la responsabilidad civil, toda vez, que la reparación del daño ambiental ha sido poco tratado en la doctrina, en los diversos sistemas de responsabilidad civil por el daño ambiental, lo que ha determinado su ineficacia por lo que pretende ser un aporte a dicha problemática; **iv)** La justificación académica, de la problemática que se plantea, se debe al especial interés de la investigadora en el campo de la responsabilidad civil, continuando *la línea de Investigación* del trabajo de investigación denominado “*La Cuantificación del Monto en la Responsabilidad Civil Extracontractual*”<sup>49</sup>, en donde observo que mayormente no existe asuntos relacionados con la responsabilidad por los daños ambientales a nivel de la jurisprudencia del derecho comprado y en especial en el derecho peruano<sup>50</sup>, en contraste su existencia notoria de dichos daños, poniendo en riesgo el medio ambiente equilibrado y adecuado, y en nuestro país, el riesgo de nuestra valiosa diversidad geográfica, biológica, hidrológica, ecológica y cultural<sup>51</sup>. Todo lo anotado, son razones de peso que han determinado, el siguiente problema de investigación a nivel de derecho interno:

---

stopped by order of the court. Monetary damages act as compensation for any damage suffered but can also pay for any cleanup costs involved in rectifying the damage. (...) On the positive side, the courts tend to treat remedies as following directly from the right that has been infringed. That is, they do not engage in a further balancing exercise between the claimant's rights and the defendant's (or wider social) interests. (...). *Negatively, remedies are available to benefit claimants' rights not environmental interests. So, for example, damages need not be spent on restoring the environment.* STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Guiuvrav LLB Hons, MA, “*Environmental Law The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Op. Cit., page. 274.

48 El Derecho Civil tiene cierta dificultad en adaptarse a las nuevas circunstancias y tiende a inmortalizar aquellos principios que fueron históricos en su origen. Sin embargo, esos principios no pueden ser anquilosados sin riesgo de que todo el sistema devenga en inoperante. Las consecuencias de la “idolatría civilista” son costosas (...). Frente a esta actitud del Derecho Civil que sede territorios y se encoge para no tener que cambiar sus principios, hay quienes pensamos que es necesario que, por el contrario, que el Derecho Civil extienda sus linderos hasta reincorporar en su seno a todos aquellos hijos pródigos que se le han escapado en las últimas décadas. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad Extracontractual*”, T. II, Óp. Cit., Pág. 425-427.

49 MANZANARES CAMPOS, Mercedes, “*La cuantificación del Monto Indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual*”, Edit. GRIGLEY, 1era Edit., Lima, 2008, 362 Págs.

50 Ver investigación estadística realizada de toda la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema del Perú-Año 2009-2010, analizada en el capítulo III, de la presente tesis.

51 Si queremos tratar del tema del medio ambiente en el Perú, debemos resaltar la diversidad biológica de nuestro país es una de las cinco más ricas del mundo. El Perú posee aproximadamente de 40,000 a 50,000 especies de flora (...) La diversidad de especies de la fauna peruana es también una de las más ricas del mundo. Se conocen 362 especies de mamíferos, 1,703 especies de aves, 296 especies de reptiles, 235 especies de anfibios y cerca de 1,800 especies de peces marinos y 797 especies de aguas continentales (...) En la zona reservada de TAMBOPATA (Madre de Dios), en la corona de un árbol emergente, se han detectado 5,000 especies de insectos, con 500 especies de coleópteros y 80 de hormigas (...) En el Perú existe una gran diversidad

***PROBLEMA I: ¿Es necesario diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil absoluto o estricto por el daño al medio ambiente, a partir de un cambio conceptual privatista, hacia un enfoque social de la responsabilidad civil?***

A propósito del planteamiento del problema, cabe preguntarse, *¿por qué es necesario diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil por el daño ambiental?* Esta cuestión admite, en teoría, la premisa consistente en sostener que los sistemas de responsabilidad civil por el daño ambiental, no han evolucionado a la par de las necesidades que implica resolver el problema de la reparación del daño ambiental, de acuerdo a su naturaleza *sui generis* y a la gravedad del daño ambiental, lo que determina la necesidad de construir un nuevo sistema de responsabilidad civil por daño al medio ambiente, en especial a partir del cambio de enfoque del derecho civil históricamente individualista, hacia uno de utilidad social. Para dar respuesta al problema planteado, corresponde analizar las siguientes líneas de investigación, dentro del campo de la Responsabilidad Civil por el daño ambiental:

**i) *¿Es posible que la responsabilidad civil indemnice el daño al medio ambiente puro y a los intereses difusos o colectivos?*** Se observa que es necesario un cambio en la concepción tradicional de responsabilidad civil, en atención a que las peculiaridades del daño ambiental, trascienden a los intereses o derechos privados, pues afectan mayormente intereses difusos o derechos colectivos; **ii) *¿La antijuricidad clásica es presupuesto de la responsabilidad civil por el daño ambiental?*** Existe la polémica respecto a si la antijuricidad, que tradicionalmente es considerado presupuesto general de la responsabilidad civil, en donde sólo se es responsable por conductas ilícitas, se adaptaría o no a la naturaleza del daño ambiental, teniendo en cuenta que este es producto mayormente de actividades lícitas.

**iii) *¿La responsabilidad absoluta es la tendencia actual en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental?*** Tema que pone en cuestionamiento, el sistema de responsabilidad subjetiva tradicional basado en la culpa o en el dolo, en contraposición, con la tesis de responsabilidad objetiva consistente en que, por el sólo hecho de poner en riesgo al medio ambiente por parte de los agentes contaminantes, implica que se les debe responsabilizar por los daños ambientales y, además, es su versión absoluta o estricta, en donde no se admiten la mayoría de las exenciones o justificaciones de responsabilidad. Discusión que se abordará tratando de definir cuál sistema de responsabilidad es el más adecuado para reparar el daño ambiental; **iv) *¿Existe posibilidad de determinar el nexo causal entre el daño ambiental y la conducta de los agentes contaminantes?*** Por los límites prácticos y probatorios, debido a las especiales características del daño ambiental, este asunto constituye sin duda, uno de los más inciertos, surgiendo interrogantes como: *¿son los métodos tradicionales como la teoría de la equivalencia, la teoría de la causa adecuada, suficientes para resolver el nexo de causalidad, en una materia aún incierta, como lo es el daño ambiental?* Asimismo, surge la interrogante, a resolver *¿es necesario renunciar a la utilización de la idea física de la “causa” y recurrir a la causalidad jurídica o la teoría de la causalidad probabilística?*, cuestiones, que merece nuestra atención por la complejidad, que implica determinar el nexo causal de los daños ambientales.

**v) *¿Es posible limitar los supuestos de ruptura del nexo causal en el caso de la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad civil por el daño al medio ambiente?*** Las fracturas causales, y las causas

---

hidrobiología tanto en el mar frío de la corriente peruana, como en el mar tropical. En las zonas de los manglares y esteros habita una rica fauna de crustáceos y moluscos (...) El Perú es el mayor centro conocido de germoplasma de especies domésticas de la flora y fauna y uno de los más importantes centros del mundo de especies silvestres útiles. Se conocen cerca de 1,200 especies silvestres de plantas útiles para diversos fines. (...). “Código del Medio Ambiente y los Recursos naturales”, Edit. CONCYTEC, Primera Edición, Lima- Perú, 1992, Pág. 17-18.

justificantes de responsabilidad, deben o no ser incorporadas, en el caso de la responsabilidad civil por daño ambiental, teniendo en cuenta que, lo que se busca es una responsabilidad objetiva, en su versión absoluta o estricta. Por lo que en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente: *¿cabría la posibilidad de eliminar, las siguientes fracturas causales?:* a) El caso fortuito; b) la fuerza mayor; c) la concurrencia o existencia de culpa, y además la imprudencia de la víctima; d) la predisposición de la víctima. Y, asimismo, *¿correspondería evaluar la posibilidad de eliminar las causas justificantes de responsabilidad?*, consistentes en: a) El hecho determinante de tercero; b) el consentimiento de la víctima; c) el estado de necesidad; d) el interés de la víctima; e) respecto a la conformidad con el uso del lugar; f) la actuación amparada por la ley o autorización. Teniendo en consideración, que no existe un sólo sistema de responsabilidad que no contemple la posibilidad de eximir y justiciar de responsabilidad al sujeto agente contaminante, no obstante, se vislumbra la tendencia en especial a nivel de la doctrina a proponer su eliminación.

vi) *¿Es posible reparar el daño ambiental?* Otro tema, que despierta sumo interés y que remueve la concepción clásica de la responsabilidad civil, es el referido a la reparación del daño ambiental, esto es a la posibilidad de que, el agente contaminante restaure o restablezca los bienes ambientales afectados o los sustituya por otros equivalentes, ya sea compensando o restableciendo materialmente el estado de cosas que existía antes del daño ambiental. El problema que se suscita, es respecto a la reparación del daño ecológico puro pues cabe preguntarse si, *¿es posible la reparación in natura de un río contaminado, de una especie natural en extinción, etc.?*

En esa misma línea de análisis, cabe preguntarse si los criterios de apreciación económica de los bienes privados de la víctima desde el punto de vista privatista: *el daño emergente y el lucro cesante*, ¿son adecuados los indicados criterios para la valuación de los bienes ambientales, los mismos que son bienes sociales, intangibles y sin valor en el mercado, o exigirá recurrir a otras formas de reparación? La dificultad que ello representa, no puede ser motivo de pesimismo, no obstante, en puridad ameritaría una investigación específica. Estas son principalmente las líneas de investigación, que se desarrollan en la presente tesis doctoral, con el fin de lograr nuestro objetivo, que es diseñar nuevo sistema de responsabilidad civil por el daño al medio ambiente de naturaleza absoluto o estricto.

ii) **A nivel del derecho internacional.** En principio se observa, que en el derecho internacional, no se ha establecido un sistema de responsabilidad internacional general y obligatorio de los Estados por el daño ambiental transfronterizo, mayormente bajo la perspectiva de la obligación de prevención<sup>52</sup> y de la debida diligencia, en materia de responsabilidad ambiental. Asimismo, los Estados, se limitan a emitir normas internacionales de naturaleza “primaria”<sup>53</sup>, sin el correlato objetivo, de una “norma secundaria”, que obligue a los Estados a asumir su obligación de reparación directa, del daño ambiental<sup>54</sup> y donde los

---

<sup>52</sup> i) Los años setenta, marcaron el inicio de la conciencia, tanto a nivel nacional como internacional, la necesidad de proteger el medio ambiente natural contra las amenazas cada vez mayores y podrían poner en peligro el futuro de la humanidad (...). AMIDOU GARANE; BOTHE, MICHAEL; SAND, PETER, Editions Martinus Nijhoff Publishers, 2003, The Hague/ Boston/London, pág. 583- 584; ii) el decenio de los setenta fue prodigo en temas ambientales. (...) los hombres de ciencia, los hombres de arte y los hombres de acción de todas las latitudes y culturas, sensibilizados por las y movilizados por la agresividad de los problemas acuciantes-contaminación, desencadenaron una tempestad de ideas y opiniones, que se tradujo en el surgimiento de legislaciones, de instituciones y de lo que se ha dado en llamar una “conciencia ambiental”. VIDART, Daniel, “*Filosofía Ambiental-Epistemología, Praxiología Didáctica*”, Edit. Nueva América, Bogotá, 1986, Pág. 7.

<sup>53</sup> PÉREZ MORENO, Alfonso, Op. Cit., Pág. 61.

<sup>54</sup> Las genéricas obligaciones de Estado Social, desde la perspectiva de la tutela del ambiente son: *en primer lugar*, la protección y mejora de la calidad de vida; *en segundo lugar*, porque el medio ambiente adecuado constituye un derecho de disfrute cuya titularidad se predica de todos y, *en tercer lugar*, porque el medio ambiente constituye el substrato indispensable de determinados



Estados procuran a no obligarse a su cumplimiento. Tendencia normativa conocida por el “*command-and-control*”,<sup>55</sup> cuestionada por está centrada en las exigencias ambientales de naturaleza preventivas, puramente declarativas, e impregnadas de un anhelo de lograr una sociedad ecotópica<sup>56</sup> y ambientalmente sustentable<sup>57</sup>, exentas de contenido obligatorio,<sup>58</sup> sin instrumentos efectivos de coacción. Asimismo, la emisión de normas internacionales, son redactadas de manera indeterminada y sin contenido obligatorio; la evasión de la responsabilidad por parte de los Estados, manifestada en los tratados puramente declarativos; la conducta evasiva de los Estados en no asumir responsabilidad por los daños ambientales, se manifiesta también, por que cuidan de no precisar y, más aún, de no poner en ejecución la obligación de no causar daños al medio ambiente de otros Estados. A ello se agrega la práctica normativa, internacionalmente aceptada, consistente en trasladar la responsabilidad por parte de los Estados a los privados, a través de convenios internacionales de tipo sectorial y mayormente en el ámbito del derecho internacional privado. Estas y otras prácticas normativas, que serán materia de análisis, abogan en favor de la tesis, consistente en que la normativa internacional, en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, no está aun suficientemente bien desarrollada en el derecho internacional<sup>59</sup>, pues se evidencia la inexistencia de una respuesta adecuada para encarar con eficacia la problemática referida a la reparación de los daños ambientales transfronterizos. Lo que determina la necesidad, de diseñar un nuevo sistema de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, de naturaleza general, obligatorio, directo y absoluto, que pueda ser un instrumento adecuado para efectos de la reparación de los referidos daños. Con el fin de contribuir con que el derecho

---

derechos fundamentales cuya tutela, también, incumbe a los poderes públicos. GALERA RODRIGO, Susana, “*La Responsabilidad de las Administraciones Públicas en la Prevención de Daños Ambientales*”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, Pág. 32.

<sup>55</sup> DE LA PUENTE BRUNKE, “*Legislación Ambiental en la Minería Peruana*”, Edit., Instituto de estudios energético minero, Para Edición, Lima Perú, 2005, Pág. 26.

<sup>56</sup> Ecotopía es la sociedad ideal en la que se recrea de forma detallada como podría ser una sociedad equilibrada medioambientalmente y que medidas políticas habría que adoptar para alcanzarla. Esta sociedad imaginada es el ejemplo de cómo puede ser nuestra vida si se adoptasen una serie determinada de medidas jurídico-políticas en materia medioambiental. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “*La Cuestión del Medio Ambiente en el Pensamiento Utópico*”, Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental, Año, 3 N° 29, mayo 2001, Pág. 31-32.

<sup>57</sup> La primera definición *Desarrollo sustentable*, surge del informe preparado por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo, titulado “*Nuestro Futuro Común*”. En año 1987, se define como: Una forma de desarrollo que permite suplir las necesidades de las generaciones presentes sin menoscabar la posibilidad de las generaciones futuras de abastecer sus propias necesidades y su propio desarrollo. ZORROQUIN, Federico, “*Las Empresas y su Aporte a la Defensa del Medio Ambiente*”, Gerencia, Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas, Vol. XXIV, N° 213, Lima, oct.- nov., 1994, Pág. 21; “*Desarrollo sustentable*”, es una estrategia de desarrollo donde el eje sea la gente, se favorezca la productividad y el crecimiento sin destruir el medio ambiente. Un sistema ambientalmente sostenido está constituido por un sistema económico estable, equilibrado, caracterizado por un sistema energético eficiente y una demanda de recursos que no exceda la producción sostenida de bosques, campos, pesquerías, ni se destruya otras especies. El concepto de desarrollo sustentable. CECCHI, Osca; CECCHI, Silvana; MOLTENI, Raúl, Calidad Total y Medio Ambiente, una Cuestión de Divorcio, Gerencia, revistas del Instituto Peruano de Administración de Empresas, Vol. XXIV, N° 208, Lima, enero-febrero. 1994, Pág. 33-34; “*El desarrollo (...)*, es una de las principales preocupaciones de nuestro tiempo (...) La única manera de lograr esto, señala el Ingeniero Chávez, es contado con una estructura socio – económica justa, estable y equilibrada. Pero, además, teniendo una relación armoniosa con la naturaleza, evitando sobrepasar el límite de soportabilidad de los recursos naturales. “*Desarrollo Económico y Medio Ambiente ¿intereses opuestos?, Como Estamos*” Revista de Situación Social, N° 6, Volumen 1, Lima 1994, pp. 89 – 90. Para lograr ciertos *desarrollos más deseables* desde la perspectiva humana, se debe tener un conocimiento más o menos bueno de las consecuencias de caminos alternos para las actividades humanas en el futuro”. POSADA L, Luis G; MONTOYA C, Carlos A, Conservación y Desarrollo Sostenible, Gerencia, “*Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas*”, Volumen XXIV N.º 221, Op. Cit., Pág. 21-22.

<sup>58</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Tema del Derecho Ambiental*”, Op. Cit., Pág. 119.

<sup>59</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del Cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, Pág. 96-130.

internacional, asuma un rol importante, en la solución a la problemática de la reparación de los daños ambientales,<sup>60</sup> transfronterizos, y que responda al problema de investigación planteado.

### **Justificación de la Problemática Planteada**

A nivel del derecho internacional: *¿Por qué el estudio de la responsabilidad internacional por el daño ambiental transfronterizo?* la motivación ha surgido, porque a través del interés por adentrarme en la responsabilidad del daño ambiental a nivel del derecho interno, observé que el mismo trasciende las fronteras de los límites señalados por los Estados, ocasionando los denominados daños ambientales transfronterizos<sup>61</sup>o transnacionales, cuya magnitud de lesividad es aún insospechada para el medio ambiente, para la comunidad científica y para la comunidad jurídica. En el transcurso de la investigación fue la Doctora MAR CAMPINS, quien despertó en mí el interés de adentrarme, de manera exhaustiva en la inadecuación de los mecanismos clásicos de la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, para resolver la problemática de la obligación internacional de los Estados de reparar los daños ambientales transfronterizo, asunto por demás complejo, y de la que me encuentro muy satisfecha de los logros obtenidos, comprometiéndome a continuar las líneas de investigación que han surgido en la medida que he ido investigando el tema de la responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental. Todo lo anotado, son razones de peso que han determinado, el planteamiento del siguiente problema de investigación a nivel de derecho internacional.

***Problema II: ¿Es necesario diseñar un nuevo sistema de responsabilidad internacional por el daño ambiental transfronterizo general, obligatorio, directo y absoluto, a partir de un cambio conceptual de un derecho internacional puramente declarativo y preventivo, hacia un sistema jurídico internacional de naturaleza general, absoluto y obligatorio?***

A propósito del planteamiento del problema, cabe preguntarse, *¿por qué es necesario diseñar un nuevo sistema de responsabilidad internacional por el daño ambiental?* Esta cuestión admite, en teoría, la premisa consistente en sostener que el mecanismo de responsabilidad internacional que articula el derecho internacional, no ha evolucionado a la par de la naturaleza y gravedad de la existencia del daño ambiental transfronterizo, lo que determina la necesidad de construir un nuevo sistema de responsabilidad internacional, a partir de un cambio de enfoque de un derecho internacional de puramente declarativo, preventivo, indirecto y mayormente evasivo, hacia un sistema jurídico internacional de naturaleza general, obligatorio, directo y absoluto. Para dar respuesta al problema planteado, corresponde analizar en el capítulo V, en tres líneas de análisis: A) Las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo desde la perspectiva del derecho internacional; B) Las limitaciones que plantea la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, para reparar el daño ambiental

---

<sup>60</sup> L'expansion économique, notamment dans les pays industrialisés, a eu pour résultat une forte augmentation du volume des déchets. Parmi ces derniers, nombreux sont ceux qu'on ne peut pas définir comme « ordinaires » ; ceci à cause de leur taux de toxicité alarmant. De plus, avec le développement technologique de notre société et avec l'augmentation de la production de biens, le problème des déchets devient une question politique sur laquelle le pouvoir public doit dorénavant réagir en élaborant des instruments juridiques afin de réglementer leur production, traitement, recyclage ou élimination, et cela d'autant plus qu'ils sont de façon croissante exportés à l'étranger. BITAR, Fouad, *“Les Mouvements Transfrontières de Déchets Dangereux Selon la Convention de Bale”*, Editions A. Pedone – Paris, 1997, page 11.

<sup>61</sup> Daños transfronterizos. Los problemas ambientales no tienen fronteras y se refuerzan unos a otros. Es pues previsible que la crisis ambiental se acentúe en un futuro cercano presionando crecientemente sobre todo tipo de organizaciones. CAMINO c. Alejandro, *“Financiando la Gestión Ambiental”*, Revista Calidad y Excelencia, Centro de Desarrollo de la Sociedad Nacional de Industria, Año 4, N°6, Edición Internacional, Lima-Perú, Pág. 30.

transfronterizo; C) La posibilidad de diseñar un sistema responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos de naturaleza general, obligatorio , directo y absoluto.

Para lograr nuestro objetivo, se hace necesario conocer la situación actual del sistema que articula el derecho internacional, para responder la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo, a partir de las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo desde la perspectiva del derecho internacional, la doctrina internacional, la jurisprudencia internacional, y la labor de la CDI, siendo necesario examinar: A) las normas internacionales, con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambiental transfronterizos de naturaleza vinculante, las mismas que sistematizadas son las siguientes: a) Las normas internacionales vinculantes establecidas en convenios o tratados internacionales, las normas internacionales consuetudinarias, d) los principios generales del derecho internacional con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambiental transfronterizos de naturaleza vinculante, los cuales son principalmente los siguientes : i) el Principio de soberanía sobre los recursos naturales; ii) el Principio de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional; iii) el Principio de Prevención, iv) el Principio Precautorio. Así como analizar las consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad ambiental en caso de violación de dichos principios por los Estados; B) las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambiental sin naturaleza vinculante, con especial referencia al denominado fenómeno “*Sof Law*” o “*estado en desarrollo*”, y con referencia a su impacto en el desarrollo de las normas internacionales en materia de responsabilidad internacional ambiental.

Nos adentraremos, en la problemática, referida a las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo, referidos, a su definición de daño ambiental transfronterizo: a) la relevancia daño ambiental transfronterizo: la determinación del «daño sensible» «grave» o «sustancial»; b) la determinación del Umbral del riesgo apreciable, entre otros temas; c) la dificultad para determinar el nexo de causalidad entre la actividad y el daño ambiental transfronterizo resultante, d) la obligación de reparar el daño ambiental transfronterizo: i) la reparación, el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos; ii) la reparación en los trabajos de la CDI, en relación a la responsabilidad de los Estados por las actividades no prohibidas; iii) la reparación del daño ambiental transfronterizo, en los sistemas convencionales sobre responsabilidad civil.

También se examinará, los temas abordados a la luz de la práctica jurisprudencial de la responsabilidad internacional, en materia de responsabilidad internacional del daño transfronterizo, tanto de las sentencias arbitrales, como las emitidas por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales. A nivel de la jurisprudencia arbitral, y tenemos el caso *Smelter Trail*, el asunto del Lago Lanoux (1957), el asunto *Settlement Gut Dam Claims* (Canadá y United States) (1968). Así como las decisiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales: i) El asunto sobre Ensayos Nucleares Caso Relativo a los Ensayos Nucleares en el Pacífico (Nuclear Test Case) (Australia y Nueva Zelanda, vs Francia) (1974); ii) el asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (2010); iii) el asunto, relativo a determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica) (2015).

Se hace necesario profundizar, la labor de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI)<sup>62</sup>, relacionada en materia de responsabilidad ambiental y en específico lo relacionado con los dos enfoques de la responsabilidad internacional ambiental : a) La responsabilidad internacional de los Estados por “hechos ilícitos”, en donde los Estados son responsables de los daños ambientales, de manera indirecta, esto es, vía incumplimiento de la obligación de prevención y de debida diligencia, esto es en el caso que no adoptaran medidas razonables para prevenir los daños ambientales transfronterizos, y b) la responsabilidad internacional por “las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”, la misma que se fundamenta en la prevención de daños transfronterizos y en la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Observándose constante tensión al interno de los trabajos de la CDI, entre la necesidad o no de optar por un sistema general y obligatorio de responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

En razón a lo anotado, corresponde analizar la inadecuación de los mecanismos clásicos de la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, para resolver la problemática de la obligación internacional de los Estados de reparar los daños ambientales transfronterizos. Partiendo de que en el derecho internacional para que un Estado sea responsable por un “hecho ilícito”, se requiere que haya violado una obligación internacional, surgiendo entre tantos problemas, a analizar: a) el asunto referido a la violación de una obligación internacional como elemento objetivo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, y el problema de su inadecuación en materia de responsabilidad internacional ambiental; ii) las dificultades de aplicación de algunas de las normas generales al ámbito ambiental desde el punto de vista elemento objetivo del hecho ilícito internacional; iii) la existencia de “*obligación primaria*” de no dañar al medio ambiente de otros Estados y la necesidad de establecer “*normas secundarias*” en el mecanismo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito; iv) asimismo, es necesario analizar, la dificultad de probanza del *dobles test* de la diligencia debida a los órganos del Estado, en especial para probar la falta de diligencia de los órganos del Estado en el control de la actividad de los particulares que son los que mayormente ocasionan daños ambientales transfronterizos, y v) las dificultades que presenta la responsabilidad internacional de los Estados por los “hechos ilícitos”, para atribuirle al Estado como responsable “autor” del resultado de un daño ambiental transfronterizo, poniéndose énfasis en : a) la dificultad de probanza del factor de atribución a un Estado como autor de los daños ambientales transfronterizos accidentales y no accidentales; b) el limitado criterio de atribución de responsabilidad internacional en materia ambiental a los Estados; c) el interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos”; d) la renuencia por parte de los Estados para asumir responsabilidad directa en las convenciones internacionales en materia ambiental; e) la dificultad de atribución a los Estados de un comportamiento de los actores privados; f) el interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos” y por último, analizaremos, la posibilidad jurídica de establecer la ilicitud del daño ambiental transfronterizo: a)

Partiendo de la tesis absolutamente comprobable, acerca de la inexistencia de una norma general y obligatoria en el sistema que articula el derecho en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, se propone un sistema basado en la responsabilidad directa y absoluta como una opción adecuada para encarar la reparación de los daños ambientales. Razón por la cual, se abordará los temas siguientes: A) la inexistencia de una norma de derecho internacional que establezca

---

<sup>62</sup> La investigadora, analizara la labor por la CDI, entidad de las Naciones Unidas, desde el año de 1956, hasta la actualidad, documentada a través de Anuarios, Informes, Actas de Sesiones.

responsabilidad absoluta del Estado por daños ambientales transfronterizos: a) la ilicitud del daño ambiental transfronterizo y la responsabilidad absoluta; b) la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y las cuestiones relacionadas con la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas; d) la reparación en los trabajos de la CDI, en relación a la responsabilidad de los Estados por las actividades no prohibidas. B) Asimismo, se propondrá el reconocimiento de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos “absoluto” o “estricto”. A partir de la aplicación del principio de la responsabilidad causal, estricta o absoluta; C) Se examinará la problemática referida a la canalización de la responsabilidad del Estado hacia operadores privados a través de los regímenes convencionales de naturaleza sectorial. Asimismo, se examinará la valiosa contribución de los regímenes internacionales de responsabilidad civil de naturaleza sectorial, al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los estados por el daño ambiental transfronterizo. Por lo que se examinará principalmente: a) El sistema global de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares integrado por el Convenio de París de 1960 sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear<sup>63</sup>, y sus convenios complementarios; b) el sistema europeo de responsabilidad absoluta sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares; c) el sistema por hidrocarburos, el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños por Hidrocarburos celebrado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969<sup>64</sup>, ocasionados por la contaminación por hidrocarburos<sup>65</sup>, sus protocolos<sup>66</sup>, convenios complementarios<sup>67</sup> y otros acuerdos; d) sistemas objetivos de responsabilidad sobre la contaminación de aguas de mares, ríos y lagos; e) el establecimiento de la responsabilidad absoluta y objetiva; f) el sistema por desechos peligrosos, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños Resultantes de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos<sup>68</sup>, y su protocolo de 1999<sup>69</sup>; g) el sistema

---

<sup>63</sup> Nuclear damage. In Europe, liability for nuclear damage is mainly regulated by international conventions the 1960 Paris Convention (...), and each of the ratifying countries, except for Greece and Portugal, are parties to the 1963 Brussels Supplementary Convention. Denmark, Finland, Germany, Greece, Italy, the Netherlands, Slovenia and Sweden also belong to the Joint Protocol, which links together the Paris Convention states and the Vienna Convention states. No Western European country has ratified the 1963 Vienna Convention, the 1997 Vienna Convention or the 1997 Supplementary Compensation Convention. All the members of the 1960 Paris Convention shall, however, become members of the 2004 Paris Convention. HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Edited by Cambridge University Press, New York, 2008, page. 28-31.

<sup>64</sup> *La responsabilité objective du propriétaire du navire. La Convention de 1969 crée une responsabilité objective ou sans faute sur la tête du propriétaire du navire, sous réserve cependant de certains cas d'exonération, pour tout dommage par pollution cause par des hydrocarbures persistants qui s'échappent d'un navire qui transporte ces produits et qui résultent d'un rejet ou d'une fuite.* JEAN-MAURICE Arbour, Sophie Lavalée, « *Droit International de L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, Québec Canada, 2006, page. 734-735.

<sup>65</sup> GOMÁ SALCEDO, José Enrique, “*Instituciones de Derecho Civil Común y Ford*”, Op. Cit., pp. 932-942.

<sup>66</sup> Sector-specific international conventions'. Oil pollution by ships. Oil pollution by ships is regulated by the conventions of the International Maritime Organization, the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 1969, as amended by the Protocols of 1976, 1992 and 2000, and the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage 1971, as amended by the Protocols of 1976, 1992 and 2000. HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Op. Cit., page. 26-28.

<sup>67</sup> The 1992 Civil Liability Convention and the 1992 Fund Convention establish a liability regime consisting of two layers... Firstly, there is strict liability of the owner of a ship carrying bulk oil for pollution damage caused by that ship in the territory', territorial sea or exclusive economic zone of a party to the 1992 Civil Liability Convention. Secondly, if compensation from the owner is insufficient to cover the damage, the international, fund established by the 1992. ULRICH BEYERLIN and THILO MARAUHM, “*International Environmental Law*”, Edit. Hart Publishing and Verlag CH Beck, 2011, Oxford, USA, page. 368-371.

<sup>68</sup> L'objectif de ce Protocole est d'établir un régime de responsabilité et d'indemnisation adéquate et rapide, en cas de dommages « résultant d'un incident survenant au cours du mouvement transfrontière ou de l'élimination de déchets dangereux et d'autres

por actividades peligrosas, el Convenio de Lugano de 1993<sup>70</sup> adoptado por el Consejo de Europa<sup>71</sup>, sobre la responsabilidad por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente<sup>72</sup>, entre otros convenios, protocolos y acuerdos. Y finalmente, se rescatará los elementos más representativos, de los regímenes internacionales de responsabilidad civil de naturaleza sectorial, que contribuyen al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por el daño ambiental transfronterizo.

## OBJETO

La complejidad de esta cuestión requiere una delimitación del objeto de este trabajo en dos niveles:

i) A nivel de derecho interno; se tiene que abordar la importancia de la responsabilidad civil para la protección del medio ambiente, a través del análisis de los sistemas de responsabilidad civil por el daño ambiental más influyentes, a fin de aplicar los modernos postulados del derecho civil, al diseño de un: *“Nuevo Sistema Absoluto o estricto de Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental”*, a partir de un cambio conceptual del derecho civil individualista hacia un derecho civil con utilidad social, que contribuya a la discusión, análisis y solución de la problemática de la reparación del daño ambiental.

ii) A nivel del derecho internacional, a partir, de conocer la situación actual del sistema que articula el derecho internacional, para responder a la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo, a partir de las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo desde la perspectiva del derecho internacional, la doctrina internacional, la jurisprudencia internacional, y la labor de la CDI y de haber observado la inadecuación de los mecanismos clásicos de la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, para resolver la problemática de la obligación internacional de los Estados de reparar los daños ambientales transfronterizo, el objetivo central de la presente investigación, es superar dichas limitaciones, a través del diseño de un *“Nuevo Sistema de Responsabilidad Internacional de los Estados General, Obligatorio, Directo y Absoluto, por los daños ambientales transfronterizos”* a partir de un cambio conceptual del derecho internacional puramente

---

déchets, y compris le trafic illicite, à partir du moment où les déchets sont chargés sur des moyens de transport à l'intérieur des limites de la juridiction de l'Etat d'exportation ». L'Etat d'exportation ou le producteur ou l'exportateur selon le cas est responsable des dommages jusqu'au moment où l'éliminateur a pris possession des déchets dangereux et des autres déchets. JEAN-MAURICE Arbour, LAVALLEE, Sophie « *Droit International de L'environnement* », Op. Cit, page. 739-744.

<sup>69</sup> The 1999 Basel Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal has not yet entered into force. At present, 10 parties have ratified, pending another 10 ratifications for entry into force (Article 29 of the Protocol). The Protocol aims at 'a compensation regime for liability and for adequate and prompt compensation for damage' resulting from the trans boundary movement and disposal of wastes (...). The Protocol provides for strict liability of the person notifying the designated state of the Trans boundary movement of wastes but transfers this liability to the disposer once in possession of the wastes transferred (Article 4). ULRICH Beyerlin and Thilo Marauhm, *“International Environmental Law”*, Op. Cit, page. 373.

<sup>70</sup> The 1993 Convention on Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment adopted by the Council of Europe establishes a liability regime for potentially environmentally harmful activities aiming at adequate compensation and restitution (Article 1). ULRICH BEYERLIN and THILO MARAUHM, *“International Environmental Law”*, Op. Cit., page. 373.

<sup>71</sup> Par conséquent, la Convention de Lugano aménage un régime de responsabilité objective et voit dans cette dernière institution une sorte d'application du principe pollueur-payeur. JEAN MAURICE, Arbour, LAVALLEE, Sophie « *Droit International De L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec-Canada, page. 739-744.

<sup>72</sup> Lugano Convention. In 1993, at Lugano, the Council of Europe passed the Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment. The Lugano Convention, which also covers risks with respect to gene technology, has been open to accession since 21 June 1993, though it has not yet entered into force. So far, only nine states (Cyprus, Finland, Greece, Iceland, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, Portugal and the Netherlands) have signed the Convention, but not state has yet ratified it. HINTEREGGER, Monika, *“Environmental Liability and Ecological Damage in European Law”*, Op. Cit., page 6.

declarativo y preventivo, hacia el establecimiento de un sistema jurídico de naturaleza obligatorio y reparador del daño ambiental transfronterizo.

iii) Preciso, que, por la naturaleza del objeto de estudio, amplio y complejo, a efectos de la culminación de la presente Tesis Doctoral, se realizó una serie de estudios básicos en la estructura y análisis de diferentes ramas del derecho que inciden en el tema de la responsabilidad ambiental, habiendo la investigadora seguido cursos especializados en materia ambiental.

iv) Las exigencias académicas por las tutoras de la presente investigación, han sido altas, por lo que se he tratado de abordar en lo posible la mayor cantidad, de sistemas de responsabilidad por el daño ambiental, tanto a nivel de derecho interno, como del derecho internacional. La recolección de datos, la he realizado personalmente, en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Barcelona, Biblioteca de la Universidad de Barcelona, Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, Biblioteca de la Universidad Rovira y Virgili, Biblioteca de la Universidad de la Universidad de Valencia, Biblioteca de la Universidad de Jaén, Biblioteca de la Universidad de la Universidad PUCP del Perú, Biblioteca de la Escuela Judicial de España en Barcelona. A todas estas instituciones mi agradecimiento y gratitud personal, por ayudarme a cumplir con los objetivos contenidos para lograr el título de doctor en derecho de la Universidad de Barcelona.

## MÉTODO

Asimismo, por la interdisciplinariedad de la materia objeto de estudio y la heterogeneidad de los instrumentos jurídicos existentes, se ha seguido un método básicamente inductivo para identificar los aspectos esenciales del tema: i) un primer nivel para el tratamiento del derecho interno: a) se ha partido del estudio sistemático de fuentes doctrinarias, legislativos y jurisprudenciales, *de los diversos sistemas de responsabilidad civil por el daño ambiental* con especial énfasis a nivel europeo: El sistema español, italiano, alemán, el derecho comunitario europeo, a nivel latinoamericano: El derecho peruano, argentino, colombiano; a nivel del derecho anglosajón: El derecho inglés y el americano.

ii) Un segundo nivel, para el tratamiento del derecho internacional, en el que, se ha analizado el desarrollo en el campo de la responsabilidad internacional del daño ambiental transfronterizo, para lo cual se ha recurrido a la doctrina, jurisprudencia y a la normativa internacional, representativa en la materia referida a la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, así como al estudio de la labor por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), plasmada en sus Anuarios emitidos.

De acuerdo con la metodología adoptada, el trabajo se ha dividido sistemáticamente, en una introducción y cinco capítulos: *El primer capítulo*: el daño ambiental y la antijuricidad: El medio ambiente como un bien jurídico protegido; el daño: razón de ser de la responsabilidad civil, el daño ambiental como un nuevo daño jurídicamente indemnizable, tipología de daños ambientales, características esenciales del daño ambiental; *el segundo capítulo*: el factor de atribución; *el tercer capítulo*: la relación de causalidad en el daño ambiental: la causa necesaria para producir el daño ambiental y las dificultades prácticas para establecer la relación causal en el daño ambiental, las teorías clásicas y modernas que tratan de explicar la relación de causalidad en el daño ambiental, los supuestos de ruptura del nexo causal en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por el daño al medio ambiente, las causas eximentes de la responsabilidad en la responsabilidad civil por el daño al medio ambiente; *el cuarto*

*capítulo:* la obligación jurídica de reparar el daño ambiental: las formas de reparación del daño, la valoración económica de los daños, el seguro, las garantías a financieras, los fondos.

*El quinto capítulo:* La responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos: *Primera Parte:* la situación actual del sistema que articula el derecho internacional, para responder la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo, a partir de las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo desde la perspectiva del derecho internacional, la doctrina internacional, la jurisprudencia internacional, y la labor de la CDI es superar dichas limitaciones ; *Segunda Parte:* la inadecuación de los mecanismos clásicos de la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, para resolver la problemática de la obligación internacional de los Estados de reparar los daños ambientales transfronterizo; *Tercera Parte:* Hacia un sistema de responsabilidad internacional de los Estados de naturaleza general, obligatorio y absoluto, por los daños ambientales transfronterizos.



## CAPITULO I

### Primera Parte

#### “El Daño Ambiental”

#### **1.- Planteamiento teórico, acerca de considerar al medio ambiente como un bien jurídico protegido y su posible definición.**

Nuestro planeta se encuentra sometido a gravísimas tensiones, que ocasionan graves daños ambientales, países como el Perú no es ajeno a esta realidad, así la explotación de minerales tiene una serie de impactos negativos en el medio ambiente, y en muchos casos la contaminación que produce ha afectado seriamente la salud de las poblaciones y la capacidad de regeneración del ecosistema. Así, por ejemplo, durante decenios las operaciones mineras en la zona de Cerro de Pasco y La Oroya<sup>73</sup> generaron niveles muy altos de contaminación de los ríos y el aire, además de problemas derivados de la acumulación de relaves<sup>74</sup>. En otros países como España, igualmente el caso del vertido minero en Aznalcollar en España<sup>75</sup>, es otra muestra de cómo los daños ambientales tienen efecto lesivo no sólo en la vida y el bienestar del ser humano, cuya existencia viene condicionada a la presencia de un ambiente adecuado, sino también en el medio ambiente puro. Tal situación amerita la protección del medio ambiente, por parte del derecho y la necesidad de ser considerado como un bien jurídicamente protegido a nivel sustantivo, además de ser amparado a nivel constitucional<sup>76</sup>. Para ello, es necesario, partir de una definición jurídica de medio ambiente que aprehenda jurídicamente su naturaleza en su real dimensión y a fin de que tenga su correlato jurídico, a nivel adjetivo de manera eficaz en favor de su protección.

El derecho peruano, en materia ambiental, sigue la tendencia mundial de intentar proteger jurídicamente el medio ambiente, el problema es que no está necesariamente en los primeros lugares de la agenda ni de

---

<sup>73</sup> La ciudad del Perú más contaminada con plomo en su atmósfera se llama “La Oroya” estimándose que el 99.1% de sus niños y niñas tienen plomo en su sangre producto del incumplimiento de las obligaciones socio ambientales de la empresa Doe Run Perú. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., Pág. 171.

<sup>74</sup> Las políticas públicas asociadas a esta transición deben establecer una estructura normativa y de incentivos que haga coincidir las decisiones empresariales sobre la explotación de los recursos minerales con los objetivos de investigación nacional. Por ejemplo, para reducir al mínimo posible la contaminación y el impacto negativo de la minería en el uso sustentable de otros recursos naturales, en particular el agua, es necesario que los empresarios mineros dejen de considerar los daños ambientales como algo externo a las operaciones de sus empresas, lo que implica incorporar en sus costos de producción los gastos necesarios para proteger el medio ambiente. AGENDA PERÚ, “*Gestión del Medio Ambiente y Recursos Naturales*”. *Agenda Perú: Agenda y Estrategia para el Siglo 21*. Informe final del Programa Ayuda, Perú, Lima, 2000, Pág.19.

<sup>75</sup> *Resumen del Daño Ambiental, por el Vertido Minero de Aznalcollar: Caso España*. El 25 de abril de 1998 se produjo la mayor catástrofe ambiental ocurrida en las últimas décadas en Andalucía: la rotura del muro exterior de contención de la balsa de decantación de estériles de la explotación minera, propiedad de la empresa sueco-canadiense Boliden-Apirsa, en Aznalcollar. lo que ocasionó una brecha en el muro de unos cincuenta metros por la que salieron aproximadamente dos millones de m<sup>3</sup> de lodos periticos y otros cuatro millones de m<sup>3</sup> de aguas ácidas, con una elevada concentración de metales pesados en disolución. El vertido fue descendiendo por el río Agrio y poco después por el cauce del río Guadiamar hasta desembocar en las marismas de Doñana (...). El vertido minero de Aznalcollar afectó a un tramo fluvial de unos 62Km de longitud, desde las instalaciones mineras hasta el límite con el Parque Nacional de Doñana, con una anchura variable entre 500-1.100m. El área cubierta por lodos y aguas ácidas fue de 4.634 hectáreas pertenecientes a nueve municipios de la provincia de Sevilla comprendiendo el cauce del río y los terrenos próximos de la llanura aluvial. ARENAS CABELLO, José, “Análisis Retrospectivo seis Años Después del Vertido Minero de Aznalcollar. ¿Un Accidente Superado? En Responsabilidad Medio Ambiental: Aspectos Civiles y Riesgos Laborales”, Salinas Molina F., Editorial Consejo General del Poder Judicial, España, 2005, pág. 37- 38.

<sup>76</sup> Los bienes jurídicos se distinguen en individuales y colectivos-sobre la base de su disfrute y titularidad-siendo acorde a esta clasificación-el medio ambiente es un bien jurídico colectivo. MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto, “*Tutela procesal del medio ambiente*”. En: *Revista Reforma Judicial Mexicana*, Edit. Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, enero-junio 2004, pág. 227.

los legisladores, ni del gobierno, hacerlo de manera eficaz, en razón a que el ordenamiento jurídico peruano ha seguido la tendencia de la mayoría de los Estados, de emitir normas mayormente de carácter preventivo, más que en el ámbito reparador del daño ambiental. Esta posición precisa AMIDOU, viene desde los años sesenta, años que marcaron el inicio de la conciencia ambiental, tanto a nivel nacional como internacional, mayormente bajo la perspectiva de la prevención<sup>77</sup>. Tal situación ha determinado que la normatividad ambiental respecto del derecho peruano en materia ambiental, sea copiosa en el campo del derecho público, enfocadas a normar y controlar el cumplimiento de las exigencias ambientales<sup>78</sup>, en especial en diversos aspectos de gestión ambiental sobre : la diversidad biológica, la calidad de aguas, urbanismo, manejo de residuos sólidos, niveles de ruido, patrimonio arqueológico, etc.. Asimismo, se observa, que los esfuerzos legislativos, se han centrado en dar solución al problema de la contaminación ambiental desde el punto de vista del derecho administrativo, esto es desde el ángulo puramente regulatorio, dejando a un lado la valiosa utilidad de responsabilidad civil, como mecanismo válido para resolver el problema de la reparación del daño ambiental.

Tal situación ha determinado, que el sistema de responsabilidad civil por el daño ambiental peruano, no se haya desarrollado, a la par de la problemática del daño ambiental, soslayando los mecanismos útiles de solución que ofrece el derecho civil brinda para encarar la problemática, referente a la reparación de los daños ambientales. Asimismo, obliga a despojarse del derecho tradicional civil peruano, en materia de responsabilidad civil en materia ambiental, en donde se hace necesario pasar del concepto puramente privatista del daño ambiental, a una concepción social del mismo. Ello atendiendo a la naturaleza *sui generis* del daño ambiental, el mismo que trasciende a los intereses o derechos privados, a intereses mayormente difusos o derechos colectivos<sup>79</sup>. Enfoque conceptual ajeno al sistema de responsabilidad civil clásica, que lo obliga a repensar su visión limitada a proteger sólo los derechos a nivel individual<sup>80</sup>, partiendo por reconocer que, lo que es normativamente apropiado para proteger los intereses individuales no “suele” dar los mismos resultados para la protección de los intereses de grupo<sup>81</sup>, colectivos o difusos<sup>82</sup>, escenario en el que mayormente se encuentra la reparación de los daños ambientales.

Esta situación, se explica porque la evolución de la legislación ambiental peruana en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, no ha sido muy positiva, en relación a resolver la problemática de la reparación del daño ambiental, pues se ha enfocado mayormente en el ámbito del

---

<sup>77</sup>La acción de la prevención, de hecho, se nutre de la misma naturaleza de los daños que puedan ser causados al medio ambiente: el carácter a menudo irreversible del daño grave ambiental, cuyo costo de restauración de los ecosistemas es muy alto. Este clima de incertidumbre y la creciente escasez de recursos financieros, han reforzado la convicción de la necesidad de centrarse en medidas preventivas para proteger el medio ambiente natural. AMIDOU GARANE en BOTHE, MICHAEL, SAND, PETER, Editions MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2003, THE HAGUE/ BOSTON/LONDON, pág.583- 584.

<sup>78</sup>DE LA PUENTE BRUNKE, “Legislación Ambiental en la Minería peruana”, Op. Cit., pág. 26.

<sup>79</sup> La cuestión es si este daño es resarcible o no, (...). Por ahora, numerosos problemas, de índole jurídica y económica, quizás lleven a responder negativamente a la disyuntiva mencionada. ÁLVAREZ LATA, Natalia, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, 2º Ed., Thompson Aranzadi, 2003, pág. 1702 – 1704. Más aún si la naturaleza de los “bienes ambientales pueden experimentar alteraciones objetivas y directas (por ejemplo, el desmejoramiento de la condiciones atmosféricas y climáticas) que no son susceptibles de corrección a través del sistema tradicional de tutela de la propiedad privada BIANCO ALBERTO, Quintero, Uribe, “*La Reparación del Daño Ambiental en Venezuela*”, en “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit. pág. 67.

<sup>80</sup> JUNCEDA, Javier, “*Derecho Ambiental en el Amazonas – Un reto para Sudamérica*”, Edit. Congreso del Perú, 1ra Edición, Lima-Perú, 2010, pág. 88-89.

<sup>81</sup> En segundo lugar, los bienes no son monetizables y, por lo tanto, resulta de muy difícil aplicación el parámetro tradicional de valoración del daño, así como los análisis de riesgo-beneficio y las comparaciones. LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Tema del Derecho Ambiental*”, 1ra Edición, Edit. Porrúa, México, 2008, pág. 121.

<sup>82</sup> LUDWIG KRAMER, “*E.C. Treaty—and— Environmental Law*”, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998, page. 123-125.

derecho público que, del derecho civil, no habiéndose desarrollado en materia de responsabilidad en la medida de la gravedad de los daños ambientales. Partiendo de la Constitución Política del Perú de 1933, el Código Civil de 1936 y la Constitución Política de 1979, pasando por el derogado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990<sup>83</sup>, hasta la vigente normatividad constituida tanto por la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley General del Ambiente del año 2006, y el Código Civil de 1984, en donde se advierte, que el ordenamiento jurídico peruano, ha optado por diseñar un sistema de responsabilidad civil ineficaz para encarar la reparación del daño ambiental.

Así, la Constitución Política del Perú del año 1933, sólo contenía consideraciones básicas y tradicionales acerca del territorio y recursos naturales, más conocidos como fuentes naturales de riqueza (art. 37), <sup>84</sup>más no tenía referencia alguna respecto a la responsabilidad ambiental, esto es, carecía de una buena base jurídica fundamental en relación con la protección del medio ambiente, no obstante, que desde tiempo atrás el país era parte de diversos instrumentos jurídicos internacionales en donde ya se protegía el medio ambiente. La jurisprudencia de aquella época, a falta de normas específicas, recurría al sistema de responsabilidad civil en general establecido en el Código Civil de 1936, cuyo factor de atribución era la culpa. Así uno de los casos emblemáticos, resuelto a través de la Resolución Suprema de 1° de diciembre de 1942 por la Corte Suprema<sup>85</sup>, condenó a la Empresa Cerro de Pasco Corporation, al pago de los daños y perjuicios por los daños ambientales causados por la emisión deliberada y con libre determinación de los humos de la Fundición de La Oroya, en contra del ganado lanar y vacuno que pastaba en la Hacienda Jatunhuasi de propiedad de la Testamentaria de don Juan Bazo Velarde.

Años más tarde la Constitución Política de 1979 reconocía en su artículo 123<sup>86</sup>, que el Estado peruano tenía la obligación de prevenir y controlar, más no de reparar el daño ambiental<sup>87</sup>. No obstante, que el Estado peruano, era parte de convenios internacionales como: la Carta a la Tierra, el Convenio de Estocolmo 1972, entre otros documentos internacionales, en donde ya se establecía el principio de responsabilidad ambiental, el principio quien contamina paga, entre otros principios, no se desarrolló un sistema de responsabilidad adecuado, para encarar la reparación del daño ambiental. Es recién en la década, del 90, en el que se desarrolla, el primer antecedente legislativo en materia ambiental,

---

<sup>83</sup>DE LA PUENTE BRUNKE, “*Legislación Ambiental en la Minería Peruana*”, Op. Cit., pág. 21.

<sup>84</sup>FOY VALENCIA, Pierre. “*Derecho y Ambiente*”, Vol. II, 1era. Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima - Perú, 2011, pág. 24-25.

<sup>85</sup>A comienzo de la década del cuarenta, se abre la vía de la lucha judicial contra la contaminación con un caso con características muy similares al ejemplo de la fábrica y el ganadero. Se trata de la demanda interpuesta por doña Elvira Santa María de Bazo representante de la Testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la Cerro de Pasco Corporation. La demandante sostuvo que los efectos tóxicos se apreciaban en la disminución constante de la leche, en el aumento de la mortalidad del ganado, en la disminución del co-eficiente de natalidad, en la pérdida progresiva de lana y en el desmejoramiento y el empobrecimiento fisiológico de los ganados. La demandada se defendió con argumentos de hecho (los humos no causan daño) y también con un argumento productivo: “dicha solución (nociva) es inherente a la industria metalúrgica que no ha estado en sus manos remediar. Aun cuando en la discusión judicial no se hace un análisis económico-social de la contaminación, es interesante que, la Corte Suprema, el 1° de diciembre de 1942, SE condena a la Cerro de Pasco al pago de los daños; con lo cual se rechaza la pretendida inmunidad del agente contaminante basado en la argumentación de que la contaminación es una consecuencia inevitable y necesaria de la producción industrial, y se da de esta manera el primer paso hacia el control judicial de la contaminación. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Op., Cit., T. II. pág. 345-346.

<sup>86</sup>Constitución Política de 1979: artículo 123: “Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”. [www.congreso.gob.pe-const-1979](http://www.congreso.gob.pe-const-1979).

<sup>87</sup>No obstante que dicho artículo se insertaba en el Título sobre Régimen Económico, por su propia naturaleza jurídica – independientemente de su “sede material”- propiamente pertenecía al apartado “dogmático” de la Constitución, en tanto estipulación de derechos y deberes. FOY VALENCIA, Pierre. “*Derecho y Ambiente*”, Vol. II, Op. Cit., pág. 24-25.

denominado Código del Medio Ambiente (1990)<sup>88</sup>, en donde aparecen, por vez primera, normas que cimientan la responsabilidad ambiental en el derecho peruano, el mismo que no entró en vigor<sup>89</sup>, de manera inmediata<sup>90</sup>, debido a que el gobierno de turno, tenía como política de Estado, cautelar las inversiones nacionales y extranjeras, que podían verse afectadas por la aplicación del referido cuerpo normativo<sup>91</sup>, que obligaba a realizar las actividades económicas, con responsabilidad ambiental. Lo positivo es que, en el referido código del ambiente, por primera vez se establece categóricamente que todos tienen el deber de conservar el ambiente sano y ecológicamente equilibrado<sup>92</sup> y que en caso de dañarlo se tiene el deber de repararlo. La responsabilidad en materia ambiental, se fundamenta en que el “derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado, tiene como contrapartida la obligación de repararlo”, siendo además, que al tratarse de un derecho *erga omnes*, dicha obligación debe recaer sobre toda otra persona o entidad<sup>93</sup>. Otra de las principales innovaciones que recoge el código del ambiente, fue el principio contaminador pagador, a través del cual se traslada de manera inexcusable el costo del deterioro ambiental al causante del perjuicio, obligando de manera específica a que “el agente contaminador, sea el responsable directo de su actuar y sea el que tenga que asumir los costos del daño ocasionado”<sup>94</sup>. Asimismo, establecía que el incumplimiento los deberes administrativos en materia de

---

<sup>88</sup> i) Se puede afirmar, que es a inicios de los noventa con la promulgación del Código del Medio Ambiente, que la responsabilidad civil ambiental propiamente dicha surgió en el derecho peruano, aunque tímidamente, época en la que se comenzó a cimentar las bases del modelo económico liberal que rige actualmente: “el contexto era el de un régimen de transición, cuando el Perú abandonaba una economía centralista para pasar a una economía que fue liberal y de mercado. CHIRINOS, Carlos. “Acciones Legales para la Defensa del Ambiente”, En: “10 años del Código del Medio Ambiente”, Sociedad Peruana del Derecho Ambiental, Primera Edición, Lima – Perú, 2001, pág. 143-144.

<sup>89</sup>Es así, como el Código fue promulgado mediante Decreto Legislativo N° 613 y publicado el 8 de setiembre de 1990, luego que una comisión, integrada por expertos nacionales y extranjeros, lo viniera trabajando desde el año 1985, el cual reúne en un solo cuerpo legal, entre otros aspectos, los principios generales aplicables a la gestión ambiental del Estado Peruano, tanto a nivel de políticas, como de normas legales y de administración pública. Un año después de publicado el *Código*, lo cual constituye un hecho muy relevante en el camino de la legislación ambiental peruana, treinta y dos de sus ciento cuarenta y cinco artículos fueron derogados, cuando no sustituidos, por normas de promoción de la inversión privada. DE LA PUENTE, Brunke. “*Legislación Ambiental de la Minería Peruana*”, Op. Cit., pág. 22-23.

<sup>90</sup>El Código del Medio Ambiente y la legislación de Inversión Privada. En el año 1991, el Dr. Jorge Caillaux Zazzali, presidente de la comisión que elaboró el *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, responde a la siguiente pregunta: Asumiendo la difícil situación que atraviesa el Perú, algunos sectores señalan que la aplicación del *Código del Medio Ambiente* no sólo ocasionaría serios tropiezos a la actividad productiva, sino que podría convertirse en un obstáculo para la atracción de inversión extranjera<sup>90</sup>. JCZ: Pienso que esta afirmación es parte del dramatismo poco edificante que ha caracterizado la discusión sobre el Código. Debemos recordar que dicho cuerpo legal hace suyas exigencias ambientales tan antiguas como las contenidas en la *Ley General de Aguas* de 1969 o la *Ley Forestal* de 1975. No se ha inventado nada, simplemente se ha reactualizado la legislación preexistente estableciendo mecanismos adecuados para su cumplimiento. (...)Por ello, dos meses después de la publicación del mismo, a través de un decreto supremo, norma de inferior jerarquía, el Poder Ejecutivo suspendió el plazo de adecuación de 180 días, reconociendo en uno de los considerandos de la norma que todas las actividades productivas se encontraban imposibilitadas, técnica y económicamente, para adecuarse al *Código* en tan corto plazo, lo que obligaría a la paralización de todas sus operaciones, con las previsibles consecuencias socioeconómicas que afectaría el normal desarrollo de las actividades de la Nación. DE LA PUENTE, Brunke. “*Legislación Ambiental de la Minería Peruana*”, Op. Cit., pág. 22-23.

<sup>91</sup>Esto es, estaba compelido a complementar ese marco normativo de tres puntos básicos con otro tipo de normas y regulaciones capaces de garantizar, en la medida de lo posible, un funcionamiento equitativo del mercado. Nos referimos a leyes encaminadas a los siguientes fines: asignar costos y riesgos dentro de la sociedad; Prevenir y evitar daños a terceras personas; resarcir adecuadamente los daños; y suplir la carencia de información y transparencia. Estos pasos debían ser reforzados por un mayor y más fácil acceso a la administración de justicia, sea judicial o administrativa. CHIRINOS, Carlos y otros, “*Acciones Legales para la Defensa del Ambiente*”, “10 años del Código del Medio Ambiente”, Sociedad Peruana del Derecho Ambiental, Primera Edición, Lima – Perú, 2001, pág. 143-144.

<sup>92</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. En: “*Estrategias de Derecho Privado para conservar la naturaleza*”. CARRUITEROLECCA, Francisco. (Compilador), “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op., Cit., pág. 213-214.

<sup>93</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. En: “*Estrategias del Derecho Privado para conservar la naturaleza*”. CARRUITEROLECCA, Francisco. (Compilador), “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op., Cit., pág. 213-214.

<sup>94</sup>CAILLAUX ZAZZALI, Jorge, “*Sobre el Código del Medio Ambiente*”, *Ius Et Veritas*, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año I, N° 2, pág. 12.

protección ambiental<sup>95</sup>, acarrea responsabilidad civil general, establecida en el Código Civil peruano. La responsabilidad ambiental, establecida en el código del ambiente tuvo aciertos pues marcó el inicio en el sistema peruano de responsabilidad civil por el daño al medio ambiente, a través de dos instituciones importantes: i) el principio contaminador pagador; y ii) la posibilidad de accionar sobre responsabilidad civil por el daño ambiental que corresponda, por incumplimiento de las normas administrativas. El Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales de 1990, fue derogado, por la Ley General del Ambiente del 2006<sup>96</sup> (LGA).

Por lo que, el marco normativo actual de la responsabilidad por daños ambientales en el derecho peruano, está regido, la Constitución peruana de 1993, la nueva la Ley General del Ambiente del Ambiente del 2006 (LGA)<sup>97</sup>, y Código Civil de 1984, en donde básicamente se establecen los lineamientos de la política ambiental de nuestro país. Así, al medio ambiente en el derecho peruano, se le otorga protección especial a nivel constitucional, el mismo que no es otro que el derecho garantice un ambiente adecuado y ecológicamente equilibrado para el desarrollo de la persona, tal y como lo establece la Constitución peruana de 1993, en su artículo 2 inciso 22<sup>98</sup>, norma similar al artículo 45, establecido en la Constitución Española de 1978<sup>99</sup>, que igualmente otorga la categoría de derecho constitucional al medio ambiente, en la sección referente a los denominados derechos sociales, además le otorga la cualidad de bien digno de protección. Ello, determina un tratamiento añadido favorable, el cual es constituir aparte un principio rector de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección, ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes público (art. 53.3 de la Constitución)<sup>100</sup>. No obstante, pese a su importancia constitucional en ambos sistemas, se ha obviado hacer alusión a algún tipo de definición jurídica, en ambas constituciones. Y, asimismo, en las demás leyes peruanas, se constata, que no existe una definición jurídica, sobre el medio ambiente.

Por su parte, la Ley General del Ambiente (LGA) en relación a la incidencia que tiene respecto de la responsabilidad civil por el daño al medio ambiente, establece en su Título preliminar<sup>101</sup> que las personas

---

<sup>95</sup>Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Capítulo XX: “establecía un conjunto de sanciones por infracción administrativa, así como criterios para su aplicación y calificación, independientemente de la responsabilidad civil o penal que corresponda, afirmando el principio de responsabilidad solidaria”. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Artículo 117: “La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente, es independientemente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse de los mismos hechos”. “Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales”, Op. Cit., pág. 121-122.

<sup>96</sup>Ley general del ambiente del Ambiente del 2006, en adelante LGA.

<sup>97</sup>Ley general del ambiente del Ambiente del 2006, en adelante LGA.

<sup>98</sup> Constitución del Perú de 1993. artículo 2 inciso 22, que toda persona tiene derecho: “(...) A gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, al desarrollo de la vida”, [www.oas.org.dsd.Perú](http://www.oas.org.dsd.Perú).

<sup>99</sup>Viene recogido en el artículo 45 de la Constitución, que dice 1. Todos tienen el derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo (...).3. para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior en los temimos que la ley fije se establecerá sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Código de Medio Ambiente”, Edit. por PAREJO ALFONSO, Luciano, 9ª Edición, Editorial Aranzadi S.A., Navarra-España, 2011, pág. 49.

<sup>100</sup>La proclamación constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado, determina una serie de efectos, a saber: a) impone al legislador, la obligación de elaborar y promulgar leyes para desarrollarlo; b) prohibición para promulgar leyes que degraden el medio ambiente, de ser así deberá ser declarada inconstitucional; c) la interpretación de las normas relativas del medio ambiente habrá de realizarse de acuerdo con el principio constitucional; d) posibilidad sancionadora por daños causados al medio ambiente. DÍAZ – AMBRONA BARDAJI, Dolores. “Derecho Civil Comunitario”, Op. Cit, pág. 450 – 451.

<sup>101</sup>Título Preliminar Derechos y Principios. Art. I del Derecho y Deber Fundamental. Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país. CONCORDANCIA: Const. Art. 2 Inc. 22) 68; Ley 28611.- Medio Ambiente Art. 113. Inc. 1) Del Ministerio del Ambiente (14-05-08) Art. 3.1. R, Ley 26448. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

naturales frente a su responsabilidad del daño al medio ambiente, tienen una doble dimensión constitucionalmente amparada: es un derecho y asimismo es un deber fundamental, así lo ha señalado en su artículo I, en concordancia como lo establecido en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución, esto significa un doble compromiso de la LGA<sup>102</sup>. En ese sentido, la citada norma, puede analizarse desde distintas aproximaciones, una de ellas nos llevaría a reflexionar sobre esta ley como, el deseo y la voluntad política de dinamizar un nuevo proceso, más enfocado, basado en la experiencia con nuevos retos y con una visión de un país que como el Perú<sup>103</sup> se encuentra en capacidad de orientarse al desarrollo con respeto del patrimonio ambiental que le sirve de base.

Asimismo, la LGA, establece responsabilidad civil por infracción a las normas administrativas, optando por normar de manera sistemática los distintos instrumentos de gestión ambiental, algunos de los cuales habían empezado a ser desarrollados por la legislación sectorial, mientras que otros no habían tenido cabida aún en nuestra legislación<sup>104</sup>, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad civil. Y ello porque la ley ha considerado instrumentos no solo de prevención, sino también de restauración, a nivel administrativo, en el caso que exista un daño ambiental, puede también originar en responsabilidad civil. Por lo que esta ley, apuesta en principio por un sistema regulatorio de protección en donde no sólo establece medidas preventivas como: el cese de la conducta que ocasiona el daño ambiental, así como medidas de prevención y mitigación previas al daño ambiental o cuando existe una amenaza de daño ambiental, sino también, *la justa y equitativa indemnización económica a los afectados*, por lo que es posible obligar al agente contaminante a *asumir los costos de la restauración del ambiente*. Esto es, la LGA<sup>105</sup> entiende que, la reparación por daño ambiental englobaba la restauración del ambiente o sus componentes afectados por el daño ambiental así como la indemnización económica según los intereses afectados.

---

Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Aceptados por la ONU (07-05-95) Art. 11. D. Ley 22129.- Adoptan Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Aceptados por la ONU (29-06-78) Art. 12; Ley 26821.- aprovechamiento sostenible de los Recursos naturales (26-06-97) Art. 2; Ley 26821. Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (26-06-97) Art. 2; Ley 26839.- Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (16-07-97) Art. 3; Ley 26842. Ley General de Salud (20-07-97) Art. I, II, IV y 103. “*Normas de Protección del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 15-17.

<sup>102</sup>Título Preliminar Derechos Y Principios. Art. I del Derecho y Deber Fundamental. Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país. CONCORDANCIA: Const. Art. 2 Inc. 22) 68; Ley 28611.- Medio Ambiente Art. 113. Inc. 1) Del Ministerio del Ambiente (14-05-08) Art. 3.1. R, Ley 26448. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Aceptados por la ONU (07-05-95) Art. 11. D. Ley 22129.- Adoptan Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Aceptados por la ONU (29-06-78) Art. 12; Ley 26821.- aprovechamiento sostenible de los Recursos naturales (26-06-97) Art. 2; Ley 26821. Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (26-06-97) Art. 2; Ley 26839.- Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (16-07-97) Art. 3; Ley 26842. Ley General de Salud (20-07-97) Art. I, II, IV y 103. “*Normas de Protección del Medio Ambiente*” Op. Cit., pág. 15-17.

<sup>103</sup>PULGAR VIDAL, Manuel, “*Traducción*” en: “*Ley General de ambiente*”, Edit. CONAM Sociedad de Derecho Ambiental, Lima, 2006 s/p.

<sup>104</sup>La fase final de promulgación de la Ley General del Ambiente pareció resucitar los temores planteados quince años atrás y con ello algunos debates ásperos, especialmente desde el sector privado, pero incluso desde entidades del propio Poder Ejecutivo. No es gratuito en consecuencia que la Ley fuera promulgada por el propio Congreso de la República haciendo uso de la figura de la “insistencia”. En este camino, algo accidentado, cabe destacar sin embargo no sólo el resultado, es decir la Ley General del Ambiente cuya promulgación es altamente positiva para el país, sino a su vez el proceso participativo desarrollado para llegar a ella. PULGAR VIDAL, Manuel, “*Traducción*” en: “*Ley General de ambiente*”, Edit. CONAM- Sociedad de Derecho Ambiental, Lima, 2006 s/p.

<sup>105</sup>CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”. Doctrina – Legislación - Jurisprudencia. Op. Cit. pág. 43.

En este aspecto, ALVAREZ LATA, refiriéndose al sistema español, sostiene que, en efecto, del análisis de las normas administrativas estatales o autonómicas que tienen como objeto la protección o tutela del medio ambiente, se advierte que en casi todas se contempla, al lado de la correspondiente sanción, la subsiguiente obligación de la reparación del daño o perjuicio causado. Esta obligación, que, desde el Derecho Administrativo, se ha definido como medida complementaria a la sanción administrativa, aunque, pueda concebirse como una suerte de responsabilidad civil derivada de la infracción administrativa ejercida por la Administración en tutela de sus bienes, se traduce, generalmente, en la posibilidad de reparar el daño puramente ecológico, a través de la restauración del medio o del recurso natural dañado.<sup>106</sup> Este aspecto es criticado, por la doctrina, por la aparente civilización de la función pública, no obstante, consideramos, que el sistema peruano, al igual que el español, son sistemas jurídicos que al ampliar los efectos de la responsabilidad por los daños ambientales a consecuencias de naturaleza civil, se encuentra acorde a la utilidad del derecho civil, relacionada con la posibilidad de reparar el daño ambiental<sup>107</sup>, de manera integral, por las grandes posibilidades que tiene la responsabilidad civil<sup>108</sup>, no sólo para efectos de la reparación del daño ambiental, sino por su valor disuasivo para erradicar las conductas ambientalmente peligrosas, pues los responsables de los mismos, deben tener en cuenta las grandes pérdidas económicas que afrontarán a consecuencia del pago de la reparación del daño ambiental<sup>109</sup>. Ello redundará en la utilidad de la responsabilidad civil<sup>110</sup> como una valiosa herramienta en la

---

<sup>106</sup> La reparación del daño ambiental en esta vía ha sido cuestionada por quienes consideran que la función pública de tutela ambiental se convierte en función privada al apoyarse en medidas resarcitorias; más aún cuando se trata de daños privados cuya indemnización se determina en sede administrativa, o cuando el procedimiento sancionador tiene por pretensión única la de ordenar ejecutoriamente la reparación del daño. En ambos supuestos, se podría tratar de una extralimitación en el ejercicio de las potestades administrativas. Álvarez Lata, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; En: Reglero Campo, Luis Fernando, Asua González, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Izquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003, pág. 1703.

<sup>107</sup> Casi nadie ha pensado suficientemente en las grandes posibilidades que nos brinda el derecho civil para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente que, junto con los ya mencionados, permite una protección más acabada. BLANCO, Alberto, QUINTERO, URIBE, “*La Reparación del daño ambiental en Venezuela*”, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estados del Ministerio Público, Primera Edición 2000 – reimpreso 2005, Bogotá – Colombia, pág. 63-64.

<sup>108</sup> The fact that civil lawsuits are rare does not necessarily mean that they have no effect. Polluters may take into account the economic loss that may be caused by liability. MACRORY, Richard “*Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?*” Edited, Europe Law Publishing, 2006, Groningen/Amsterdam, page. 133-134.

<sup>109</sup> Private law and environmental protection. The development of the law relating to the protection of the environment is not solely governed by the realm of public and administrative law. Although the spread of regulatory control has accelerated within the last 60 years, traditionally, at first glance anyway, private law has attempted to serve a similar function in controlling environmental damage. As we describe below, however, the similarity is often superficial: the essential characteristic of private law is to regulate relationships between individuals (as opposed to the public law which governs the activities of public bodies like the EA and regulates the relationship between the state and individuals) by the balancing of individual interests, such as competing uses of land, rather than environmental protection. After discussing some of the issues which arise when public law standards clash with private law rights, we discuss some possible future directions for private law, including placing civil liability on a statutory footing and the impact of human rights legislation. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Gillivray LLB Hons, MA, “*Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, pág.255-258.

<sup>110</sup> Liability is an Incentive. The first part of this section discusses the objectives of liability rules in general. These objectives, some of which overlap each other, are relevant to understanding and assessing the trend towards strict liability for environmental harm described in the previous chapter. This part deals with providing compensation, increasing efficiency, deterrence, risk or loss spreading, wealth redistribution, and corrective justice, and possible mixes of these objectives. Reparation, Spreading of the Risk – Insurance. The second part then focuses specifically on justifications for strict liability rules. Since there is little place in moral theory for strict liability rules and the bulk of liability law is properly based on fault, strict liability rules require affirmative justification. BERGKAMP, Lucas, “*Liability and Environment-Private and Public Law Aspects of civil Liability for Environmental Harm in an International Context*”, Published by KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2001, THE HAGUE /LONDON/NEW YORK, page. 67- 69.

reparación del daño ambiental, en contraposición de la posición escéptica<sup>111</sup>, que sostiene que la responsabilidad civil no se adapta a la naturaleza del daño ambiental y que no aporta mayormente a dicha institución. Así, la LGA tiene un articulado que establece que adicionalmente a la responsabilidad administrativa, existe la posibilidad que cuando se ocasiona un daño ambiental en violación de las normas administrativas, es posible acudir a una acción de responsabilidad civil por daño al medio ambiente, en atención a lo establecido en el principio IX, de la LGA, que establece que:

*“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”<sup>112</sup>.*

Norma que establece que los mismos daños ambientales, pueden ser reparados a través de las medidas restauración, rehabilitación o reparación o compensados. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles de carácter general civil establecida en el Código Civil de 1984. En el mismo sentido el artículo 276<sup>113</sup>, establece que cualquier infracción al reglamento dará lugar no sólo a sanciones administrativas, penales, sino también a la responsabilidad civil. Al respecto, ESPINOZA, precisa, que si bien la LGA contiene una regla general de responsabilidad administrativa y de responsabilidad social, se entiende que *la responsabilidad civil es independiente de la responsabilidad administrativa*<sup>114</sup>. Esto es que, frente a un daño ambiental, como consecuencia de las infracciones administrativas, se tiene consecuencias, de responsabilidad no sólo administrativas o penales, sino también la responsabilidad de naturaleza civil, por lo que en este aspecto, es un acierto de la legislación peruana, pues establece la posibilidad de recurrir por un mismo hecho lesivo de daño ambiente, a que el agente contaminador responda además de la responsabilidad administrativa, por la responsabilidad de naturaleza civil y penal.

Interesa, por tanto, analizar, si es posible que además de las obligaciones administrativas, haya posibilidad de accionar por responsabilidad civil, ante la ocurrencia de un daño ambiental *per se*, esto es, en estricto. A nivel de la doctrina peruana se ha promovido el principio de responsabilidad ambiental, en el sentido que el agente contaminador o depredador incorpore en su estructura de producción, los costos que demandará, sino también, que en caso de que ocurra un daño ambiental, pague la restauración del mismo y la eventual compensación por un daño ambiental. Esto es, se traslada, los costos de los potenciales daños al ambiente en el proceso de producción del agente contaminador. Ello en razón a que se entiende que el creador de un riesgo es quien debe hacerse cargo de las consecuencias que su actividad puede ocasionar a la sociedad<sup>115</sup>. Por lo que, como se aprecia en el sistema peruano de responsabilidad

---

<sup>111</sup> “El derecho ambiental hace tambalear las estructuras propias de la responsabilidad civil, surge la incertidumbre de si las teorías clásicas de la responsabilidad civil pueden realizar un aporte significativo al novedoso tema, o si, por el contrario, se comete el yerro de tratar de amoldar aquellas a este”. HENAO, Juan Carlos, *“Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental”*, En: *“Responsabilidad por daños al medio ambiente”*, Universidad Externado de Colombia- Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Primera Edición, 2000 – reimpreso 2005, Bogotá- Colombia, 2005. pág. 129-133.

<sup>112</sup> *“Normas de Protección del Medio Ambiente*, Edit. RHODAS, 2010, Lima Perú, pág.22.

<sup>113</sup> Artículo 276 de la LGA (peruana). Responsabilidad Civil y Penal. La aplicación de las sanciones a que se refiere el Reglamento será independiente de la *responsabilidad civil* o penal que pudiera determinarse para cada caso. *“Normas de Protección del Medio ambiente”* Op. Cit. pág. 393

<sup>114</sup> Autorizada doctrina italiana nos enseña que la experiencia comparatista y la comunitaria sugiere la coexistencia de la tutela administrativa y penal, es decir de perfil público, con la técnica de la responsabilidad civil. ESPINOZA, Juan, *“Derecho de la Responsabilidad Civil”*, Edit. RODHAS, 6ta Edición, Lima. Perú 2011, pág. 77.

<sup>115</sup> VAIDEZ, Julio César y MONTOLLA ROSALES, Asela, Cit. Por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry en: *“Guía de Derecho ambiental”* Op. Cit. pág. 59.



por el daño ambiental, es posible, plantear una acción de responsabilidad civil por el daño ambiental, además de la responsabilidad administrativa o penal a que hubiere lugar cuando se ha cometido un daño ambiental por infracción a las normas administrativas en la LGA, lo que es muy acertado, más no suficiente, tratándose de la protección del medio ambiente, en donde se debe acudir a todos los mecanismos que el derecho otorga para encarar con propiedad la problemática del daño ambiental.

Al no existir un sistema de naturaleza general y obligatorio, que establezca la responsabilidad civil de los agentes contaminante, en los casos en que nos preocupa, esto es cuando los daños ambientales, no estén comprendidos en las infracciones administrativas contenidas en la LGA o en su ámbito de aplicación, es el Código Civil peruano de 1984, el que cumple un rol importante en materia de responsabilidad por daño al medio ambiente, pues en todo lo que no está normado en la LGA, en materia de responsabilidad medio ambiental, rigen supletoriamente las normas de carácter general sobre responsabilidad civil extracontractual establecidas en el Código Civil. El problema, es que el Código Civil de 1984, carece de un sistema sobre responsabilidad civil específico en materia ambiental, por lo que los supuestos de responsabilidad, así como los mecanismos para determinarla y reparar el daño ambiental, está anclada en la legislación peruana bajo conceptos clásicos de responsabilidad general, insuficientemente preparada para afrontar las complejas características *suigeneris* del daño ambiental<sup>116</sup>. Esta situación ha determinado que exista una propuesta de enmienda al libro del Código Civil de 1984, sobre Responsabilidad Civil, en donde se propone una norma específica sobre responsabilidad civil ambiental<sup>117</sup>, proyecto, que hasta la fecha no ha sido promulgado.

Se constata que el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, es ineficaz para reparar los daños ambientales, determinando, que las víctimas de los mismos, no tengan la protección debida. Tal situación ha repercutido de manera negativa, a nivel de la jurisprudencia peruana. Ejemplo paradigmático, es el Primer Pleno Casatorio Civil, sobre responsabilidad civil, emitido a propósito del conocido caso Yanacocha, sobre daño ambiental ocasionado, por derramamiento de mercurio ocurrido en el pueblo de Choropampa, con graves efectos en la salud de sus pobladores<sup>118</sup>. La Corte Suprema peruana, utilizando artificios legales, desprotegió a las víctimas, y no ordenó la reparación de los daños ambientales, con efectos de daños patrimoniales, personales, morales y el medio ambiente puro. Esta situación que motivó la crítica de la doctrina peruana, CARHUATOCTO, observa, que en dicho pleno se desarrolló una irregular teoría según la cual se asimila la transacción extrajudicial con la judicial, aceptando con ello una excepción procesal, en perjuicio de las víctimas del derrame de mercurio<sup>119</sup>; por su parte HERRERA, sostiene que después de este primer pleno casatorio, el acceso a la justicia ambiental ha quedado evidentemente restringido, debido a que en la mayoría de los casos los daños ambientales ocurren con pobladores de escasos recursos económicos y de un pobre nivel educativo, por lo que las grandes empresas se aprovechan y transan con ellos por cantidades inferiores a las que realmente les corresponde<sup>120</sup>. Y de igual manera JUAN ESPINOZA, anota que el hecho de contar con disposiciones

---

<sup>116</sup> GOMEZ, Fernando; “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit. pág. 10.

<sup>117</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ; “*Reflexiones sobre la propuesta enmienda de la Comisión de Responsabilidad Civil*”; “*en 10 años en el C.C. Peruano*” 1995; Lima – Perú; Edit. Universidad de Lima; pág. 377.

<sup>118</sup> ESPINOZA, Juan, “*Derecho de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág.789.

<sup>119</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Editorial Jurista Editores, Primera Edición 2009, Lima –Perú, Op. Cit., pág. 39-40.

<sup>120</sup> Según nuestra Corte Suprema, estas transacciones extrajudiciales pueden ser alegadas mediante una excepción de conclusión del proceso por transacción, con lo que el derecho a solicitar una reparación civil por daño ambiental queda restringido para aquellas personas que no hayan transado con su dañador. HERRERA ATENCIA, Rubén, “*El acceso a la justicia ambiental en el ámbito civil*”, “*Barreras Legales y Jurisprudenciales*”, Editores Jurista, era Edición Lima, 2011, pág. 116-117.

legales que regulen la responsabilidad civil por daño al medio ambiente, no sirve para nada si no se cuentan con jueces capacitados y con la voluntad de proteger efectivamente a los damnados<sup>121</sup>. El efecto, de dicha decisión, ha impactado negativamente, hasta la fecha en las resoluciones emitidas con posterioridad, pues por aplicación de dicho pleno en donde se aprecia, que las casaciones interpuestas, vienen siendo declaradas infundadas<sup>122</sup>, restringiendo el número de personas legitimadas para interponer una demanda de responsabilidad civil por daño ambiental<sup>123</sup>. Tal situación, demuestra que el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, amerita de manera urgente un cambio significativo en el derecho peruano, en búsqueda de la construcción de un sistema eficaz para la reparación del daño ambiental.

De todo lo anotado, el sistema de responsabilidad civil por los daños ambientales peruano, surgen dudas, las mismas que admiten, en teoría, parten de la premisa que el referido sistema de responsabilidad civil, no ha evolucionado a la par de la gravedad del daño ambiental para encarar con eficacia su reparación, lo que determina la necesidad de construir un nuevo sistema de responsabilidad civil por daño al medio ambiente, a partir del cambio de enfoque del derecho civil históricamente individualista, hacia uno de utilidad social, para lo cual se hace necesario, analizar las siguientes líneas de investigación que pasamos a exponer:

i) En principio, se observa que el sistema de responsabilidad por los daños ambientales diseñado por el derecho peruano, ha *establecido un sistema dual de responsabilidad*. Así la LGA, opta por un sistema mixto de responsabilidad, pues por un lado tenemos que el art. 144 establece la responsabilidad objetiva, limitada sólo para las actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, y para todas las demás actividades que no están comprendidas en esta naturaleza de actividades el legislador peruano ha optado por la aplicación del sistema subjetivo de responsabilidad, establecido en el artículo 145 de la LGA, responsabilidad obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y de restauración del ambiente afectado, sólo en caso de mediar dolo o culpa.<sup>124</sup> Así, ESPINOZA, advierte, que de esta manera, se crea curiosos ¿o ficticios? espacios de responsabilidad subjetiva<sup>125</sup>. Esta situación es una proyección del Código Civil de 1984, en relación a la responsabilidad civil también establece un sistema dual de responsabilidad, el mismo que está, a su vez sustentado, en dos grandes columnas vertebrales: el sistema de responsabilidad basado en la culpa y el sistema de responsabilidad objetiva basado en el riesgo creado, esto es, se basa en un sistema mixto de responsabilidad civil:

---

<sup>121</sup> El resultado es dramático: la normativa del daño al medio ambiente se convierte en un cuento de ciencia ficción(...)confío en que haya jueces valerosos que comiencen a hacer internalizar los costos de los daños a quienes los producen en la más absoluta impunidad. ESPINOZA, Juan, “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Op. Cit., pág. 790.

<sup>122</sup> Lima, dieciocho de julio del dos mil ocho. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, visto la causa número seiscientos setenta ocho – dos mil siete, (...): Octavo.- Que, en el caso de autos, existe relación entre este proceso y el que motivo la convocatoria al Primer Pleno Casatorio, pues en ambos Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, Ransa Comercial Anónima y Esteban Arturo Blanco Bar han formulado la excepción de conclusión del proceso por transacción, sustentándose en similar relación jurídica material y relación jurídica procesal, presentando para ello las transacciones extrajudiciales que se celebraron con cada uno de los demandantes, no obstante que dichas transacciones no fueron presentadas ni homologadas en un proceso anterior. La sentencia expedida en mayoría por el Primer Pleno Casatorio constituye cosa juzgada, porque resolvió en forma definitiva la causa que la motivo, siendo sus efectos aplicables al presente proceso. Declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Zoila Aurora Carbajal y otros, en consecuencias, NO CASARON el auto de vista de fojas mil cuatrocientos catorce, su fecha quince de noviembre del dos mil seis. Fuente: Centro de Investigaciones del Poder Judicial del Perú.

<sup>123</sup> En contra de lo establecido, en el artículo 82° del Código Procesal Civil, debido a que, como lo hemos expuesto anteriormente, el daño ambiental tiene como principal característica el ser un interés difuso, por ello el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales autorizó a cualquier persona a interponer las acciones necesarias para la defensa del medio ambiente; no obstante, este pleno Casatorio restringe indebidamente el acceso a la justicia ambiental en el ámbito civil. HERRERA ATENCIA, Rubén, “*El acceso a la justicia ambiental en el ámbito civil*”, “*Barreras Legales y Jurisprudenciales*”, Editores Jurista, era Edición Lima, 2011, pág. 116-117.

<sup>124</sup> “*Ley General del Ambiente*”, Op. Cit., pág. 141.

<sup>125</sup> ESPINOZA, Juan. “*Derecho de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 772-773.

a) *responsabilidad objetiva*, para los casos en los cuales exista un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y b) *responsabilidad subjetiva* artículo <sup>126</sup>, para los demás casos. El sistema subjetivo de la responsabilidad civil extra contractual se encuentra regulada en el artículo 1969°, en donde se establece como fundamento de la responsabilidad el dolo o la culpa. Aun cuando debe destacarse que al haberse invertido la carga de la prueba en el artículo 1969°, <sup>127</sup> el problema que se observa, es la coexistente en el factor subjetivo de responsabilidad en donde el autor del daño ambiental, debe responder únicamente si ha actuado por dolo o culpa. En tanto, el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970°, cuya base de responsabilidad es objetiva, pues todo aquel que causa un daño a otro, mediante un bien riesgoso peligroso está obligado a repararlo<sup>128</sup>. Esta situación ambigua, ha determinado, que, en nuestro país, existan innumerables casos de daños ambientales como, la depredación del Santuario Histórico Bosque de Pomac<sup>129</sup>, ocasionado por los invasores, los mismos que no han sido reparados. Tal situación se explica, porque el sistema de responsabilidad, permite a los agentes contaminante, escudarse en el sistema subjetivo de responsabilidad, para liberarse de responsabilidad. Estas y otras discusiones, que se generan a partir del sistema subjetivo, generadas a partir de la existencia de un modelo dual de responsabilidad, el mismo es ambiguo, pues frente a un mismo hecho relevante, como lo es el daño ambiental, da soluciones diferentes, situación jurídica que amerita ser analizada, a fin de que sea superada, con el fin de optar por un sistema que permita proteger eficazmente la reparación del daño ambiental.

ii) Surge la interrogante consistente en si *¿es atinado, que la antijuricidad clásica sea un presupuesto de la responsabilidad civil del daño ambiental en el sistema peruano?* Partiendo de la tesis, consistente que la antijuricidad es un presupuesto clásico de la responsabilidad civil que tiene como fin de poner límite “a la conducta del hombre de no hacer daño”, presupuesto, que está establecido en el artículo 1969 del Código Civil peruano, basado en la antijuricidad clásica. “el principal problema que aquí surge es que la opinión mayoritaria entiende que la antijuricidad es un presupuesto general de la responsabilidad civil, otra lo rechaza. Partiendo, de la tesis, que la mayoría de los daños ambientales, son producto de actividades lícitas, y si sólo se es responsable por conductas ilícitas<sup>130</sup>, por lo que estamos frente daño que se ocasiona sin contravención de la normatividad jurídica. Problema que surge en los daños ambientales, pues muchas veces el daño ambiental, a pesar de que se ha cumplido con la normatividad vigente, se ocasiona el daño ambiental. Por lo que corresponde analizar, si la antijuricidad entendida desde el punto de vista clásico se adaptaría a la naturaleza del daño ambiental o si por el contrario es un concepto que no responde a la misma y amerita ser superada.

iii) *¿Es necesario, optar por un sistema de responsabilidad civil absoluto, estricto u objetivo, por el daño ambiental en el derecho peruano?* Tema polémico, que pone en cuestionamiento, el sistema de responsabilidad dual imperante aún en el derecho peruano, fundamentado, como ya se ha anotado en un sistema tanto objetivo, como subjetivo, en donde aún la responsabilidad está basada en la culpa o en el

---

<sup>126</sup> Indemnización por daño moroso o culposo. Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

<sup>127</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos De La Civil*”, Op. Cit., pág.36-37.

<sup>128</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos De La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág.36.

<sup>129</sup> Actualmente el 70% del Santuario Histórico Bosque de Pomac viene siendo depredado por sus invasores, ocasionando ello un daño significativo al área natural protegida, así como al complejo arqueológico de la cultura Sican. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., Pág. 171.

<sup>130</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, En: “*La responsabilidad Civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la ley 26/2007 del 23 de octubre, sobre responsabilidad medioambiental*”, 1ra Edición, Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona- España, 2008, pág. 388-392.

dolo (artículo 145 de la LGA y artículo 1969 del CC), sistema que tradicionalmente ha prevalecido en todo el mundo<sup>131</sup>, con el argumento central que en los casos de responsabilidad ambiental es más eficaz que el sistema objetivo o por riesgo<sup>132</sup>. En contraposición, a la ambigüedad advertida, actualmente, la tendencia moderna en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, consiste en optar por considerar *un sistema de responsabilidad de tipo absoluto, estricto u objetivo*, cuyo fundamento, se centra en que por el sólo hecho de ocasionar un daño ambiental por parte de los agentes contaminantes, debe responsabilizarse por repararlo, independientemente de su culpabilidad, sin exoneraciones o eximencias de responsabilidad. El referido sistema, debe optar por un concepto amplio de daño ambiental, que permita la extensión de la reparación del mismo a los daños patrimoniales, personales, morales, al medio ambiente puro, y además sin limitaciones en la cuantía, y revestido con todo tipo garantías financieras, seguros y fondos. y de otras circunstancias, eximentes o atenuantes de responsabilidad. Sistema que centra su atención en la reparación del daño ambiental, para lo cual se hace necesario, que el agente contaminante asuma responsabilidad *absoluto, estricto u objetivo* por el daño ambiental por el sólo hecho de su ocurrencia, Esta es una discusión fundamental, sobre los diversos sistemas de responsabilidad por el daño ambiental, y que se abordarán desde un punto de vista crítico, tratando de definir cuál sistema es el más adecuado en relación a la reparación del daño ambiental.

iv) *¿Es posible indemnizar el daño al medio ambiente puro y a los intereses difusos o colectivos en el derecho peruano?* En lo relacionado al concepto moderno de daño ambiental, se observa que está generando un cambio en la concepción tradicional del concepto de daño. Al respecto ALVAREZ LATA precisa, que por un lado se tiene que estudiar no sólo el concepto de daño ecológico puro, sino que además dicho concepto está relacionado con el de los “intereses difusos o colectivos”, más aún si como se observa su, incardinación en los esquemas tradicionales del daño resarcible provoca algunos problemas.<sup>133</sup> Novedad conceptual, que hace necesario el replanteamiento del derecho civil tradicional, anquilosado en una visión individual y privatista. Tal situación que no es ajena al sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, en tal sentido, corresponde determinar, si el concepto de daño ambiental, considerado como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, establecido en el artículo 14, inciso 2 de la LGA,<sup>134</sup> alcanza la reparación, en los individuos, o colectivos, y si dicho concepto, además, comprende la reparación del daño ambiental puro. En contraste con el derecho común, establecido en el Código Civil peruano, el mismo que no opta por un concepto específico de daño ambiental, y no ampara al medio ambiente puro en sí mismo, sino sólo a quienes hayan padecido daños personales o en sus bienes como resultado de impactos ambientales. El

---

131 En España se ha partido de los artículos 1.902 y 1.908 CC, para continuar una línea cada vez más objetiva (vid, en el sentido el capítulo V) puede decirse que ha ocurrido lo mismo en otros países, como es el caso del Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, en el mundo anglosajón, o de Holanda, Italia, Francia, Japón o la generalidad de los países iberoamericanos, en los sistemas de Derecho continental. DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Edit. Civitas S.A., Madrid, España, 1993, pág. 33 – 34.

132 DIEZ PICAZO – GUTIÉRREZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Civil Ambiental Penal, Civil y Administrativo*”, Op. Cit., pág. 148 – 161.

133 Y es que frente al daño ambiental que afecta a la persona o patrimonio del sujeto (al que denominaremos tradicional) se asoma, y es realmente el protagonista, el daño puramente ecológico deterioro ambiental, que trasciende los intereses o derechos privados, afectando a intereses difusos o derechos colectivos. La cuestión es si este daño es resarcible o no, (...). Por ahora, numerosos problemas, de índole jurídica y económica, quizás lleven a responder negativamente a la disyuntiva mencionada. ALVAREZ LATA, Natalia, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, 2º Ed., Thompson Aranzadi, 2003, pp. 1702 – 1704. Más aún si la naturaleza de los “bienes ambientales pueden experimentar alteraciones objetivas y directas (por ejemplo, el desmejoramiento de la condiciones atmosféricas y climáticas) que no son susceptibles de corrección a través del sistema tradicional de tutela de la propiedad privada BIANCO, ALBERTO, Quintero, Uribe, “*La reparación del daño ambiental en Venezuela*”, en “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op.Cit. pág. 67.

134 “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág.140.

derecho civil peruano, no puede dar las espaldas a esta nueva realidad, como lo es el daño ambiental, ello implica que el concepto de “intereses difusos o colectivos”, que ronda todo sistema de responsabilidad ambiental, debe ser asumido en su normatividad, así como la reparación del daño al medio ambiente puro.

v) *¿Existe posibilidad de establecer la relación de causalidad del daño ambiental?* Otro tema de discusión central es el referido a la relación de causalidad en el daño ambiental, el mismo que constituye sin duda uno de los problemas más complejos de responsabilidad por el daño ambiental, pues aún son inciertas las respuestas, frente a interrogantes como: ¿hasta qué punto cabe hacer responder a alguien cuando dicho nexo es parcialmente incierto?, ¿son los métodos utilizados tradicionalmente por el derecho adecuados para resolver cuestiones como ésta en las que reina la incertidumbre? e incluso otras interrogantes como: ¿puede el derecho seguir utilizando una noción de causalidad rechazada por las ciencias naturales?<sup>135</sup>. Problemática, que merece nuestra atención, pues a nivel, del ordenamiento jurídico peruano, se encuentra anquilosado en la teoría de causa adecuada, establecida en el artículo 1985 del Código Civil, lo que determina complejo determinar el nexo causal entre el daño ambiental y la conducta de los agentes contaminantes, dificultad ocasionada por la complejidad de los daños ambientales, aún inciertos para la comunidad científica. Por lo que de lo que se trata es superar las dificultades para establecer el nexo causal, partiendo por reconocer las especiales características del daño ambiental, como son: a) Ser técnicamente difícil y costoso<sup>136</sup>; b) conocer las múltiples fuentes contaminantes; c) los efectos acumulativos, en el tiempo; d) los problemas para la identificación del agente contaminante<sup>137</sup>, tanto para establecerlo como para probarlo de manera inequívoca; e) la naturaleza difusa o colectiva del daño ambiental. Son éstas y otras cuestiones sumamente interesantes, en torno a la posibilidad de establecer la relación de causalidad, que hace que se convierta en uno de los temas de espina conceptualización, y que, además, lo convierte en clave del problema de la teoría de la responsabilidad civil medioambiental<sup>138</sup>, que invita a ser analizado desde una visión moderna de la causalidad como una categoría puramente normativa.

vi) *¿Es posible limitar los supuestos de ruptura del nexo causal en materia de responsabilidad civil por el daño al medio ambiente en el sistema peruano?* Es imprescindible abordar dicha problemática, con respecto a si las fracturas causales, deben o no ser incorporadas<sup>139</sup>, esto es, si es adecuado establecer los supuestos de ruptura del nexo causal en el caso de la responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano de responsabilidad por los daños ambientales. Teniendo en cuenta por un lado el artículo 156 de la LGA,<sup>140</sup> establece causas eximentes de responsabilidad: a) cuando concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con la LGA; b) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; c) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión. Por su parte Código Civil peruano, en el artículo 1971, establece que no hay

---

<sup>135</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>136</sup> KISS, Alexander and SHELTON, Dinah, “*Manual of European Environmental Law*”, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 140-141.

<sup>137</sup> BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “*The Choice of Instruments for Environmental Policy: ¿Liability or Regulation?*” SWANSON, Timothy, “*An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*”, First Edition, Edit. Elsevier Science Ltda., 2002, Oxford, page. 245-247

<sup>138</sup> De CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “*La Relación en la Órbita del Derecho de Daños*”, Op. Cit. page. 43.

<sup>139</sup> GOMIS CATALA, Lucia, “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 129.

<sup>140</sup> En: “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 85.

responsabilidad en : a) en el ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno y c) en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. Tal como se aprecia, tanto la LGA, como el Código Civil, contemplan supuestos que eximen o justifican la responsabilidad, en supuestos, en contraste con la tendencia teórica que consiste en prescindir de las fracturas causales y convertir al responsable en absoluto, pese al cuestionamiento implícito de que se podría conducir al inmovilismo social<sup>141</sup>, justificado por la protección al medio ambiente.

vii) *¿Es posible reparar el daño ambiental de manera integral?* Otro tema, que despierta sumo interés y que remueve la concepción clásica de la reparación del daño<sup>142</sup>, es sin lugar a dudas el referido a la reparación del daño ambiental, esto es a la posibilidad de que, el agente contaminante restaure o restablezca los bienes afectados o los sustituya por otros equivalentes, ya sea compensando el menoscabo por medio de un equivalente en dinero, o bien restableciendo materialmente el estado de cosas que existía antes del acto ilícito o reparación *in natura* de modo que se logre una situación real lo más parecida posible a la existente antes del perjuicio<sup>143</sup>, o exactamente igual a la que existía con anterioridad a la producción del daño<sup>144</sup>. Por lo que corresponde analizar la problemática de la reparación del daño ambiental, en el derecho peruano, tema que nos obliga a remitirnos, al artículo 147 de la LGA, el mismo que establece que la reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes y de la indemnización económica del mismo<sup>145</sup>. Norma que, si bien contempla que la reparación del daño ambiental, no se especifica si la extensión de la reparación incluye los daños patrimoniales, personales, morales, o el medio ambiente puro, y además se suscita el problema, que la LGA, se aplicará a la reparación de los daños ambientales comprendidos en dicho sistema de responsabilidad, siendo que, en los demás casos, se tendrá que recurrir al sistema de responsabilidad general, establecido en el Código Civil de 1984. En esa misma línea de discusión, cabe preguntarse si los criterios de apreciación económica de los bienes privados de la víctima desde el punto de vista privatista: *el daño emergente y el lucro cesante*; establecidos en el Código Civil, ¿son adecuados para la valuación de la degradación de los bienes ambientales sociales y sin valor en el mercado? .También surge la cuestión relacionada a si *¿es posible la reparación in natura<sup>146</sup>, por equivalente, por renta de un daño ambiental puro?* . Una especie natural en extinción<sup>147</sup>, un lago contaminado, etc., puede repararse bajo los criterios de cuantificación del monto de la responsabilidad civil clásica . La dificultad que ello representa, no puede ser motivo de pesimismo, sino de una tarea ardua que queda por hacer y que ameritaría una línea de investigación específica, sin perjuicio de ello. analizaremos el tema de manera

---

141 RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 379-383.

142 HUTCHINSON, Tomás; En MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 141-173.

143 BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, “*La Reparación del daño ambiental en Venezuela*”, En: “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit. pág. 85.

144 ASUA GONZALES, Clara, “*Manual de Derecho Civil*”, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Madrid, 1998, pág. 470.

145 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 (Concordancia. Ley 28611 – Medio Ambiente: Arts. VIII, IX. Código Civil: Art. 1969. En: “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”. Op. Cit., pág. 85.

146 RAMIREZ, Félix- LUJAN, José – DEZA, Mario, “*La reparación del daño extracontractual*”, en ‘*Derecho y Sociedad*’, N° 12, año VIII, Segunda Etapa, pág. 225.

147 ALTERINI, Atilio A., “*Responsabilidad Civil Ambiental*”, GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (compilador), “*Responsabilidad Ambiental*”, Fundación Editorial de Belgrado, Argentina, 1999, pág. 76.

general, a la luz del moderno derecho en materia de reparación del daño ambiental, con el fin último de que la reparación sea una realidad.

viii) *Acerca de la posibilidad de recurrir a los seguros, garantías financieras y fondos.* En materia de seguros, en donde como lo señala SERSIC, el seguro por contaminación ambiental es un método importante de la gestión de riesgos<sup>148</sup>. Y ello así, como señala, BERGEL, sería ilusorio que tocar algún tema de responsabilidad civil medioambiental sin buscar mecanismos financieros para garantizar la aplicación de la reparación del daño ecológico<sup>149</sup>, de allí la importancia de los seguros y de la existencia de otras garantías financieras. El problema, es que en el sistema peruano de responsabilidad ambiental la LGA, en el artículo 148, inciso ha establecido, un sistema de garantías limitado para las actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, con el fin de cubrir los costos de las medidas de rehabilitación para los periodos de operación de cierre, post-cierre, y de naturaleza opcional, a propuesta de la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional. Esto es no se ha establecido un sistema de seguros en forma específica, sólo en forma general se establece un sistema de garantías, sin especificarlas, así como tampoco se establece un seguro obligatorio, que conmine a todos los que realizan actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, a que contraten un seguro obligatorio, que cubra los daños ambientales, lo que determina que en el Perú las actividades ambientalmente riesgosas que ocasionan daño ambiental, no están garantizadas por un seguro.

Asimismo, es necesario analizar, la implementación los fondos de compensación, los mismos que suplen las deficiencias de los seguros y muchas veces la insolvencia de los agentes contaminantes, cuya característica esencial sea que el pago de la indemnización de daños debidos a que la contaminación es compartida por un grupo de contaminantes potenciales, incluyendo el que contamina paga cuya actividad causó daños a la parte lesionada<sup>150</sup>, mejorando la posición de las partes lesionadas por los daños ambientales. Esto se debe a que las peculiares características de las agresiones al medio ambiente han conmocionado los cimientos del clásico sistema de la responsabilidad civil, al punto de configurar una auténtica revolución en el campo del derecho civil<sup>151</sup>. Al trasponer los moldes tradicionales, han enfrentado a los juristas a nuevos desafíos y dilemas, en su mayor parte, de muy difícil solución<sup>152</sup>. Situación que no debe pasar desapercibida en el derecho peruano, pues en este aspecto, está en la etapa inicial de su evolución en relación al derecho moderno en materia de seguros, garantías financieras y fondos ambientales, por lo que amerita analizar esta problemática a fin de que el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano sea modernizado, a la luz del derecho moderno.

Estas y otras cuestiones, despiertan interés en la presente investigación, pues se constata que nuestro ordenamiento se muestra ineficaz, para resolver la problemática del daño ambiental, ello se explica a que pese a tener protección constitucional, no ha definido el medio ambiente como un bien jurídicamente

---

<sup>148</sup> SERSIC, Maja « *la politique de l'environnement-de la règlementation aux instruments économiques. environmental policy from regulation to economic instruments* », In: BOTHE, MICHAEL, SAND, PETER, Editions MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2003, THE HAGUE/ BOSTON/LONDON, page. 584-588.

<sup>149</sup> Jean-Lous BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mis En (Euvre Du Droit De L'environnement, Sous La Direction De Sandrine Maljean-Dubois- Léfétivite Du Droit Européen De L'environnement Controle De La Mise En Cubre Et Sanction Du Nom Respect* », Editions La Documentación française, 2000-Paris, page. 168-171.

<sup>150</sup> SERSIC, Maja; « *la politique de l'environnement-de la règlementation aux instruments économiques. environmental policy from regulation to economic instruments* », In: BOTHE, MICHAEL, SAND, PETER, Editions Martinus Nijhoff Publishers, 2003, THE HAGUE/ Boston/London, page. 588-589.

<sup>151</sup> MARTÍN MATEO, Ramón; « *Tratado de Derecho Ambiental* »; Vol. I, Ed. Trivium; Madrid, 1991, pág. 175.

<sup>152</sup> BESALÚ PARKINSON, Aurora; « *El Daño socialmente tolerable y el medio Ambiente* », Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (Ed. La Ley), Buenos Aires; año 1999, pág. 65.

protegido a nivel sustantivo, haciéndose necesario su definición jurídica, para que tenga su correlato a nivel adjetivo. No hacerlo es dejar en indefensión a las víctimas de los daños ambientales, situación que se refleja en el análisis estadístico de la jurisprudencia peruana, en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente,<sup>153</sup> así, como dejar en desprotección al medio ambiente puro. Esta situación, amerita un cambio en el derecho peruano, a partir de una definición del medio ambiente, que permita su protección, como un bien jurídicamente protegido, que permita a las víctimas del daño ambiental, ejercer dicho derecho a través de las acciones de responsabilidad civil, que permitan la reparación eficaz de los daños ambientales.

Expuesta la problemática, corresponde aproximarse a una definición jurídicamente protegible del “medio ambiente”, que aprehenda la naturaleza de la universalidad del medio ambiente, esto es, que sea capaz de incluir todos los componentes del medio ambiente, así como, el conjunto de circunstancias físicas, que constituyen el entorno vital del ser humano susceptible de ser modificado o alterado por causa de la acción humana, cuya protección implique a cada uno de todos los componentes y a la vez a la unidad del medio ambiente, por lo tanto nos adentraremos en cada una de las cuestiones antes referidas.

### **1. 1.-El medio ambiente como un bien jurídico protegido.**

Aunque hay quienes todavía se niegan a admitir que el mundo sufre una peligrosa contaminación ambiental, es notorio que los desiertos avanzan; los bosques, allá donde existen, se van destruyendo a un ritmo alarmante; los ríos, e incluso los mares, están sufriendo una grave degradación y contaminación, y tal vez, lo más siniestro de todo, es que el aire mismo que respiramos está experimentando dramáticas alteraciones<sup>154</sup>, lo que determina una alarmante degradación del medio ambiente, causado mayormente por la irracional colonización de la naturaleza por parte del hombre y por el progreso tecnológico de la humanidad, no siempre iluminado por la sensatez<sup>155</sup>, sin considerar que el medio ambiente es nuestro hábitat y lo será de las generaciones futuras.

Históricamente, tal y como lo advierten diversos expertos<sup>156</sup>, se observa una constante: “*el hombre destruye su habitat*”, desde épocas antiguas hasta las modernas, por la utilización del fuego, las actividades agrícolas, las actividades industriales y más recientemente tecnológicas, en su lucha por

---

<sup>153</sup> Véase análisis estadístico de la jurisprudencia peruana, en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente. ANEXO I.

<sup>154</sup> Pocos temas, provocan tanto interés como preocupación en la economía contemporánea como aquellos relacionados al medio ambiente y a toda clase de recursos naturales que no tienen precio (...). Los economistas y otros profesionales se dan perfecta cuenta del rol que la presión de la población tiene entre las causas de la degradación ambiental en los países en desarrollo y, desde la publicación del famoso artículo de Hardin. “*La tragedia de lo común*” (1968), de cómo la característica de tener un precio subvaluado o de no tener precio, los recursos ambientales y de otros recursos naturales, lleva a una sobre explotación y por último a la degradación”. ANKE MEYER, Mark Nerlove, “*Población y Medio Ambiente: Una Parábola Sobre la Leña y Otras Historias*”, Economía, fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen XV, N° 29, 1993, pág. 31-32.

<sup>155</sup> DÍAZ – AMBRONA BARDAJÍ, Dolores; HERNÁNDEZ DÍAZ – AMBRONA, Dolores; POUS DE LA FLOR, Paz; TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes. “*Derecho Civil Comunitario*”. Op. Cit., pág. 449 – 470.

<sup>156</sup> Durante la era neolítica (nueva Edad de Piedra), el hombre comenzó el proceso de cultivo y recolección de las plantas: i) la deforestación y el exceso de pastoreo se combinaron para acelerar el proceso natural de erosión terrestre.; ii) Durante el período comprendido entre 1560 y 1660, Inglaterra experimentaba un problema tan serio con la deforestación que aumento en forma sustancial el uso del carbón; iii) la máquina de vapor que ha consumido tanto carbón no fue inventada hasta 1765. Luego, en rápida sucesión, se produjeron una serie de novedades en el uso de energía 1. El gas natural fue utilizado para alumbrar fábricas en 1806.2. La electricidad se generó mecánicamente en 1832 .3. El primer pozo comercial de petróleo se perforó en 1859.4. Nikolaus Otto construyó el primer motor práctico de combustión interna en 1876. 5. Enrico Fermi dirigió la primera cadena de reacción nuclear en 1954. iv) la embestida tecnológica que había comenzado en el siglo XVIII y continúa hasta el presente, sumada al aumento resultante en la capacidad para producir alimentos, permitió un incremento correspondiente en la población humana, tal como había predicho Malthus. FOSTER, Philips. “*Introducción a la Ciencia Ambiental*”, “*Introducción a la Ciencia Ambiental*”, “*El Ateneo*” Pedro García S.A., Librería, Editorial e inmobiliaria, Impreso en Argentina, Argentina, 1975, pág. 6 – 10.



mejorar su economía el ser humano trágicamente ha degradado el medio ambiente, pues siempre realizó y realiza actividades contaminantes. En razón a ello, se hace necesario, cada vez más, la urgente protección del medio ambiente, correspondiendo al derecho afrontar la problemática de los casos en los cuales es lesionada, brindándole los mecanismos necesarios para que sea posible su reparación a través del mecanismo de la responsabilidad civil, para lo cual debemos analizar, en principio, que es el medio ambiente, como se define jurídicamente, para después determinar qué es un daño ambiental y cuál es la extensión del mismo que deba ser reparado.

Por lo que, corresponde proponer una definición de medio ambiente, que sea útil, para efectos de la reparación del daño ambiental, con dicho objetivo, partiremos del análisis de las concepciones restringidas del concepto bien jurídico protegido de medio ambiente<sup>157</sup>, circunscrito a elementos naturales de titularidad común, que de principio, no garantizan una protección suficiente, pues no agotan la totalidad del concepto de “medio ambiente”. En contraste, se examinará las concepciones amplias del medio ambiente, que comprende el conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar y también otras que pueden contribuir al goce y disfrute de los bienes de la naturaleza que le rodea al ser humano<sup>158</sup>, posición que, si bien es aceptada por la mayoría de la doctrina, no logra comprender el medio ambiente como un concepto unitario, capaz de ser aprehendido en toda su magnitud.

Asimismo, en respuesta a los contenidos amplios y estrictos del ambiente, se estudiará, la tesis de la concepción intermedia del medio ambiente, propuesta en la doctrina española, italiana y alemana consistente en deducir el contenido del bien jurídico a partir de los preceptos constitucionales y de los fundamentos de la ecología, en donde el género humano es protagónico, buscando armonizar la protección al ambiente con el desarrollo económico. Posición, que, no obstante, no aporta a una visión de protección unitaria del medio ambiente, solo protege los ecosistemas naturales, renunciando a establecer un concepto amplio de medio ambiente.

Se observa, que al examinar las definiciones doctrinales las mismas, tienen un contenido y extensión variable, y en muchos casos se apartan o no incluyen la dimensión real del medio ambiente, pues se pasa de posiciones exageradamente restrictivas y antropocéntricas, a la posición intermedia, la cual mayormente circunscribe su visión de medio ambiente a los sistemas ecológicos, en contraste con la posición amplia en donde el medio ambiente es todo lo que le rodea al ser humano. Concepciones que, no logran comprender el medio ambiente como un concepto unitario, capaz de ser aprehendido en toda su universalidad, que define integralmente la naturaleza jurídica del medio ambiente, por lo que nos proponemos, realizar esta tarea, en aras de contribuir a una mejor protección del medio ambiente en el derecho peruano.

---

<sup>157</sup> El aumento de la conciencia social sobre esta inocultable realidad exige del Estado una intervención activa en el control de los riesgos derivados de las actividades peligrosas para el ambiente y, por ende, para la calidad de vida. Esta exigencia de una política estatal de control de los riesgos parte del marco constitucional que, en algunos Estados como el colombiano, reconoce y protege el ambiente *como bien jurídico* y el derecho humano a unas condiciones ambientales sanas que hagan posible una calidad de vida digna. RODAS MONSALVE, Julio Cesar, “*Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*”, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 2005, Lima – Perú, pág. 17-18.

<sup>158</sup> El medio ambiente es el conjunto de las bases y de los equilibrios de aquellas fuerzas que rigen la vida de un grupo biológico, con las mismas simbiosis y parasitismo y participando en la combinación de dichos equilibrios. (...). El medio ambiente de los grupos o sociedades humanas es tan sólo uno de los casos de la ecología general, aunque particularmente complejo a causa de las numerosas acciones voluntarias o involuntarias del hombre. PIERRE GEORGE, “*El Medio Ambiente*”, Primera Edición en lengua castellana, Edit. Oikos-Tau, Barcelona-España, 1972, pág.5

### 1.1.1.-Respecto a la definición del medio ambiente.

Debemos tener en cuenta, que uno de los aspectos siempre delicados es el hacer definiciones, y en especial, el de definir jurídicamente que se entiende por medio ambiente y como se conceptúa, como bien jurídico protegido. Parte de la doctrina diferencia entre el concepto "medio" y "ambiente", al primero se podría definir como el elemento en el que vive una persona, animal o cosa y el ambiente como el conjunto de factores bióticos y abióticos que actúan sobre los organismos y comunidades ecológicas<sup>159</sup>, determinados por su forma y desarrollo. Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "medio ambiente" en pocas palabras, significa "el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato". En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez, su extinción, o desaparición.<sup>160</sup> El medio ambiente, por tanto, es un concepto no sólo antropocéntrico, sino también, que se explica también en relación a cualquier elemento componente de la naturaleza misma.

Corresponde precisar que el término "ambiente" es un concepto asimilable al concepto de *ecosistema*<sup>161</sup>. De hecho, "eco" se refiere al ambiente, mientras que "sistema" implica, un conjunto de partes interrelacionadas que funcionan como un todo;<sup>162</sup> noción inherente a la reflexión ambiental, entendido como el conjunto de elementos en interacción dinámica orientados hacia un objetivo, que incluye su permanencia indefinida. Por lo que, el sistema tiene a su vez un funcionamiento unitario: la percepción de una parte desconectada del sistema, como elemento aislado, no sólo deforma el conjunto, sino que también distorsiona la parte. Un ecosistema está formado por individuos de muchas especies, en un ambiente determinado, el mismo que tiene un proceso dinámico e incesante de interacción, ajuste y

---

<sup>159</sup> i)La ecología estudia las leyes que guían la perfecta armonía entre todos los seres vivos y su medio ambiente, hombre, animales y plantas que tiene necesariamente que interconectarse en cadenas, donde el hombre, que siempre se creyó "el rey de la creación" no es más que un mero eslabón de la cadena ecológica. VINCES ARAOZ, Alejandro, "Contaminación Ambiental y Defensa Ecológica de Lima", 1ra Edición, Edit. Editra Yuracmayo E.I.R.L, Lima-Perú, 1993, pág. 8. ; ii)El medio ambiente en la ecología es la manifestación permanente de los procesos dinámicos de interrelación, integración e interdependencia que se dan entre los elementos de los subsistemas (suelo, aire, agua, luz – substrato abiótico- flora, fauna –substrato biótico) y entre estos dentro del ecosistema y entre los ecosistemas a lo largo de la biosfera que por mecanismos de retroalimentación dan lugar a la creación de un constante estado de propiedades del ecosistema mismo. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, "El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil", Edit. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pp. 22.; iii) En la actualidad se entiende que tanto el entorno como los seres humanos, *creadores de la cultura*, no son aspectos contrarios no separados de la realidad, sino que entre ambos se da una interacción constante que se ha denominada causalidad recíproca, de lo cual se desprenden dos conceptos esenciales: a) *no hay entorno ni cultura a priori*, sino que cada cosa esta definida una en función de la otra, y b) el medio ambiente no solo tiene un poder limitante y selectivo sino que juega un papel activo. La ecología cultural conduce al estudio de los siguientes aspectos: a) interrelación entre el entorno cultural y la tecnología de producción y explotación; b) interrelación entre las formas de comportamiento y las tecnologías de explotación y c) influencia de estos aspectos sobre los demás sectores de la cultura. SILVA SANTISTEBAN, Fernando, "Cultura y Medio Ambiente", Op. Cit., Pág. 21-23.

<sup>160</sup>DÍAZ – AMBRONA BARDAJÍ, Dolores, "Derecho Civil Comunitario", Op. Cit., pág., 4649.

<sup>161</sup>Un ecosistema, como cualquier otro sistema, es un conjunto de partes interrelacionadas que funciona como un todo. Es decir, que existen unas relaciones entre sus elementos (estructura) y éstas definen una serie de propiedades emergentes que no son explicables solo con la suma de las partes (función) (...). La función de un ecosistema hace referencia a las relaciones que existen entre sus componentes. Estas relaciones tienen lugar mediante el intercambio de materia, energía o información, tanto entre sus componentes, como entre el ecosistema y el exterior. GARMENDIA SALVADOR, Alfonso; SALVADOR ALCAIDE, Adela; CRESPO SÁNCHEZ, Cristina; GARMENDIA SALVADOR, Luis, "Evaluación del Impacto ambiental", Op. Cit., Pág. 8-9.

<sup>162</sup>La ciencia que estudia los ecosistemas es la Ecología. (...) El primero en definirla, en 1868, fue HAECKEL, como: "la ciencia de las relaciones que mantienen los organismos vivos entre sí y con su entorno físico – químico. (...) Los sistemas estudiados en Ecología suelen ser complejos (poblaciones, comunidades, biológicas o ecosistemas, siempre tiene que haber algún componente vivo. GARMENDIA SALVADOR, Alfonso; SALVADOR ALCAIDE, Adela; CRESPO SÁNCHEZ, Cristina; GARMENDIA SALVADOR, Luis, "Evaluación del Impacto ambiental", Op. Cit., Pág. 6-7.

regulación, con intercambio de materia y energía, nacimientos y muertes; una finca agrícola, un estanque, un río, una ciudad, son ejemplos de ecosistemas y la tierra, nuestro planeta, es un gran ecosistema. Por lo cual, en un primer momento, puede decirse que el “medio ambiente” constituye una realidad física concreta que se basa en la noción de ecosistema como comunidad biológica y como medio de vida en el que se desarrolla<sup>163</sup>. Cualquier intervención sobre algún elemento del sistema tiene efectos no sólo directos, sino al conjunto fácilmente apreciables, más aún si existe una intervención de trascendencia.

Tal como se aprecia, la principal diferencia entre la expresión “ambiente” y “medio ambiente”, es que esta última tiene un carácter antropocéntrico y se utiliza casi exclusivamente para representar el ambiente en relación al ser humano; mientras que “ambiente” se puede utilizar de forma más general para cualquier elemento de la naturaleza. Jurídicamente ambas acepciones acotadas son válidas para lograr una delimitación estricta del concepto jurídico del medio ambiente y así está aceptado por la mayoría de sistemas. A efectos de nuestro estudio, debemos precisar la importancia de las dos acepciones, el término “medio ambiente”, como “ambiente”, siendo que el primero, trata de los daños ambientales con repercusión en relación al ser humano, y el segundo implica los daños al ambiente, denominados daños ecológicos puros. En ese sentido, se puede afirmar que el concepto de medio ambiente define a todos aquellos elementos naturales -agua, aire, suelo parámetros atmosféricos y bióticos, fauna, flora, así como circunstancias físicas (geológicos, climáticos, químicos, biológicos), culturales, económicas y sociales que representa el sustrato físico de la actividad de todo ser vivo (y por tanto del hombre en cuanto persona), y que es susceptible de modificación o alteración en su esencia por causa de la acción humana dando lugar a los “*daños ambientales*”.

### **1.1.2.-Acerca de la concepción restringida, intermedia, amplia, unitaria y universal del concepto bien jurídico protegido del medio ambiente.**

En principio, se observa que, en la doctrina, mayormente no se define jurídicamente al medio ambiente. El asunto es que, al no definirse el medio ambiente como un bien jurídicamente protegido, no sabemos que prima para el derecho si: la salud humana, la conservación de la fauna y flora, el mantenimiento del paisaje, etc.<sup>164</sup>. Es necesario, por tanto, que el derecho establezca, en principio el bien jurídico protegido del medio ambiente, el mismo que comporta el reconocimiento del derecho subjetivo de la víctima a tener un ambiente adecuado y equilibrado, para lograr tener el fundamento jurídico de responsabilidad por el daño ambiental.

Se observa que la preocupación teórica es constante, sobre la posibilidad de que el medio ambiente sea considerado un bien jurídico protegido, estando aún en discusión sobre el alcance del concepto de medio ambiente, se parte de concepciones restringidas, para luego incluir definiciones intermedias, amplias, unitarias e incluso universales del concepto medio ambiente como bien jurídico protegido. Así, unas consideran que solo deberían incluirse en este concepto la vida animal y vegetal y otros componentes de la naturaleza, así como las relaciones entre los mismos mientras que hay otras opiniones favorables a la

---

<sup>163</sup>En este sentido, se han considerado tradicionalmente como “*res commune*” el aire o el agua (...) estas categorías, como es sabido, en el marco del derecho internacional se ha ido desarrollando paralelamente la noción del patrimonio común de la humanidad para designar aquellos bienes que comprenden los espacios que se encuentran fuera de los límites competenciales de los Estados y que no implican la existencia de derecho individual alguno. CAMPINS ERITJA, MAR: “*La gestión de los residuos peligrosos en la comunidad europea*”, Op. Cit., pág. 24-29.

<sup>164</sup>Es mencionado por la Constitución (art. 45) y por diversas Leyes, pero sin una concreta definición del mismo. LOPERENA, Rosa. “*El derecho al medio ambiente adecuado*”, Madrid, 1996, Pág. 118.

inclusión de objetos de origen humano, si son importantes para el patrimonio cultural de un pueblo<sup>165</sup>. Es menester abordar, estas posiciones por su interés teórico y por los efectos jurídicos que implica asumir, una u otra opción.

En *primer lugar*, la concepción restringida del bien jurídico medio ambiente, comprende los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas del medio ambiente en definitiva: el agua, y el aire, como vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra.<sup>166</sup> Esta visión de medio ambiente, se encuentra fuertemente influenciado, por la interacción e interdependencia entre el hombre y los elementos del medio ambiente, sobre los que actúa el ser humano, a los que utiliza, transforma, desarrolla o amolda; se trata de un proceso en el que juegan un papel fundamental las innumerables motivaciones, aspiraciones sociales del hombre<sup>167</sup> y su relación con el medio ambiente.

Esta definición restringe el concepto de medio ambiente, pues, no comprende toda la dimensión del medio ambiente puro, así como tampoco comprende el medio ambiente social, y cultural. CARO CORIA, sostiene, que en reducir al ambiente a su aspecto físico, identificándose con “los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas”, tutelando del aire, el agua, descartando las cuestiones relativas al ambiente artificial y los restantes elementos naturales (suelo, flora y fauna).<sup>168</sup> Esta concepción restringida del bien jurídico medio ambiente<sup>169</sup>, determina que: a) La falta de merecimiento de tutela jurídica, de los demás elementos naturales como los factores bióticos y abióticos que actúan sobre los organismos y comunidades ecológicas, y de los bienes pertenecientes al entorno artificial; b) disminuye las posibilidades de eficacia de reparación de los daños al medio ambiente<sup>170</sup>. Situación observada por el Tribunal Constitucional Español<sup>171</sup>, por ser un error muy extendido y que tiene graves

---

<sup>165</sup>HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio. “*El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., Pág. 21 – 22.

<sup>166</sup>Resulta bastante curiosa esta exclusión del suelo, cuando el mismo autor reconoce (se refiere a Martín Mateo) que: “(...) la superficie de la tierra biológicamente activa realiza, además de sus vitales aportaciones a la creación de biomasa y potenciación de la diversidad de las especies, funciones ambientales importantes e imprescindibles como la que representa la dinámica fisiológica-vegetal y bacteriana, en la estabilidad de la atmosfera. CIFUENTES LÓPEZ, Saúl, “*Notas sobre el concepto Jurídico de Ambiente en Protección Jurídica al Ambiente – tópicos del Derecho Comparado*”, 1º Edición, Editorial PURRUA, México, 2002, Pág. 17.

<sup>167</sup>MARTÍNEZ – CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “*El Medio Ambiente y el Derecho Civil en Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*”, THOMSON CIVITAS, Madrid, Pág. 2516.

<sup>168</sup>Dado que es también objeto de las perturbaciones que afectan a los otros medios, posteriormente el citado autor ha considerado el suelo dentro del concepto de ambiente. CARO CORIA, DINO Carlos, “*Presupuestos para la Definición de la Estabilidad del Ecosistema como bien Jurídico – penal en Derecho y Ambiente nuevas Aproximaciones y Estimativas*”, 1º Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2001, Pág. 155-157.

<sup>169</sup>CARO CORIA, Dino Carlos, “*Presupuestos para la Definición de la Estabilidad del Ecosistema como bien Jurídico – penal en Derecho y Ambiente nuevas Aproximaciones y Estimativas*”, 1º Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2001, pp. 155-157.

<sup>170</sup>Para la Ley de Responsabilidad Medioambiental española 26/2007, del 26 de noviembre. (...) *No todos los recursos naturales están protegidos* por esta Ley. Tan solo lo están aquellos que tienen cabida en el concepto de daño medioambiental, a saber: los daños a las aguas; los daños al suelo; los daños a la ribera del mar y de las rías; y los daños a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España, así como al hábitat de todas las especies silvestres autóctonas. Quedan excluidos los daños al aire y de los denominados daños tradicionales, es decir los daños a las personas y a sus bienes (salvo que estos últimos constituyan un recurso natural). Igualmente, *no todos los daños que sufran estos recursos naturales generarán responsabilidad medioambiental*. PAREJO ALFONSO, Luciano, “*Código de Medio Ambiente*”, Op. Cit., Pág. 54.

<sup>171</sup>Sentencia n. 10271995, de 26/06/1995 del tribunal Constitucional sobre conflictos de competencia de la ley 4/89 de “Espacios y Especies”. (...) Debería considerarse al ambiente como un término más parecido al de ecosistema o sistema de relaciones que afecta a los seres vivos. Esta visión estática de la naturaleza, que también se observa en algunos estudios de impacto ambiental, es un error muy extendido y que tiene graves repercusiones, ya que conduce a antropocéntricos reduccionistas o a falso ecologismo igualmente reduccionistas. GARMENDIA SALVADOR, Alfonso; SALVADOR ALCAIDE, Adela; CRESPO SÁNCHEZ, Cristina; GERMENDIA SALVADOR, Luis. “*Evaluación del Impacto ambiental*”. Pearson Educación. Madrid. 2005, Pág. 2 – 4.

repercusiones, conducente a posiciones antropocéntricas o a un falso ecologismo reduccionista. Restringiendo al medio ambiente sólo al aire, agua, suelo. En razón, a lo expuesto, la posición restringida, no se puede considerar como válida pues no aprehende jurídicamente al medio ambiente en toda su dimensión.

En *segundo lugar*, respecto a la concepción jurídica intermedia del medio ambiente, Cifuentes López, la explica con propiedad<sup>172</sup>, el mismo que incluye al género humano y busca armonizar la protección al ambiente con el desarrollo económico, para lo cual se parte del origen y características del concepto científico de “medio ambiente”. Así, la noción de medio ambiente comprende tanto los factores abióticos (agua, aire, suelo). como los factores bióticos (fauna y flora). El bien jurídico de medio ambiente es considerado como categoría jurídica unitaria, cuyo fin es la protección de la naturaleza y del patrimonio histórico, artístico y cultural. Esta concepción, pasa por alto los requisitos de las definiciones doctrinales, que tienen un contenido y extensión variable y se aparta de concepciones restrictivas, agregando los elementos imprescindibles para el mantenimiento del equilibrio ecológico, esto es, considera el ambiente funcionando de manera sistemática. Sostiene la doctrina<sup>173</sup>, que la concepción jurídica intermedia puntualiza que el enfoque sobre medio ambiente, puramente antropocéntrico pone en peligro los ecosistemas, y, por otro lado, otro sector mantiene un concepto jurídico de ambiente apegado sólo a los datos ecológicos excluyendo elementos como el ambiente construido por el hombre y los sistemas sociales, políticos y económicos. En ese sentido, se trata de una posición ambivalente, que no define integralmente el medio ambiente jurídicamente, por lo que es necesario optar por una definición que refleje realmente la naturaleza del medio ambiente, evitando posiciones que limitan la real dimensión del medio ambiente, a fin de que su protección sea una realidad y no una evasiva fundamentada en posiciones limitantes del bien jurídico a proteger, como lo es el medio ambiente.

En *tercer lugar*, tenemos las posiciones amplias del medio ambiente, DIEZ-PICAZO, es uno de los autores que perfila con rigor el sentido amplio del medio ambiente evidenciando que el mismo puede ser objeto de derechos, pues considera al medio ambiente como el conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar. Comprende el medio ambiente atmosférico, la vegetación o flora y los factores que en un sentido muy amplio habría que llamar ecológicos, las características paisajísticas y también otros elementos que pueden contribuir al goce y disfrute de los bienes de la naturaleza, como puede ser el silencio y la tranquilidad<sup>174</sup>. Esta concepción es seguida por GÓMEZ OREA, quien precisa, que el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida<sup>175</sup>. Esta posición que tiene diversos núcleos de cuestiones: el fenómeno de urbanismo, la urbanización, el hábitat humano, los factores condicionantes elementales e indispensables de una vida

---

<sup>172</sup>CIFUENTES LÓPEZ, Saúl. “Notas sobre el concepto Jurídico de Ambiente en Protección Jurídica al Ambiente – tópicos del Derecho Comparado”, Op. Cit., Pág. 17.

<sup>173</sup> i) CIFUENTES LÓPEZ, Saúl. “Notas sobre el concepto Jurídico de Ambiente en Protección Jurídica al Ambiente – tópicos del Derecho Comparado”, Op. Cit. pp.; ii) 18-21. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o cosas a Consecuencias de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento”, Op. Cit., Pág. 10-11.

<sup>174</sup>CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o cosas a Consecuencias de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento”, Op. Cit., Pág. 13-14.

<sup>175</sup>El ambiente por otra parte, es un concepto esencia antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta perteneciente al hoy y operante aquí. GÓMEZ OREA, Domingo. “Evaluación del Impacto Ambiental un Instrumento Preventivo para la Gestión Ambiental”. Editorial Agrícola Española. Barcelona. 1999, Pág. 35.

digna y decorosa<sup>176</sup>. El medio ambiente, es susceptible de ser considerado como un conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar y que comprende todo lo que le rodea al ser humano.

Debe resaltarse la gran acogida de esta corriente en la doctrina, pues, para la doctrina, esta definición es una de las más completas y adecuadas<sup>177</sup>. BACIGALUPO, considera que la acepción amplia, implica también una protección del suelo, del aire y del agua, así como de la fauna y de la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga en sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales. De igual manera, la trascendencia de esta postura ha quedado reflejada en el XV Congreso Internacional de AIDA de 1994<sup>178</sup>. En consecuencia, cualquier alteración ocasionada al conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar, como efecto de procesos de contaminación, dan lugar a una ruptura del equilibrio ecológico y por tanto puede decirse que “dañan” el ambiente.

A través de la definición amplia del medio ambiente “la instrumentación técnica-legislativa de la protección del medio ambiente”, viene definido, también por su función, esto es, por “el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales<sup>179</sup>. Ciertamente es una definición acertada, pues comprende todos los elementos naturales del medio ambiente y además se preocupa por la protección de los mismos, no obstante, no se unifica a todos los elementos componentes del medio ambiente en un concepto unitario que comprenda en su totalidad al medio como un bien jurídico protegido en su universalidad.

En *cuarto lugar*, tenemos, la concepción jurídica unitaria del medio ambiente, se trata de una tendencia mucho más moderna, la misma que opta por una concepción jurídica unitaria de medio ambiente como objeto protegible, y que comprende todo lo que circunda, lo que condiciona la vida de las personas, los intereses variadísimos<sup>180</sup>. Así, el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que

---

<sup>176</sup> i) También podemos afirmar que el medio ambiente es un “derecho humano” que es objeto de protección. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio. “*El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pp. 20 - 21; ii) FUENTES LÓPEZ, Saúl. “*Notas sobre el concepto Jurídico de Ambiente en Protección Jurídica al Ambiente – tópicos del Derecho Comparado*”, Op. Cit., Pág. 14-16; iii) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “*La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o cosas a Consecuencias de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Op. Cit., Pág. 13-14.

<sup>177</sup> Entender que el medio ambiente se define, en parte, por su función, esto es, por el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales. LORENTE AZNAR, Cesar J., Empresa, Derecho y Medio Ambiente, “*La Responsabilidad Legal Empresarial por Daños al Medio Ambiente*”, Normativa Básica Ambiental, Editor José María Bosch S.A., Barcelona, 1996, Pág. 18.

<sup>178</sup> Se recomendó que debe entenderse por “ambiente” a la realidad que engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre estos componentes. CARO CORIA, Dino Carlos. “*Presupuestos para la Definición de la Estabilidad del Ecosistema como bien Jurídico – penal en Derecho y Ambiente nuevas Aproximaciones y Estimativas*”, Op. Cit., Pág. 155-157.

<sup>179</sup> LORENTE AZNAR, Cesar J., Empresa, Derecho y Medio Ambiente, “*La Responsabilidad Legal Empresarial por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., Pág. 18.

<sup>180</sup> Habría que pensar acaso, en ese concepto, de procedencia germánica de amplísimo contenido y no poca indeterminación, que son “bienes de la vida” (...) que pueden convertirse en bienes jurídicos sólo si lo asumen en el ordenamiento, mediante un reconocimiento puramente abstracto y, aun así, solo se materializa como atribución a un sujeto determinado por medios de la consecuencia de la violación, en un aspecto concreto del precepto fundamental que los reconoce. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o cosas a Consecuencias de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Op. Cit., Pág. 13-14.

rodean a las personas y que ofrece un conjunto de posibilidades al ser humano para hacer su vida<sup>181</sup>, y que exige protección como una unidad jurídica. Este concepto rebasa el tiempo y el espacio, así como a los ecosistemas considerados como una unidad, construcción teórica importante para efectos de la protección del medio ambiente.

Por lo que, el medio ambiente, tiene un contenido amplísimo el cual comprende los “bienes de la vida”, los mismos que deben ser aprendidos por el derecho,<sup>182</sup> como un bien jurídicamente protegido. Partimos de la tesis, de construir el concepto unitario del medio ambiente, con vocación universal, que aprehenda su amplísima naturaleza. Esta, posición es expuesta por magistralmente por CAMPINS, quien construye una aproximación jurídica unitaria de la noción de medio ambiente, partiendo del punto de vista científico del medio ambiente, en donde cobra especial interés las nociones de especie (conjunto que comprende todos los organismos vivos que poseen determinadas características similares); ecosistemas (conjunto de elementos biológicos y abióticos presentes en un espacio determinado que constituyen una unidad natural); y procesos ecológicos (todos los procesos químicos y físicos, así como las actividades biológicas de plantas y animales que tienen una influencia en el ecosistema y que contribuyen al mantenimiento de su integridad)<sup>183</sup>. Concepto abstracto que comprende a todos los bienes corporales e incorporeales que integran el medio ambiente, que constituyen *una unidad* con dimensión *universal*, en el mismo que aprehende a la naturaleza del medio ambiente como un todo.

El efecto jurídico de esta concepción, es altamente positiva para la protección del medio ambiente, pues como sostiene PAOLI<sup>184</sup> se entiende que, si se ocasiona un daño ambiental a un ecosistema determinado, se está dañando a su vez al medio ambiente considerado como una unidad. Así, el daño ambiental, al

---

<sup>181</sup>El concepto de medio ambiente, es asimilable al concepto de ecosistema, (...) De hecho, la palabra *eco* de la palabra se refiere al ambiente, mientras que la parte sistema implica que es un sistema, es decir, un conjunto de partes interrelacionadas que funcionan como un todo(...). DÍAZ – AMBRONA BARDAJÍ, Dolores, “*Derecho Civil, Comunitario*”, Op. Cit., Pág. 4649.

<sup>182</sup>mediante un reconocimiento abstracto materializado como atribución a un sujeto terminado, en un aspecto concreto del precepto fundamental que los reconoce; o posiblemente, a través de los llamados efectos reflejos, porque benefician indirectamente la esfera jurídica de sujetos determinados, pero sin atribuir un verdadero derecho subjetivo. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “*La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o cosas a Consecuencias de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Op. Cit., Pág. 13-14.

<sup>183</sup>Así como de la óptica del derecho civil, en donde la única categoría aplicable a este tipo de bienes sería *considerarlos como universalidad*, es decir, como un conjunto de bienes corporales e incorporeales que constituyen una unidad, similar a la idea de patrimonio (...). En el plano jurídico y ante la necesidad de proceder a una calificación jurídica de los diversos elementos medioambientales para garantizar su protección, es evidente, por otro lado, la insuficiencia de las categorías que tradicionalmente aplica el derecho civil, basada en la diferenciación entre bienes muebles e inmuebles(...) Existe sin embargo, otra categoría de bienes medioambientales, difícilmente aprehensibles por el derecho por no constituir bienes de naturaleza apropiable, no implica pertenencia alguna, existir una completa interrelación entre ellos y, por último, por ser altamente susceptible de destrucción y alteración. Como realidad física, el medio ambiente comprende elementos abióticos (suelo, agua, aire, generalmente bienes inmuebles y res comunes) y biológicos (animales, vegetales, microorganismos, etc., generalmente bienes muebles y *res nullius*), además de una serie de elementos característicos, definidos a partir de conceptos científicos (especies, ecosistemas, procesos ecológicos) o culturales (paisajes, entorno). CAMPINS ERITJA, MAR: “*La Gestión de los Residuos Peligros en la Comunidad Europea*”, Op. Cit., Pág. 24-29.

<sup>184</sup>L'examen de cette espèce de dommage doit être fondé sur la considération des aspects particuliers de l'objet de protection, en correspondance avec la première des approches indiquées, basée sur la notion unitaire de l'environnement, qui a été progressivement accueilli. De cette façon, par rapport aux problèmes indiqués concernant les particularités juridiques du dommage à l'environnement, sa construction apparaît basée, dans l'ensemble, sur : la nature particulière du bien environnement, bien unitaire immatériel, sous les divers aspects indiqués ; les formes particulières de la « compromission » de l'environnement, considère dans son caractère patrimonial ; et leur évaluation au sens économique; le caractère collectif du dommage, par rapport à la « jouissance » de ce bien par la collectivité, comme son cadre de vie. De cette façon, dans l'article 18 de la loi 349/1986, qui identifie l'objet de protection avec ce bien unitaire de type immatériel, et qui établit sa protection réparatrice comme objet de « jouissance » par la collectivité nationale, l'environnement est considéré comme point de référence d'un intérêt collectif. PAOLI, Nino, “*Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, « L'effectivité du Droit Européen De L'environnement Contrôle de la Mise En Ouvre et Sanction du Non-respect*”, Op. Cit., page. 180-185.

ecosistema del parque ecológico de Tambopata en la selva peruana, es a su vez un daño al medio ambiente en su dimensión universal. Esta es una visión de avanzada que logra conceptualizar al medio ambiente en su dimensión de “unidad universal” y no sólo en sus componentes ecológicos individualmente considerados, concepto que en materia de daño ambiental constituye un avance teórico importante en la instrumentación legislativa de la protección del medio ambiente. Esta es la posición, que más se adecua para efectos de lograr la instrumentación legislativa de la protección del medio ambiente, y considerar al medio ambiente como unidad universal, es decir, como un conjunto de bienes corporales e incorporeales que constituyen una unidad, aprehende al medio ambiente en su totalidad, y no sólo en sus componentes, de tal forma que, si se comete un daño ambiental a un sistema ecológico, se está dañando al medioambiente en su conjunto.

En ese sentido, aproximando una definición jurídica del “medio ambiente”, para efectos de lograr la instrumentación legislativa, se puede definir el medio ambiente, como: “el conjunto de todos los componentes del medio ambiente, (bióticos, abióticos, el aire, la atmósfera, el agua, la tierra, el suelo, los recursos minerales, la flora, la fauna, ecosistemas que lo integran y sus interrelaciones ecológicas entre estos componentes, etc.), así como, de circunstancias físicas, que constituyen el entorno vital del ser humano (valores culturales; sanitarias; urbanísticas; tecnológicas; servicios sociales básicos; el uso de la tecnología: radioactiva, electromagnética, lumínica, sonora, visual, etc.) con dimensión de “unidad universal”, susceptibles de ser modificados o alterados por causa de la acción humana.

Posición, que la acogemos, pues de lo que se trata es de diseñar un Sistema de Responsabilidad civil que proteja la real dimensión de naturaleza del medio ambiente, y a su vez se proteja su dimensión como una unidad universal, con el objetivo, de que no exista ningún componente del medio ambiente, quede exento de reparación. Esta posición, además se inspira en el principio de responsabilidad universal, desarrollado a nivel de derecho internacional, no obstante, frente a la gravedad de los daños ambientales, el derecho civil, debe ampliar su horizonte, y acoger la definición jurídica del “medio ambiente”, como una unidad universal, por su efecto altamente positivo para la reparación del medio ambiente.

## **2.-El daño: razón de ser de la responsabilidad civil.**

En la doctrina clásica, desde el punto de vista amplio se entiende por daño o perjuicio, a todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre un individuo, en su persona o su patrimonio. Se trata de todo menoscabo del derecho subjetivo, en la vida de relación del ser humano, en cuanto es protegido por el ordenamiento jurídico<sup>185</sup> y en sentido estricto, daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos merecedores de la tutela legal, en un momento histórico determinado. En fórmulas doctrinales más recientes, desde el punto de vista económico del derecho de daños, se define como la disminución de las utilidades económicas del individuo dañado<sup>186</sup>. Conceptos de daño en sentido formal y técnico de la expresión.

A su vez, la responsabilidad civil, es la consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, pues lo que se busca es indemnizar los daños causados a fin de resarcir a las víctimas<sup>187</sup>. En ese sentido, el daño es, sin duda el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil, dado que se trata de la pieza clave del sistema de

---

<sup>185</sup>TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, 2da Edición Editorial Grijley, Lima- Perú, 2003, Pág. 34.

<sup>186</sup>VICENTE DOMINGO, Elena, “*El daño, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., Pág. 225.

<sup>187</sup>TABOADA CÓRDOBA, Lizardo, “*Elementos de l Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., Pág. 59-61.



responsabilidad civil, ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir<sup>188</sup> y en consecuencia es el elemento esencial, la verdadera razón de ser de la responsabilidad civil, el que permite su existencia, y que la define<sup>189</sup>, el aspecto fundamental para dar su origen, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar.

En ese sentido, el daño es el primer elemento de la responsabilidad y, además, junto con la acción u omisión negligente y con el nexo de causalidad, es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, de allí su importancia. Por lo que, en los sistemas de responsabilidad civil, un sector de la doctrina moderna ha propuesto cambiar la denominación de “*Responsabilidad Civil*” por la de “*Derecho de Daños*”, pues se considera al daño como la razón de ser de la responsabilidad civil<sup>190</sup>, tanto es así, que, si no existe el daño, es superfluo indagar la existencia o inexistencia de los otros componentes de la responsabilidad civil.

## **2.1.- El concepto del daño ambiental pone en crisis la concepción del daño en sentido clásico.**

A efectos de nuestro estudio, lo que interesa es abordar el daño ambiental<sup>191</sup> como un nuevo daño jurídicamente indemnizable, con una visión moderna de la responsabilidad civil, cuyo reto es obtener la reparación de todos los daños ambientales. Para nuestro propósito implica afinar conceptos, desterrar estereotipos, proponer normas cuyo objetivo fundamental consiste en que los daños ambientales sean reparados o indemnizados, pues las particularidades que lo diferencian del resto de daños tradicionales representa un desafío para el derecho, en la medida en que no existe un único titular de dicho bien, pues los daños ambientales no sólo afectan individualmente a las personas sino también a la colectividad, la misma que muchas veces es de carácter difuso; lo cual explica gran parte de su complejidad como un nuevo daño jurídicamente indemnizable en el derecho civil.

Al realizar el análisis, se observa que el concepto de daño ambiental pone en crisis la concepción tradicional del daño considerado como: “detrimento, menoscabo o lesión a una situación de derecho subjetivo”, o “como todo detrimento perjuicio o menoscabo cierto causado sobre el medio ambiente”<sup>192</sup>, pues los bienes ambientales son cosas comunes, sobre los cuales, no se tiene derechos subjetivos, sino un simple interés concurrente con los demás habitantes, más aún, si el derecho se resiste a considerar el medio ambiente como un bien jurídico unitario. Por lo que, el reto para la responsabilidad civil, consiste en superar la visión individualista del derecho civil, a partir de una concepción social del derecho civil, que permita, aprehender las particularidades del daño ambiental, y puedan ser considerados, como los nuevos daños jurídicamente indemnizables<sup>193</sup>. En atención, a las características especiales del daño

---

<sup>188</sup>Artículo 1902° del Código civil español (daño en la responsabilidad civil). VICENTE DOMINGO, Elena, “*El daño, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., Pág. 220.

<sup>189</sup>ARBUES SALAZAR, Juan José, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., Pág. 9.

<sup>190</sup>HENAO, Juan Carlos, “*Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental*”, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., Pág. 135.

<sup>191</sup> El concepto de daño medioambiental, tiene que partir del concepto genérico del daño (...) que considera como daño 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. GUERRERO ZAPLANA, José, “*La Responsabilidad Medioambiental en España*”, Edit. La Ley, Madrid-España, 2010, Pág. 51.

<sup>192</sup>CATTANO, José Luis, “*Daño Ambiental en Reparación Ambiental*”, Edit. Ciudad Argentina, Argentina, 20002, Pág. 94 – 95.

<sup>193</sup>Lo que de seguro ha revolucionado y sigue revolucionando, constituyendo el gran cambio en materia de responsabilidad civil extracontractual y por ende la gran novedad de dicho aspecto de la responsabilidad civil en la actualidad, es la existencia, configuración y categorización de *nuevos daños indemnizarles*, pues cada vez la doctrina y la jurisprudencia también la legislación comparada se vienen ocupando y brindando cabida a nuevos tipos de daños que deben ser jurídicamente

ambiental, tales como su naturaleza colectiva o difusa, su lenta exteriorización<sup>194</sup>, los efectos individualizables en las personas individualmente consideradas, sino al medio ambiente puro, sus efectos internacionales; entre otras singularidades, amerita que el derecho civil deje atrás su concepción individualista, y opte por una concepción con utilidad social.

Uno de los problemas teóricos, que deberá ser superado, es que siendo el daño ambiental de naturaleza colectiva, por tanto, no tiene un único titular, pues muchas veces afecta no sólo el patrimonio individual de las personas y a las personas, en su esencia individual, sino también a bienes ambientales comunes, como el aire, agua, flora, nevado, etc.<sup>195</sup>, esto es, al medio ambiente puro, por lo que deberá, normarse la protección del “medio ambiente” como “patrimonio colectivo” y su correlato material, que permita que en caso de ser dañados puedan ser reparados. Otra cuestión, es la referida a la indeterminación jurídica del daño ambiental, ocasionado por el carácter dinámico del equilibrio ambiental, el mismo que se rompe con el desequilibrio ecológico, que a su vez es el origen de otras reacciones en el ecosistema, y es sucedido por nuevas reestructuraciones, siendo que muchas veces muchos daños ambientales son producidos por la misma naturaleza, los bienes ambientales, son intangibles y sin valor en el mercado, es difícil establecer el menoscabo que se sufre<sup>196</sup>, la cuantía de la pérdida, y el monto indemnizatorio, desde el punto de vista material es de difícil determinación, no es definida, cuantificable y valorable, lo que determina aún más la dificultad para lograr la reparación del daño indemnizable desde la óptica privatista de la responsabilidad civil.

Por tales razones, el daño ambiental, no puede ser encuadrado en los cánones clásicos del derecho de daños, no solo porque se trata de la afección de un bien jurídico diferente a los reconocidos como tradicionales por esa disciplina; sino también porque las características del daño ambiental difieren sustancialmente del daño tradicional<sup>197</sup>. Tales circunstancias especiales, incluso, han dado lugar a una nueva disciplina denominada “la responsabilidad civil por el daño ambiental” o “derecho de daños ambientales”, como manifestación de esta nueva realidad. En tal sentido, los sistemas de responsabilidad civil enfrentan el gran reto de lograr la reparación de los daños ambientales, siendo necesario afinar conceptos y proponer normas jurídicas cuyo objetivo fundamental consiste en que los daños sean reparados o indemnizarlos<sup>198</sup>, pues se trata de un nuevo daño jurídicamente indemnizable, tratando de buscar consenso acerca del objeto de daño ambiental o ecológico,<sup>199</sup> lo cierto es que el derecho está en pleno

---

indemnizados. En tal sentido se examina en la actualidad (...), daños ecológicos y por contaminación, daños por residuos peligrosos, etc. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., Pág. 116-117.

<sup>194</sup> *La lenta exteriorización de los daños ambientales*. En efecto, la contaminación del aire o del agua puede desplegar sus efectos dañinos en forma gradual, sin presentar manifestaciones de enfermedad o provocar muertes hasta alcanzar cierto grado (...), el problema de la *sensibilidad especial* que puede presentar la víctima frente a un elemento contaminante(...) en materia ambiental la solución no coincide con el criterio inspirador de la solución del derecho común (...). PARELLADA, Carlos Alberto, y otros. “*Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina*”, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., Pág. 265-267.

<sup>195</sup> PARELLADA, Carlos Alberto y otros, “*Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina*”, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., Pág. 265-267.

<sup>196</sup> Existe también el problema de que los desequilibrios ecológicos no necesariamente tienen una causa humana, la naturaleza reacciona a veces en forma destructiva, aunque esto sea únicamente a la luz de nuestros ojos, ya que la naturaleza simplemente lleva a cabo sus procesos. Es decir, la naturaleza cae en el supuesto jurídico de la “fuerza mayor”. *¿A quién es imputable la desaparición de una especie, a quién causa menoscabo?; ¿el proceso de erosión de los suelos, quién o qué lo causa, quiénes sufrirán sus efectos?* son dos preguntas que deben ser contestadas para poder vislumbrar la complejidad de este tema a nivel jurídico. (CARMONA LARA, María del Carmen, “*Notas Para el Análisis de la Responsabilidad Ambiental y el Principio de “quien contamina paga”*”, a la luz del derecho mexicano”, Op. Cit., Pág. 67-70.

<sup>197</sup> GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, “*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en México*”, Op. Cit., Pág. 96.

<sup>198</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., Pág. 113-114.

<sup>199</sup> ARBUES SALAZAR, Juan José, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., Pág. 9.

avance respecto de la búsqueda de lograr la instrumentación legislativa de la protección del medio ambiente y de la construcción de un sistema de responsabilidad *per se* del daño ambiental, el mismo que deber ser *indemnizable*, para los miembros de la comunidad como bien colectivo.

## 2.2.-El daño ambiental.

En su simple acepción, daño ambiental, es todo detrimento perjuicio o menoscabo cierto causado sobre el medio ambiente (alteración directa o indirecta de propiedades radiactivas, biológicas, térmicas o físicas de una parte cualquiera del medio ambiente). La mayoría de legislaciones nacionales, entre ellas ley peruana, también la española, eluden abordar la tarea de definir el daño ambiental, remitiendo la respuesta a los jueces con el fin de dar una solución para el caso en concreto. En la concepción tradicional, el daño al medio ambiente, si era demostrable, se agotaba en los daños sobre la persona o su patrimonio-*era resarcible*-, no obstante, dicho concepto ha evolucionado, pues actualmente mayoritariamente se acepta que el daño ambiental, además comprende al medio ambiente puro, por el efecto espejo, de los diversos puntos de vista de la definición de medio ambiente puro: *amplio*, *intermedio*<sup>200</sup>, limitado<sup>201</sup>, y *unitario*, definiciones que repercuten directamente, en la concepto del daño ambiental .

En el sistema de responsabilidad del daño ambiental peruano, la Ley General del Ambiente, si bien, define el daño ambiental, en el artículo 142.2, estableciendo que 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. no obstante, en el artículo 142. 1 ( LGA) <sup>202</sup>, no indica su consecuencia jurídica, consistente en el que ocasiona un daño ambiental debe “*restaurar*”, “*reparar*”, “*compensar*” o “*indemnizar*”, supuesto de hecho, es otro, y es el de estar 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, más no de la reparación del daño. El problema es que el presupuesto de la responsabilidad , es el daño ambiental, y su objetivo principal, es que el responsable del daño ambiental, debe repararlo<sup>203</sup>, y no la prevención del daño ambiental. Tal situación, se explica en

---

<sup>200</sup>Cabe destacar a este respecto la posición del Derecho Estadounidense, (...), ofrece un concepto amplio de daño al medio ambiente (...).C.E.R.C.L.A. la que ofrecerá un concepto global y establecerá un sistema de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados a los recursos naturales, esto es, “el suelo, los peces, la vida salvaje, los biotopos, el aire, el agua, los acuíferos subterráneos, los depósitos de aguapara el consumo y otros recursos del mismo tipo (...)En otros sistemas nacionales prefieren, por el contrario, centrarse en los efectos sobre el entorno físico limitado al aire, al agua y al suelo. Tal es el caso de la Ley alemana sobre responsabilidad ambiental de 1990 destacada por el libro Verde de la Comisión en numerosas ocasiones. (...). GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., Pág. 67 – 73.

<sup>201</sup>El artículo 20 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile (1994), define al daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente se entiende el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de la naturaleza física. GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, “*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en México – El Paradigma de la Reparación*”, Op. Cit., Pág. 128-131.

<sup>202</sup>LGA peruana. Artículo 142 establece: “142.1. Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas. 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. “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, Pág. 140.

<sup>203</sup>La relación jurídica derivada del daño ambiental estaría compuesta por los siguientes sujetos y elementos: a) Sujeto pasivo: La persona afectada y colectividad lesionada, b) Sujeto activo: el causante del daño, c) Bien jurídico protegido: el ambiente, la calidad de vida de las personas, la salud humana y el patrimonio, d) Objeto: Las obligaciones de “*restauración*”, “*reparación*”, “*compensación e indemnización*” del daño ambiental”. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Op. Cit. Pág. 160.

parte porque el derecho peruano, no es ajeno a la tendencia mundial de emitir normas mayormente bajo la doble perspectiva de la prevención y de la distribución<sup>204</sup>, más no desde el ángulo de la reparación. Fenómeno normativo conocido por el “*command-and-control*”, modelo cuestionado en los países con la legislación ambiental más avanzada, por no haber demostrado su eficacia<sup>205</sup> para solucionar los problemas referentes a la reparación del daño ambiental, ya que, centra su preocupación al ángulo puramente preventivo o regulatorio, más que reparador.

Por lo que es necesario recurrir a la doctrina moderna<sup>206</sup>, la misma que ha elaborado el concepto amplio del daño ambiental<sup>207</sup>, cuya extensión comprende dos aspectos<sup>208</sup>: a) Las lesiones al ser humano, en su salud seguridad o bienestar, en sus actividades sociales o económicas; b) el daño al medio ambiente en sí mismo considerado, tanto desde el punto de vista físico como estético.<sup>209</sup> En ese sentido, el daño ambiental, es un concepto indemnizable cuya extensión no se agota en el daño individual<sup>210</sup>, sino que se extiende al daño al medio ambiente puro de naturaleza colectiva.

En ese sentido, también, se ha pronunciado la jurisprudencia española, en la STS – Sala 1º - 2 de febrero 2001 (RS – 2001 - 1003)<sup>211</sup>, referente a que los daños al ambiente afectan *tanto derechos e intereses de carácter público como de orden privado*, esto es a: a) las personas a través de humos y olores en las relaciones de vecindad; a) a la población humana, incidiendo negativamente en su salud y bienestar general; b) la naturaleza: aguas, suelos, capa vegetal, bosque, fauna, destruyendo o deteriorando recursos

---

<sup>204</sup>La acción de la prevención, de hecho, se nutre de la misma naturaleza de los daños que puedan ser causados al medio ambiente: el carácter a menudo irreversible de algún daño grave incluso al ser muy alto costo menudo restauración de los ecosistemas y en este clima de incertidumbre y la creciente escasez de recursos financieros, han reforzado la convicción de la necesidad de centrarse en medidas preventivas para proteger el medio ambiente natural. A pesar de tomar conciencia simultánea tanto a nivel nacional como internacional, el avance normativo no ha sido uniforme en ambos casos. Si internamente las diversas legislaciones han experimentado un progreso considerable en materia de asignación de los costos a través de la responsabilidad civil, tanto para la prevención y para la reparación de los daños causados al medio ambiente. AMIDOU GARANE en BOTHE, MICHAEL, SAND, PETER, Op. Cit., Pág. 583- 584.

<sup>205</sup>DE LA PUENTE BRUNKE, “*Legislación Ambiental en la Minería peruana*”, Op. Cit, Pág. 26.

<sup>206</sup>El concepto de “daño ambiental”, para su configuración como daño resarcible se requiere que supere la normal tolerancia que impone la vida en sociedad y resulte evitable en la ecuación costo-beneficio, conforme el desarrollo social, cultural y económico de la comunidad. PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en Argentina en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pp. 248.

<sup>207</sup>Así, el daño ambiental, en su expresión amplia, no sólo recae sobre el patrimonio ambiental, que es común a toda una colectividad, en cuyo caso hablamos de *impacto ambiental*, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses de una persona determinada y a su patrimonio. PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina*”, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pp. 247-249.

<sup>208</sup>La definición del daño al medio ambiente se encuentra afecta a dos categorías distintas en función a que el medio ambiente dañado atente a la salud y a los bienes de las personas o al medio natural en cuanto tal. GOMIS CATALÁ, Lucia, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 64 -67.

<sup>209</sup>MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomas; ALBERTO DONNA, Edgardo, “*Daño Ambiental*”, T. II, Op. Cit., pp. 67- 93.

<sup>210</sup>CARMONA LARA, María del Carmen, “*Notas Para el Análisis de la Responsabilidad Ambiental y el Principio de “quien contamina paga”*”, a la luz del derecho mexicano”, En: “*La Responsabilidad Jurídica en el Derecho Ambiental*”, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de Petróleos mexicanos, México, pág. 70-71.

<sup>211</sup>STS – Sala 1º - 2 de febrero 2001 (RS – 2001 - 1003); Los daños al ambiente y a la naturaleza, que se producen u originan a causa de las actividades o practicas agresivas de deterioro y degradación, afectan *tanto derechos e intereses de carácter público como de orden privado*. Históricamente, los planteamientos civiles son los primeros en materia de humos y olores en las relaciones de vecindad. El daño al ambiente en algunas ocasiones puede limitarse a comportamientos físicos- naturales del espacio (aguas, suelos, capa vegetal, bosque, fauna), pero también sus consecuencias pueden llegar a afectar a la población humana, incidiendo negativamente en su salud y bienestar general. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, ÁLVAREZ LATA, Natalia, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, MENDOZA LOZANA, Ana I., PEÑA LÓPEZ, Fernando, “*Código de Responsabilidad Civil*”, Edit. Thomson- Aranzadi S.A., Navarra- España, 2003, pág. 134.

naturales, degradando los componentes biológicos de determinados ecosistemas, o alterando las condiciones de la vida social. Por lo cual, el daño ambiental golpea intereses colectivos<sup>212</sup> e individuales.

A nivel de derecho privado internacional, se observa que en el Convenio de Lugano de 1993, el Consejo de Europa aprobó la Convención sobre Responsabilidad Civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, se pronuncia al definir al daño ambiental, de una manera amplia, pues «incluye no sólo las lesiones personales y la pérdida de la propiedad, sino también cualquier pérdida resultante de la alteración del medio ambiente, tales como la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro»<sup>213</sup>. Para el referido convenio, el entorno se define como los recursos naturales bióticos y abióticos, tales como el aire, agua, suelo, fauna y flora, la interacción entre los mismos factores, los activos que componen los aspectos del patrimonio cultural características del paisaje, como parte de la reparación del daño ambiental.

Por nuestra parte, consideramos, que el daño al medio ambiente se integra en dos categorías claramente diferenciadas: i) Los daños ambientales individualizables, causados por los daños ambientales y que lesionan a las personas en su salud e integridad física como en sus bienes, y en el ejercicio de sus actividades patrimoniales o económicas; y ii) el “daño al medio ambiente puro”, el mismo que aprehende al conjunto del medio natural entendido como una unidad universal, considerado como patrimonio colectivo, o a alguno de sus componentes, de tal manera que se afectan de forma permanente las funciones que éstos cumplen en un sistema determinado, independientemente de sus repercusiones sobre las personas o las cosas, pues se refiere exclusivamente a aquellas lesiones que alteran el ecosistema, al influjo medioambiental, a los procesos biológicos y ecológicos esenciales, a las especies vivas, ya sea de la flora o fauna, y las interrelaciones que se establecen entre ellas.

### **2.2.1.-Daños ambientales individualizables.**

En principio, el daño ambiental, puede tener efectos lesivos, tanto en una persona, individualmente considerada o en el colectivo, referido éste último, a una población determinada, en razón a ello el medio ambiente exige su protección jurídica a disfrutarlo de manera adecuada<sup>214</sup>. La consecuencia jurídica, es que el medio ambiente, debe ser reconocido como un derecho subjetivo, esto es, un derecho de la personalidad, no sólo cuando se trata de un daño ambiental individualizable en una persona, sino también

---

<sup>212</sup> En la concepción económica neoclásica se concebía el problema ambiental como parte del tema general de los efectos externos de los procesos de producción de bienes. Las razones por las cuales existen estos problemas se relacionan con su naturaleza de bienes colectivos, poco susceptibles de apropiación privada y, por tanto, de ser comercializados en el mercado e incluidos en el sistema de precios. SUNKEL, Oswaldo, “*La Dimensión Ambiental en los Estilos de Desarrollo de América Latina*”, E/CEAL/G.1143, 1981, Publicación de las Naciones Unidas, pág. 11.

<sup>213</sup> Par conséquent, la *Convention de Lugano*, *La Convention* prend soin de définir la notion de dommage, qui inclut non seulement le décès, les blessures corporelles et les pertes matérielles, mais aussi toute perte résultant de l'altération de l'environnement, comme un manque à gagner du à cette altération, le cout des mesures de sauvegarde pour prévenir ou atténuer la perte ou le dommage, le cout des mesures de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront et qui visent à réhabilité ou à restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement. L'environnement y est défini comme étant les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent le patrimoine culturel et les aspects caractéristiques du paysage. JEAN MAURICE ARBOUR, LAVALLEE, Sophie « *Droit International De L'environnement* », Op. Cit., page 739-744.

<sup>214</sup> Posibilidad practica en base a la responsabilidad civil extracontractual aplicada al daño ambiental, de la que ya se han estudiado los sujetos activos (el agente del daño), la base de la misma (actuación culposa o negligente y su apreciación) y el nexo causal, que liga la conducta del sujeto activo y corresponde ahora el estudio del término de los elementos que nos hemos planteado: el daño; un sujeto realiza una actividad (o bien la omite), mediante culpa o negligencia por el simple hecho de que esa actividad es potencialmente adecuada para producir deterioro, y causa un daño. MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*”, Edit. José María Bosh S.A., Barcelona, 1991, pág. 257 – 258.

debe ser considerado como un derecho subjetivo colectivo, con interés legítimo de encontrar la tutela adecuada en el ordenamiento jurídico, en el caso de un colectivo o conjunto de personas determinado.

El daño ambiental, cuando produce daños individualizables, en las personas están en una relación de encadenamiento, ya que el los daños al medio ambiente puro, son susceptibles de causar a su vez, los daños ambientales individualizables.<sup>215</sup> En ese sentido, se hace necesario, determinar, si los daños ambientales individualizables, deben ser jurídicamente protegidos. RUDA, al respecto, se pregunta si puede combatirse de un modo la premisa mayor, que es la concepción del daño puramente colectivo, pues, de entrada, este daño, consiste en el perjuicio que efectivamente se causa a recursos naturales y, por tanto, existe un daño, destrucción o lesión del medio ambiente. Consecuencia de ello es que, este deterioro suponga una puesta en peligro de intereses individuales, que dependen del medio ambiente. Esta repercusión puede afectar potencialmente, a sólo algunos o a todos los individuos<sup>216</sup>. Por lo que el daño ambiental puro, golpea en diferentes direcciones, y también en contra de los seres humanos considerados individualmente, los mismo que deben ser jurídicamente protegidos, con el fin de ser reparados.

Para construir el concepto de daños ambientales individualizables, es necesario partir entonces del concepto de *daño consecutivo*, bajo el cual se estudian las repercusiones del daño ambiental, respecto de una persona determinada, es decir, las repercusiones que la contaminación o el deterioro ecológico generan en la persona o bienes apropiables e intercambiables de los particulares.<sup>217</sup> Como se observa, se trata de una visión antropocéntrica del medio ambiente, esto es, de una noción relacional que toma en cuenta la lesión al entorno y su influencia sobre la calidad de vida, centrando su atención a los efectos del daño ambiental en el hombre, su salud, su propiedad y su bienestar.

RUDA, precisa, que el medio ambiente ofrecería, como la propia expresión lo indica, el conjunto de circunstancias materiales o espirituales que rodean a alguien o en el que se desenvuelve una persona. Conforme a este razonamiento, la protección de la personalidad del individuo podría tener cierto peso específico como argumento a favor de que se indemnice el daño moral ecológico<sup>218</sup>. Por lo que, ciertamente, muchas veces el daño ambiental puro, afecta a los seres humanos en su vida diaria, en sus expectativas de vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, y no sólo tiene repercusión patrimonial.

---

<sup>215</sup>No existe un criterio único para conceptualizar al “daño ambiental”. En efecto, en la doctrina se han ensayado conceptos con alcances diferentes: Por un lado, se distingue el que define que “daño ecológico” (que) es el detrimento de los elementos bióticos y abióticos de la biósfera”, y por otro, el que sostiene que “daño ambiental” es una expresión más amplia, aunque “ambivalente, pues designa no sólo el que recae sobre el patrimonio ambiental, que es común a toda una colectividad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*) a los intereses de una persona determinada(...). PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de la responsabilidad Civil por daño al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 248.

<sup>216</sup>No se trata de una repercusión necesariamente patrimonial, ya que no tiene por qué afectar a los patrimonios de las víctimas. Puede provocar en ellas simplemente un sentimiento de angustia, rabia, impotencia, malestar o incluso sufrimiento. Es más, tal vez cabría argumentar que el deterioro del medio ambiente supone pérdida de oportunidades, de visitar o conocer tal o cual recurso natural. RUDA GONZALES, Albert, “*El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*”. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universidad de Girona, Girona- España, 2005, pp.243. [www.cat/TDX-06301106-1141151](http://www.cat/TDX-06301106-1141151).

<sup>217</sup>El daño ambiental se causa siempre a la colectividad, pero con repercusiones, en ocasiones, sobre bienes individuales. En efecto, la persona tiene la 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 apropiar, pero de la cual sí puede gozar, que es realmente la que constituye la reparación del daño ambiental en su estado puro. HENAO, Juan Carlos, “*Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental*”, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 142-147.

<sup>218</sup>RUDA GONZALES, Albert, “*El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*”. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universidad de Girona, Girona- España, 2005, pp.244. [www.cat/TDX-06301106-1141151](http://www.cat/TDX-06301106-1141151)

El daño ambiental individualizable, es toda lesión o menoscabo que atente contra la preservación del entorno constituido por los recursos naturales vivos, inertes, culturales materiales e inmateriales-, *en tanto influya en la calidad de vida*, desde el punto de vista del interés humano<sup>219</sup>. En esta categoría, se encuentran comprendidos, los daños a la salud y a la integridad física de las personas (por ejemplo, el daño a la salud, como el asma provocado por la contaminación atmosférica)<sup>220</sup>, los daños a sus bienes (por ejemplo, el medio ambiente propiedad de un individuo) y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ejemplo, la pesca, la agricultura), todos ellos sometidos al ámbito del derecho privado, donde *a priori* parece tener perfecta cabida el mecanismo clásico de la responsabilidad civil.<sup>221</sup> Y es que en este aspecto, puede aceptarse que el daño ambiental no es diferente del daño civil cuando se afecta a la salud o a los bienes de las personas<sup>222</sup>, esto, se trata del daño civil por influjo medioambiental, el mismo que queda plenamente integrado en la categoría de daños a la salud, y a la integridad física de las personas, los daños a sus bienes y los daños al ejercicio de actividades económicas.

Para articular jurídicamente, este punto de vista, RUDA, acude al ordenamiento jurídico español, respecto a la protección de la integridad moral, de las personas, reconocida por la constitución española (art. 15), o a la protección de la calidad de vida como algo ligado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad<sup>223</sup>. Con respecto al ordenamiento peruano, se tiene que acudir a la constitución del Perú<sup>224</sup>, que en su artículo 2, establece que toda persona tiene derecho: inciso 22. A gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, al desarrollo de la vida. Esta norma nos remite al artículo 142, inciso 2 de la LGA, que establece todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes<sup>225</sup>, bajo dos supuestos: a) daño causado en contravención a la normatividad jurídica y b) daño causado sin contravención a la normatividad jurídica, da lugar a responsabilidad. Esto es la LGA, da protección amplia al medio ambiente. Esta norma se tiene que concordar, a su vez con el artículo 1969 del CC, que establece la responsabilidad general, para todo tipo de daño, norma que se aplica de manera supletoria al Código Civil. Sobre los alcances de la responsabilidad de los agentes contaminantes, cuando dañan el medio ambiente, FOY observa, que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, afluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud, los recursos

---

<sup>219</sup> La relatividad del concepto mismo de "calidad de vida" y el contenido ideológico que determina el criterio de qué es su mejoramiento y qué su empeoramiento. Por ejemplo, para la llamada "eco teocracia" o "ambientalismo mesiánico", que rechaza los resultados de la revolución industrial y tecnológica y postula la vuelta hacia una sociedad ascética y pretecnológica -como la Edad Media-, centrada en la religión y la naturaleza, cualquier innovación tecnológica es perjudicial para la calidad de vida, pues nos aleja de Dios. PARELLADA, Carlos Alberto, "*Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina*", En: "*Responsabilidad por daños al medio ambiente*", Op. Cit., pág. 247-249.

<sup>220</sup> "la manifestación más visible de los graves problemas de contaminación atmosférica, provocados principalmente por uso de combustibles fósiles (carbón y petróleo). La emisión de dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>), en combinación con óxidos de nitrógeno (NO<sub>2</sub>) y con el agua de la lluvia, se transforma en partículas ácidas que se depositan en la vegetación, los ríos, lagos y edificios, además de las enfermedades respiratorias que provoca en los seres humanos. De acuerdo con un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), cerca de 650 millones de personas se encuentran diariamente expuestas a niveles dañinos de Dióxido de azufre. P. GUIMARAES, Roberto, "*América Latina y los Desafíos de la Crisis Ambiental en medio Ambiente Desarrollo y Paz*", 1ª Edición, Centro Regional de las Naciones Unidas. Para la Paz, el Desarme y Desarrollo en América Latina y el Caribe, Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza, Fundación Friedrich Nauman, 1991, pág. 25, 26, 27.

<sup>221</sup> GOMIS CATALA, Lucia, "*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*", Op. Cit., pp. 64 -67.

<sup>222</sup> GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, "*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en México*", Op. Cit., pág. 96.

<sup>223</sup> Según el planteamiento aquí esbozado, el deterioro del medio ambiente comportaría siempre, en cierto modo, un daño duplicado o concomitante, a cada persona singular indeterminada. Este daño afectaría a un interés moral de la misma, como el del libre desarrollo de la personalidad. RUDA GONZALES, Albert, "*El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*". Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universitat de Girona, Girona- España, 2005, pp.245. [www.cat/TDX-06301106-1141151](http://www.cat/TDX-06301106-1141151)

<sup>224</sup> [www.oas.org.dsd.Peru](http://www.oas.org.dsd.Peru).

<sup>225</sup> "*Ley General del Ambiente*". Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión”<sup>226</sup>. En ese sentido, el medio ambiente, se encuentra, jurídicamente protegido, y por tanto, se trata de un derecho de la personalidad, individualizable en una persona el mismo que implica a su patrimonio y los daños personales, sino también se trata de un derecho subjetivo colectivo, con interés legítimo de encontrar la tutela adecuada en el ordenamiento jurídico, en el caso de un daño colectivo cuando afecta a un gran número de personas, identificables o no, que forman una comunidad determinada (daño a su salud, a sus bienes o a su bienestar), el mismo hecho puede generar, además un daño a la nación, e incluso, siendo más optimistas a la humanidad, cuando afecte perspectivas del desarrollo sostenible en las futuras generaciones.

### **2.2.2.-Concepto de daño ambiental o daño al medio ambiente puro.**

Se identifica el daño ambiental, con el llamado daño ambiental puro, ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica,<sup>227</sup> desde el punto de vista individual. La definición de daño ambiental, en términos legales coincide con el llamado daño ambiental puro, en el entendido de que aquello que ha caracterizado regularmente las afrentas al medio ambiente es que no afectan especialmente a una u otra persona determinada, sino exclusivamente el 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<sup>228</sup>, y además definido el medio ambiente como una unidad universal.

Esto es, daño ambiental o el daño al medio ambiente puro, es aquel que se dirige al conjunto del medio natural, considerado como patrimonio colectivo, o a algunos de sus componentes afectando de forma permanente las funciones que éstos cumplen en un sistema ecológico determinado, independientemente de sus repercusiones sobre las personas o las cosas (daño por influjo medioambiental). Este daño afecta a un bien jurídico diferente, a saber, el bien jurídico al medio ambiente puro<sup>229</sup> o bien a la función que uno de los elementos integrantes del ambiente cumple en un sistema ecológico determinado<sup>230</sup>. Esto es, se trata de aquel daño que afecta al medio ambiente puro o a alguno de sus componentes considerado en abstracto como patrimonio o unidad universal.

Para construir, el concepto del daño al medio ambiente puro en sentido amplio, se debe considerar las peculiaridades especiales del daño al medio ambiente, contrastándolo con la noción del daño resarcible

---

<sup>226</sup> FOY VALENCIA, Pierre, “*Gestión Ambiental y Empresa*”, Op. Cit., pág. 245.

<sup>227</sup> La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconducen este tipo de daños a la esfera del Derecho público, donde cobran especial protagonismo la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal. No obstante, a pesar de las diferencias evidentes que se desprenden de la citada clasificación de daños, la mayoría de los sistemas niegan la especificidad del daño ecológico al pretender su reparación mediante la aplicación del mecanismo clásico de la responsabilidad civil de difícil adaptación a las peculiaridades del daño al medio ambiente, fundamentalmente del “daño ecológico puro”. GOMIS CATALÁ, Lucia, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 64 -67.

<sup>228</sup> HENAO, Juan Carlos, “*Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental*”. En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., p. 142-143.

<sup>229</sup> El estudio de la relación entre el riesgo medioambiental y el daño medioambiental se fundamenta en la experiencia y en la información disponible, *ex ante* y *ex post*, acerca de un determinado siniestro o siniestros similares con impactos ambientales negativos. CABEZAS ARES, Alfredo y FERNANDEZ CUESTA, Carmen, “*Evaluación del Riesgo Medioambiental*”, Revista Interdisciplinaria de GESTION AMBIENTAL, Año 5, N° 55, Julio 2003, pág. 11.

<sup>230</sup> A nivel del derecho comparado esta diferenciación es apenas insinuada y no logra desprenderse de las alusiones al daño causado a los elementos del medio ambiente, como manifestación del reconocimiento de que este tipo de daño afecta primero a las personas y sus bienes. Por ejemplo, en Alemania la ley sobre Responsabilidad Ambiental de 1990 no se refiere propiamente a los daños que analizamos sino a los daños que se materializan en el ámbito de los derechos de la persona humana (...). Para el convenio del consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños causados por actividades peligrosas, al medio ambiente, el daño significa toda pérdida o daño que resulte de la alteración del medio ambiente. GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, “*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en México – El Paradigma de Reparación*”, Op. Cit., pág. 94 – 102.



desde el punto de vista tradicional. En el terreno ambiental nos encontramos con buen número de consecuencias negativas sobre el medio ambiente que no encajan en ese círculo del daño resarcible tradicional, como: alteraciones de la calidad del aire, agua o suelo que no afectan de forma apreciable a la salud humana, daños en animales salvajes o en ejemplares vegetales que no son de propiedad privada, alteraciones del paisaje y que son de difícil valorización<sup>231</sup>. En ese sentido, estos daños ambientales estarían comprendidos en el concepto más general del daño ambiental, en el cual se incluirían además las lesiones a la biosfera, aquellas que se produjeran contra los recursos naturales inertes: tierra, agua, minerales, atmósfera y al espacio aéreo, recursos geotérmicos o incluso las fuentes primarias de energía, etc. Ahora bien, para saber si estamos frente a un daño ambiental puro, se hace necesario una valoración de este cambio en la calidad ambiental para que se pueda considerar un daño ambiental y por tanto es inevitable, el examen de las lesiones medio ambientales, de sus generalidades y sus peculiaridades, de su forma de producción y de sus causas<sup>232</sup>, de tal manera, que se logre conocer el real impacto ambiental, producido mayormente por la actividad humana, que altera la calidad del medio ambiente, el mismo que a su vez necesita al menos de dos valores<sup>233</sup>: i) el cambio que se produce en el factor ambiental estudiado y su magnitud; ii) el valor que tiene este cambio con respecto a la calidad de los elementos ambientales estudiados o de la calidad ambiental desde un punto de vista más global, este informe deberá ser realizado por expertos ambientalistas.

Es discutible que, un sector de la doctrina encare tangencialmente el concepto de daño al medio ambiente puro, pues se persiste muchas veces en el error de considerar como *daño ambiental puro* las consecuencias que sufren bienes ambientales apropiables por los particulares, cuando, en estricto sentido, el daño ambiental no puede tener tal particularidad, porque es precisamente un bien colectivo.<sup>234</sup> En este aspecto, no hay duda alguna, que la responsabilidad civil desde el punto de vista moderno, tiene que reconocer mayoritariamente que la esencia del daño ambiental puro tiene connotaciones jurídicas colectivas y sociales.

Así, en el derecho peruano, se observa que tanto en el Código Civil 1984, como en la LGA, no existe, una alusión directa, a los daños ambientales puros. En el Código Civil de 1984, se hace alusión al daño en general en los artículos 1969 y 1970. Por lo que, la definición de daño ambiental, la encontramos, en el artículo 142 de la LGA:

---

<sup>231</sup>La valoración en términos económicos es muy compleja: i) Una de ellas es la de mantenerse dentro de los límites conocidos y experimentados del daño resarcible, renunciando a expandir(...); ii) otra solución es la llamada valoración contingente (contingent valuation en la expresión inglesa) que trata de averiguar los valores que no son de uso efectivo o de mercado de ciertos recursos(...) iii) otra, es la de valorar estos efectos medioambientales que no encajan en el modelo actual de daño resarcible utilizando el patrón de coste de reparación, rehabilitación de la situación ambiental pre existente. GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costes y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 46-49.

<sup>232</sup>MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídico - Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su deterioro*”, Edit. José María Bosch Editor, S.A., Barcelona - España, 1991, pág. 192 – 193.

<sup>233</sup>Según la legislación española es necesaria tipificarlos en una serie de categorías, lo cual no significa que sean las únicas categorías posibles. Así, el Real Decreto 1131/1988 enuncia: “Se distinguirán los efectos positivos de los negativos: los temporales de los permanentes: los simples de los acumulativos o sinérgicos: los periódicos de los de aparición irregular; los continuos de los discontinuos”. GARMENDIA SALVADOR, Alfonso; SALVADOR ALCAIDE, Adela; CRESPO SÁNCHEZ, Cristina; GARMENDIA SALVADOR, Luis. “*Evaluaciones del Impacto Ambiental*”, pág. 17 - 19.

<sup>234</sup>Es cierto que hay bienes ambientales que se pueden apropiar por particulares -sería el caso del suelo o del agua que nace y muere en una misma hereda (art. 677 C. C.)-, pero ello no le quita la característica de bien ambiental y de lesión a un derecho colectivo, que supone la posibilidad de que, aun si el propietario no desea su reparación, la puede y aún la debe buscar cualquier otro ser humano-o cualquier entidad pública o privada. HENAO, Juan Carlos, “*Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental*”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 146-147.

“Todo menoscabo materia 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 y potenciales”.

De este texto podemos identificar los tres elementos siguientes: i) Menoscabo material, ii) la generación de efectos negativos o potenciales derivados del menoscabo materia; y iii) la independencia de éste aspecto de si contraviniendo o no disposición jurídica alguna<sup>235</sup>. Tal como se aprecia, aún queda pendiente, por definir jurídicamente el *daño ambiental puro*, por lo que como sostiene DE LAPUENTE, llevar el derecho peruano a su madurez, en esta materia requerirá de tiempo, y sobre todo del insumo conceptual de las decisiones de los tribunales y de la reflexión de la doctrina.

Otras legislaciones internas están en constante evolución respecto a la definición de los daños ecológicos puros, así en el derecho francés, aparece la denominación: “la protección del medio ambiente puro”, en el artículo 210 del Código del Urbanismo, en donde se establece que se protege los ambientes naturales y paisajes, así como la seguridad y la salubridad pública. Más en concreto, en el artículo 200.1 del Código Rural francés, el mismo que regula que es deber de todos asegurar la preservación del patrimonio natural en el que vive<sup>236</sup>. Se entiende que el “daño al medio ambiente puro” causa degradación a todos los ambientes naturales, los ecosistemas, los espacios naturales, los paisajes, la fauna, la flora, la conservación de especies animales y vegetales, el mantenimiento de los equilibrios biológicos en los que participa, la protección de los recursos naturales, es interés general, colectivo, velar por protección.

En América Latina, la ley colombiana se ha encargado de dar una definición de daño ambiental puro, en el artículo 42 de la Ley 99 de 1993, entendiéndolo, por daño ambiental el que afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes. Si bien protege sólo los ecosistemas, y no al medio ambiente entendido como una unidad, lo importante es que ya es un avance para la protección del medio ambiente puro<sup>237</sup>. Posición legislativa amplia pues comprende al medio ambiente en su conjunto y a sus componentes, lo que significa un avance en el intento de definición moderna del daño ambiental.

Asimismo, la Directiva Europea 2004/35/CE de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales<sup>238</sup>, precisa el

---

<sup>235</sup> DE LAPUENTE BRUNKE, Lorenzo, “Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil Peruano, dialnet, unirioja. es, artículo. 5110608.pdf.

<sup>236</sup>On s'accorde ainsi à qualifier de « dommage écologique » toute atteinte grave aux milieux naturels (faune, flore, écosystèmes) causant des dégradations à l'environnement et non pas seulement des dommages aux personnes et aux biens. Il en est ainsi de pollutions marines ou de cours d'eau ou de dommages causés par des produits toxiques... Autrement dit, il ne s'agit pas simplement du préjudice qu'éprouvent certaines victimes dans leur santé, leur bien-être, leurs activités ou leur patrimoine. Il s'agit d'un phénomène beaucoup plus étendu par son importance et son intensité, car il comporte des risques d'atteinte irréversible à l'équilibre naturel, si bien qu'il a, avant tout, un caractère collectif, car d'environnement appartient à tous. ». Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En Ouvre Du Droit De L'environnement, Sous La Direction De Sandrine Mal Jean-Dubois, «L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Ouvre Et Sanction Du Non-Respect* », Op. Cit., page. 161-162.

<sup>237</sup>La Ley de Navegación, contenida en el Decreto Ley No 2.222, de 1978, habla de daño ecológico al señalar en el artículo 144 No 5 que “se presume que el derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino produce daño ecológico”, presunción legal que admite prueba en contrario. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, “*Manual de derecho ambiental chileno*”, Editorial Jurídica de Chile”, 1era Edición, Santiago – Chile, 2001, pág. 111-112.

<sup>238</sup>El Parlamento Europeo Y El Consejo De La Unión Europea. De conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251 del Tratado, a la vista del texto conjunto aprobado por el Comité de Conciliación el 10 de marzo de 2004. (5) (...) respecta a la definición de daño medioambiental, 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. (6) Las especies y hábitats naturales protegidos pueden definirse asimismo por referencia a *las especiales y hábitats protegidos* en cumplimiento de la legislación nacional vigente en materia de conservación de naturaleza. (...) (9) (...) respecta los daños a las

concepto de daño ambiental puro en su artículo 1, señala que el "daño ambiental" implica tres tipos de daño: (i) Daños a especies protegidas y hábitats naturales, (ii) daños al agua y (iii) daños a la tierra.<sup>239</sup> De esta manera, la Directiva, intenta definir el alcance del daño ambiental puro,<sup>240</sup> no obstante, indirectamente sigue el concepto restringido del medio ambiente, y de esa manera limita su protección en su real dimensión, por lo se trata de un enfoque no acorde a la naturaleza del medio ambiente, la optada por la legislación comunitaria sobre el concepto de daño al medio ambiente puro.

Esta escéptica posición, ha determinado que en el derecho peruano, y en la mayoría de los sistemas jurídicos no se haya reconocido la posibilidad de la indemnización civil *del daño ecológico puro* y sólo se ha limitado a reconocer como sujeto de protección por el efecto que puede producir en las personas o en sus bienes, posición que no compartimos, en razón a que es urgente reconocer la protección del daño ecológico puro, con interés colectivo, carente de materialidad, y con efectos generales, el mismo que obliga a un tratamiento jurídico diferente pues involucra a intereses colectivos y sociales. Siendo ello así, corresponde que los ordenamientos jurídicos, entre ellos el peruano, especifiquen en sus normas, el concepto jurídico unitario de medio ambiente, y de esa manera se amplíe la protección jurídica del daño ambiental puro, lo que repercutirá positivamente en su reparación.

### **3.-Características esenciales del daño ambiental.**

Tratándose de un daño no tradicional para la doctrina clásica sobre la responsabilidad civil, no existe aún consenso, acerca de las características del daño ambiental, por lo que, atendiendo a su naturaleza, sistematizadas, son las siguientes: a) *Naturaleza difusa*. El daño por contaminación comprende gran número de víctimas potenciales y de difícil identificación; b) *presencia de interés social*. Los daños producidos por contaminación son fenómenos de naturaleza colectiva que sobrepasa el ámbito de cada individuo, afectando a un número indeterminado de miembros de la sociedad; c) *carácter colectivo del daño ambiental*. En la mayoría de los casos, afectan a una pluralidad de personas, y suelen ser imputables a una colectividad de causantes; d) *son socialmente intolerables*, cuya prevención excede lo razonable; e) *efecto acumulativo*. Su origen se debe a un proceso acumulativo o deterioro continuo de las lesiones al medio ambiente; f) *la irreparabilidad o irreversibilidad del daño*. Generalmente los daños ambientales son irreversibles en sus consecuencias como la alteración definitiva de parámetros en la biosfera (capa de

---

especies y especies naturales protegidos. PIGRAU SOLÉ, Antoni, "Nuevas Perspectivas de la Responsabilidad al Medio Ambiente", Op. Cit., pág. 187-199

<sup>239</sup>According to Article 21 of the Directive, the term 'environmental damage' is comprised of three types of damage: (a) damage to protected species and natural habitats, (b) water damage and (c) land damage. In the final version, the term 'protected species and natural habitats' now replaces the term 'biodiversity', which had been used throughout the preparation of the Directive. In doing so, the Directive makes clear that it does not follow the broad interpretation of biodiversity provided by Article 2 of the 1992 UN-Convention on Biological Diversity, which also includes genetic variability among living organisms, but instead follows a rather limited approach oriented to existing EC law on nature conservation. According to Article 2 § three of the Directive, only species and habitats that are mentioned in the Wild Birds Directive and the Habitats Directive are covered. In addition, Member States are entitled to include further habitats and species protected by national legislation on nature conservation. Damage to 'protected species and natural habitats' is defined in Article 2 § la as any damage that has significant adverse effects on reaching or maintaining the 'favorable conservation status' of such habitats or species. HINTEREGGER, Monika, "Environmental Liability and Ecological Damage in European Law", Op. Cit., page. 12-17.

<sup>240</sup>Concept of damage. The Directive does not cover "classic" types of damage - physical injury, damage to property. These types of damage are already covered by existing national legislation, so that problems in the existing legal orders arise not so much with respect to the concept of damage, but rather with respect to the proof of causation by an identifiable damaging party (e.g. in the case of forest decline). '\* A need for regulation arises in the case of damage to the environment that is not also damage to property, and this applies particularly to damage to natural goods that are not subject to any property rights, such as wild animals and plants, water, climate and the like. The Directive covers three types of damage: damage to protected species and natural habitats, water damage and land damage. MACRORY, Richard "Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?", Op. Cit., page. 134-139.

ozono efecto invernadero, cambio climático) o la desaparición de especies animales y vegetales indispensables para el equilibrio ecológico; g) *la universalidad o extraterritorialidad del daño ambiental*. Con gran frecuencia los efectos del daño se manifiestan en lugares distantes geográficamente del generador, por ejemplo: El fenómeno de la lluvia ácida o de la contaminación transfronteriza. Por lo que amerita analizar cada una de las características, a fin de comprender la real naturaleza del daño ambiental, el cual dista mucho del daño clásico.

### **3.1.-Son daños de naturaleza difusa.**

Hay coincidencia en la doctrina en señalar la naturaleza difusa como una característica del daño por contaminación. El interés difuso es entendido como, un conjunto impreciso e indeterminado de personas, no ligadas por base asociativa alguna pero aunadas por expectativas comunes por una mejor calidad de vida (derecho al medio ambiente), el interés difuso importará, a toda una comunidad sin gravitar el número de sus integrantes<sup>241</sup>. Los daños ambientales, dañan a personas muchas veces de manera imprecisa, no identificables, comprendiendo a un gran número de víctimas potenciales muchas veces desconocidas y en la curiosa situación de ignorar ellas mismas que son víctimas, porque el daño no se ha hecho aún patente dado su carácter acumulativo<sup>242</sup>. Así, la fábrica que arrojó directamente emanaciones tóxicas a la atmósfera, puede causar enfermedades severas e incluso la muerte de un gran número de personas por absorción anormal de plomo por las vías respiratorias y digestivas, siendo que muchas veces la determinación efectiva de todas las personas es muy complicada, pues no saben que están en proceso de intoxicación debido al daño ambiental ocasionado día a día, con graves efectos en su salud.

La doctrina, distingue el interés difuso o de masas y el interés colectivo, en ese sentido: i) Intereses colectivos, son aquellos intereses de contenido supraindividual, como un centro de referencia no ocasional, que constituya un componente sociológicamente individualizable de la colectividad territorial general. Los intereses colectivos se pueden identificar pues derivan de un ente asociativo determinado; ii) intereses difusos, son inherentes a formaciones sociales aún en fase de “toma de conciencia”, cuya individualización se realiza a través de la relevancia de una lesión, de un desequilibrio de tutela verificado, precisamente, en perjuicio de una pluralidad de individuos que, a raíz de ello, se asocian para su defensa<sup>243</sup>. Los intereses difusos, en la acepción literal de la palabra, como su nombre lo indica son indefinidos, imprecisos, dudosos, indeterminados, confusos, etc. y, por tanto, requieren un tratamiento diferente a los intereses determinados.

Los intereses difusos son de naturaleza supraindividuales, porque la facultad de actuar no atañe exclusivamente a la esfera propia de cada sujeto, sino que es compartida con los demás miembros de grupos o categorías sociales todos procuran conjuntamente la satisfacción de necesidades comunes, a través de bienes indivisibles. En ese sentido cada sujeto goza de los intereses difusos, no de modo singular en cuanto persona individual, sino grupalmente en cuanto integrante de la categoría interesada<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup>CATAÑO, José Luis, “*Daño Ambiental en Reparación Ambiental*”, Editorial Ciudad Argentina 2002, pp. 111, 112, 114.

<sup>242</sup> Una fundición de plomo sin instalaciones adecuadas, que arroja directamente sus emanaciones a la atmósfera, puede causar intoxicaciones severas e incluso la muerte a un gran número de personas por absorción anormal de plomo por las vías respiratorias y digestivas. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, y otros; “*Estrategia de Derecho Privado para Conservar la Naturaleza*”, CARRUTERO RECUA, Francisco (compilador), “*Derecho Del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 205-206.

<sup>243</sup>MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*”, Op. Cit., pág. 283.

<sup>244</sup>GHERSI, Carlos; A. SIGLITA, Gabriel, PARELLADA, Carlos, “*Responsabilidad Civil*”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 219 – 221.

Se trata entonces, de una especie particular de intereses colectivos que la doctrina moderna y recientes fallos judiciales consideran dignos de tutela.

En los casos de interés difuso o colectivo, hay ocasiones en la que es posible identificar e individualizar al agente contaminante, en otros casos la identificación es posible pero no la individualización, por el carácter acumulativo del daño ambiental, ya que, su producción se debe muchas veces a un gran número de agentes contaminantes<sup>245</sup>. Por lo que la repercusión de la naturaleza difusa del daño ambiental, a nivel del tratamiento de la responsabilidad civil, es muy importante, pues para que puedan ser reparados los daños ambientales, debe tenerse en cuenta, que cuando son varios agentes que ocasionan un daño ambiental, debe recurrirse a la institución de “*la responsabilidad solidaria*”, dada la dificultad para determinar cuál fue el agente contaminante responsable, pues solo así, el daño ambiental, será efectivamente reparado. Así, por ejemplo, en la contaminación de los ríos, lagos, a causa del vertimiento de los relaves mineros, al ser varios agentes contaminantes se determina que la responsabilidad por dicho daño ambiental, debe ser solidaria y retroactiva.

### **3.2.- Los daños ambientales tienen presencia del interés social.**

En el caso de los daños ambientales, tiene una particularidad especial, que involucra a grandes sectores sociales, es un daño que tiene trascendencia social, y muchas veces a nivel de un barrio, pueblo, ciudad, países, incluso la misma rebaza las fronteras internacionales, por lo que la existencia de un riesgo crea un problema a grandes sectores sociales de carácter general. El interés social debe manifestarse de inmediato, una vez producido el daño al medio ambiente, a fin de identificar al agente contaminante para que asuma su responsabilidad de la reparación del daño ambiente puro. El problema es que muchas veces, existen víctimas que no están en capacidad de reclamar por daños ambientales, debido a que, la contaminación produce un gran número de víctimas que no tienen posibilidades culturales o económicas para exigir judicialmente una indemnización por el daño que recibieron, siendo que la sociedad debe velar por ellas<sup>246</sup>, más aún si los daños ambientales se involucran a la colectividad, por el que es ella la que debe estar legitimada para solicitar la reparación del daño ambiental.

Es por todos conocido, que la tutela procesal tradicional no considera al individuo como miembro de una colectividad en la que comparte intereses sociales, intereses que, a un mismo tiempo son ajenos y propios, pero siempre comunes<sup>247</sup>. En razón a ello, el Estado, asume la legitimidad a través de órganos específicamente encargados y legitimados para la salvaguarda de tales intereses, como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo en el derecho peruano, entre otros órganos que representan y defienden a toda persona individual o colectiva, para la defensa del medio ambiente como un bien jurídicamente protegido tutelado y por tanto debe darse legitimidad activa no sólo al Estado, sino también a la colectividad a fin de masificar la defensa del medio ambiente.

Algunos ordenamientos, doctrina moderna y algunos fallos de tribunales han adoptado mecanismos de legitimación grupal o colectiva (asociaciones de consumidores o de defensa del medio ambiente, acciones de clase o populares, etc.), han reconocido resarcibilidad a los daños colectivos (ocasionados a intereses

---

<sup>245</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extra Contractual*”, Óp. Cit., T. II, pp. 347.

<sup>246</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*Estrategia De Derecho Privado Para Conservar La Naturaleza*”, En: CARRUITERO LÉCUA, Francisco (compilador), “*Derecho Del Medio Ambiente*”, Óp. Cit., pág. 206-207.

<sup>247</sup>CIFUENTES LÓPEZ, Saúl, “*Notas sobre el Concepto Jurídico de Ambiente en Protección Jurídico al Ámbito- Tópico de Derecho Comparado*”, 1ª Ed., Editorial PURRUA, México, 2002, pág. 10-11.

colectivos)<sup>248</sup>, cuyo fundamento se encuentra en que el derecho de daños no puede dejar de amparar situaciones subjetivas grupales, que recaen sobre intereses tanto o más dignos de tutela que los intereses individuales, en atención a que el medio ambiente es un bien jurídicamente protegido eminentemente social.

Por lo que, la repercusión del interés social del daño ambiental, a nivel del tratamiento de la responsabilidad civil, debe tener en cuenta que mayormente, las víctimas, son una pluralidad de personas al ser titulares del derecho subjetivo a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, reconocido incluso constitucionalmente<sup>249</sup>, esto es, portadores de un interés difuso al disfrute de las condiciones ambientales necesarios para el desarrollo de su personalidad. Por lo que se hace necesario que el mecanismo de responsabilidad civil requiera como complemento una adecuada tutela y que resultan plenamente operativos los esquemas de la responsabilidad civil en cuanto a legitimidad activa, pues los esquemas tradicionales resultan ya inadecuados e insuficientes para proteger dichos intereses de manera satisfactoria<sup>250</sup>, por cuanto el ordenamiento jurídico no les ha conferido mayormente una protección que sea precisamente grupal o colectiva, sino el reconocimiento que existe se limita a cada sujeto particularmente considerado, haciéndose necesario implementar los mecanismos procesales adecuados para dotar al colectivo de legitimidad activa en defensa del medio ambiente como bien jurídico protegido.

### 3.3.- El carácter colectivo del daño ambiental.

El carácter colectivo del daño ambiental, en la mayoría de los casos, por un lado, afectan a una pluralidad de personas, y por el otro suelen ser imputables a una colectividad de causantes. La doctrina señala que, son “daños colectivos”, en un doble sentido: i) daños originados por el actuar de una pluralidad de personas, físicas o jurídicas; ii) daños que afectan o perjudican a una pluralidad de personas, víctimas múltiples – vecinos de un establecimiento industrial, pobladores de una región, etcétera-, o bien al ambiente que “tiene que ver” o se relaciona con más de un sujeto pasivo<sup>251</sup> Esto implica que cuando hay pluralidad de agentes, se originan problemas de la atribución de la responsabilidad y de la carga indemnizatoria, por parte de los responsables del daño, conforme al criterio de la mancomunidad o al de la solidaridad<sup>252</sup>, en estos casos, el derecho ha optado por la atribución de responsabilidad solidaria.

Asimismo, el interés colectivo, tiene características comunes: i) la primera es su alcance siempre colectivo, ya que importa a grupos más o menos amplios; ii) la segunda es la intercomunicación de sus

---

<sup>248</sup>GHERSI, Carlos; A. STIGLITZ, Gabriel, PARELLADA, Carlos, “*Responsabilidad Civil*”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 219 – 221.

<sup>249</sup> i) Derecho a vivir en un medio ambiente adecuado libre de contaminación. Art. 2 de la Constitución del Perú. Derechos Fundamentales de la persona. (...) Todos los ciudadanos tenemos derecho a una integridad total u a nuestro libre desarrollo y bienestar y un elemento para que esto se cumpla es que el ambiente en que vivimos sea el adecuado libre de contaminación. FONSECA TAPIA, Cesar A., “*Manual de Derecho Ambiental*”, Primera Edición, 2010, Editorial Adrus, Lima, pág. pp. 297; ii) *Del Derechos a gozar de un ambiente sano*. La Constitución colombiana de 1991(...), I artículo 79 dice: 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. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. SANCHEZ ANGEL, Ricardo, “*El Desafío Ambiental*”, Primera Edición, 2004, Cooperativa Editorial Magisterio, Bogotá, D.C., Colombia, 20004, pág. 123 y 130.

<sup>250</sup> GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho ambiental colombiano*”, Tomo I Parte General, Edit. Universidad externado de Colombia, 1era. Edición, Bogotá – Colombia, 2006, pág. 158-159.

<sup>251</sup> MOSSET TTURRASPE, Jorge y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 80 – 81.

<sup>252</sup> Además, los criterios de imputabilidad de la responsabilidad a la hora de hallar nexo de causalidad en este tipo de daños, que llevan a sustituir los criterios de certeza material y jurídico por los probabilísticos (teoría de la proporcional teoría del *mostlikelyvictim* o mayor cualidad de víctima, la de la responsabilidad por cuota de mercado o *market share liability*), la de la causalidad alternativa) GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho ambiental colombiano*”, Op. Cit., pág. 158-159.

resultados, pues su defensa interesa o beneficia automáticamente a todos los que guarden la misma situación; iii) la tercera consiste en que mediante su presencia y efectivo reconocimiento, no se puede hablar de existencia exclusiva de derechos subjetivos; iv) la cuarta radica en el hecho según el cual, si en determinados momentos no se puede reconocer en ellos derechos subjetivos, ello no quiere decir que sean portadores de exigencias jurídicas o políticamente intrascendentes, por el contrario, su reconocimiento y defensa efectiva está respaldada por el mismo derecho; v) la quinta se refiere a los problemas para instrumentalizar su defensa<sup>253</sup>. Tema novedoso los relacionados a los derechos colectivos y a su legitimación para demandar acciones de responsabilidad civil.

Precisamente, una de las dificultades de aplicación del derecho civil a la reparación de los daños al ambiente estriba en que el sistema de responsabilidad previsto por los códigos civiles se encuentra concebido y regulado bajo una estructura absolutamente individualista, y de lo que se trata es de no permitir que el daño colectivo o el daño a los intereses difuso queden desprotegidos. En razón a ello, la naturaleza colectiva debe ser considerado como un bien en relación con el "disfrute" de la comunidad, esto es, como parte de su vida.<sup>254</sup> Esto es el derecho colectivo debe ser considerado como un derecho posible de ser defendido en caso de ser violado.

La doctrina, distingue el interés colectivo con contenido supraindividual, como un centro de referencia no ocasional, un ente asociativo, un colegio profesional, un ente público de base asociativa, o una asociación sindical; cualquier grupo que no tenga una duración efímera, contingente, que constituya un componente sociológicamente individualizable de la colectividad territorial general<sup>255</sup>. Por lo que cuando el daño ambiental afecta a un colectivo claramente identificable, los daños pueden imputarse más claramente. Por ejemplo, el accidente de Bhopal que ha sido el mayor desastre industrial del mundo, tuvo como resultado 2,500 muertos y de 1000,000 a 250,000 heridos<sup>256</sup>. Tal como se aprecia, se trata de daños ambientales que afectan a grupos de personas determinadas y por tanto posibles de ser indemnizadas.

En ese sentido, en relación con los problemas concretos sobre las peculiaridades jurídicas de daños al medio ambiente, tenemos: la naturaleza particular del medio ambiente, las formas particulares del "compromiso" del medio ambiente, el carácter patrimonial o no del mismo, su posible valuación con arreglo a la economía; el carácter colectivo de los daños, en relación con el "disfrute" de este bien por la comunidad, como parte de su vida<sup>257</sup>, el derecho debe dotarse de mecanismos jurídicos que permitan que

---

<sup>253</sup>CIFUENTES LÓPEZ, Saúl, "Notas sobre el Concepto Jurídico de Ambiente en Protección Jurídico al Ámbito- Tópico de Derecho Comparado", 1ª Ed., Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 10-11.

<sup>254</sup>Construction des dommages à l'environnement comme dommage collectif spécial. Le caractère collectif du dommage, par rapport à la « jouissance » de ce bien par la collectivité, comme son cadre de vie. De cette façon, dans l'article 18 de la loi 349/1986, qui identifie l'objet de protection avec ce bien unitaire de type immatériel, et qui établit sa protection réparatrice comme objet de « jouissance » par la collectivité nationale, l'environnement est considéré comme point de référence d'un intérêt collectif." PAOLI, Nino, " Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Ouvre Et Sanction Du Non-Respect », Op. Cit., page. 180-185.

<sup>255</sup>MORENO TRUJILLO, Eulalia, "La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro", Op. Cit., pp. 283.

<sup>256</sup>GONZALES MARQUEZ, José Juan, "La Responsabilidad por el Daño Ambiental en México", Op. Cit., pág. 104- 107.

<sup>257</sup>Construction du dommage à l'environnement comme dommage collectif spécial. Les aspects particuliers du dommage à l'environnement, entendu comme une solution d'innovation, et de ses rapports avec les normes en vigueur, au sens systématique, sont considérés comme peu analysés (Pozzo, 1996). Pour l'analyse du cas d'espèce normatif qui a formulé cette figure de création jurisprudentielle, il faut se référer, dans la doctrine, aux études sur l'article 18 et sur la responsabilité civile ; et aux manuels de droit civil et de droit administratif. En particulier, il est nécessaire d'examiner la jurisprudence, qui a développé ce rôle primaire dans l'interprétation des normes, dans l'application du cas d'espèce et dans son développement théorique. PAOLI, Nino, "Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Ouvre Et Sanction Du Non-respect », Op. Cit., page. 180-185.

la colectividad logre la reparación del daño al medio ambiente basada en la noción de unidad del medio ambiente, que viene siendo aceptado en forma gradual.

Justamente, de lo que se trata es de no permitir que numerosas personas queden desprotegidas pues además del daño individualizado, está el daño que tiene como víctimas reales o potenciales a conjuntos humanos (daño colectivo o daño a los intereses difuso), pues ésta clase de daños, son los que atentan contra el entorno natural, el daño ecológico; el que afecta a los consumidores de productos industrializados; los que resultan de la utilización de la energía nuclear<sup>258</sup>. En consecuencia la responsabilidad civil, debe dejar de estar fundada solo en el derecho de una persona afectada y establecer la responsabilidad en el interés de grupo humano, de la colectividad, esto es el derecho civil debe socializarse.

Frente a la naturaleza colectiva del daño ambiental, la repercusión de la naturaleza social del daño ambiental, el derecho debe considerar la legitimación de los colectivos en protección del medio ambiente puro, sobre todo en las cuestiones que afectan a la legitimidad activa para solicitar la reparación del daño ambiental<sup>259</sup>, pues, en los daños al medio ambiente en la mayoría de los casos, afectan a una pluralidad de personas, a la colectividad de causantes, debiendo por tanto el derecho civil socializarse a fin de responder a la naturaleza del medio ambiente como un bien jurídicamente protegido y de esa manera logre la legitimación activa de los perjudicados.

### **3.4.-Los daños ambientales son siempre socialmente intolerables.**

Aún con el escepticismo de aceptar la clasificación de daño tolerable e intolerable, el derecho comparado ha optado por dicha clasificación, por lo que surge la pregunta: *¿cuándo un daño socialmente intolerable debe ser indemnizado?* Respecto a la clasificación de los daños tolerables e intolerables TRAZEGNIES<sup>260</sup>, sostiene la tesis que hay cierto tipo de contaminaciones que, independientemente de que sean desplazadas o no, la sociedad considera excesivas y no está dispuesta a tolerar, por eso, no todo daño ambiental es antisocial, sino sólo aquel que la sociedad considera abusivo o excesivo. argumenta, en el sentido que ninguna sociedad puede pretender cuerdamente preservar una pureza ambiental y paisajística prístina y absoluta a cualquier costo.

Para justificar dicha teoría, se sostiene que la existencia del ser humano hace necesario la utilización de los recursos naturales, industriales, etc. que conllevan al irremediable daño ambiental. En ese sentido, el derecho y la doctrina, de esta manera justifican los daños ambientales, en aquellos casos que consideran que son tolerables, por la mínima repercusión que tienen en el medio ambiente, pues aun cuando en principio el orden jurídico persigue tanto la reparación del daño como su erradicación, la sociedad acepta algunos daños ambientales que los consideran tolerables, respecto de los cuales persigue fundamentalmente el resarcimiento de la víctima antes que la erradicación absoluta del riesgo a través de una

---

<sup>258</sup> Los daños que para la niñez pueden causar ciertos medios, como la televisión”. La responsabilidad civil, en muchos casos deja de estar fundada solo en el derecho de una persona afectada y lo establece también en el interés de grupo humano, hasta de colectividad entera (...). En esta concepción prevalece el axioma ya mencionado, de que ningún daño debe quedar sin reparación. Por tanto, ya no cuanta la diferencia entre el derecho público y el privado, pues en los dos se debe responsabilidad en contractual y extracontractual ya que en una y otra lo fundamente son el daño y la reparación; el objeto del derecho de daños es el hombre, al que no se debe perjudicar en su persona o bienes. BARRAGÁN ROMERO, Gil, “*Elementos del Daño Moral*”, Editorial EDINO, segunda edición, Guayaquil-Ecuador, 1995, pág. 36- 39.

<sup>259</sup> MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*”, Op. Cit., pp. 262 – 263.

<sup>260</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*Estrategias de derecho Privado para conservar la naturaleza*”, En: CARRUITERO LECCA, Francisco (compilador), “*Derecho del medio ambiente*”, T. II., Op., Cit., pág. 201-203.



prohibición directa. Esta visión ha originado el relativismo a la hora de responsabilizar o no a los agentes contaminantes y una cultura de irresponsabilidad, ya que ningún daño ambiental es mínimo frente a las graves repercusiones negativas frente al medio ambiente y a los intereses patrimoniales y extra patrimoniales de los individuos y de los colectivos.

No debe dejarse a merced de la voluntad, ni de la ley, ni de los jueces, la determinación de si es daño es tolerable o intolerable, pues todo daño es malo *per se* y, por consiguiente, el derecho debe condenar a todo aquel que le haga un daño a otro.<sup>261</sup> La sociedad no debe estar dispuesta a tolerar ningún tipo de daño ambiental, en ese sentido debe orientarse el derecho, a fin de que la responsabilidad civil por el daño ambiental sea un mecanismo valioso en desincentivar los daños ambientales logrando que el peso económico de su reparación recaiga íntegramente en el causante. En ese sentido, no sólo lo ilegal forma parte de la categoría de lo intolerable, tratándose de daños ambientales, en muchas situaciones no declaradas ilegales por norma alguna se puede afirmar que el riesgo creado es de tal naturaleza, que aun no habiendo violado alguna norma resulta intolerable para la sociedad y por tanto debe ser reparada.

Por lo que, la repercusión del hecho de considerar a los daños ambientales socialmente intolerables, a nivel del tratamiento de la responsabilidad civil, es importante, para que los mismos sean reparados, independientemente si se cometen intencionalmente o no, con culpa inexcusable o mediando infracción de las normas legales y reglamentarias correspondientes o en abuso del derecho o violando los derechos de la personalidad, con la consecuencia práctica que en toda circunstancia debe ser indemnizado. La responsabilidad civil, debe ser un instrumento para responsabilizar a los causantes de los daños ambientales y por tanto siempre se debe evitar, la exoneración de la misma, bajo el pretexto de que un daño sea tolerable o no, pues la regla debe ser la reparación del mismo.

### **3.4.1. La medida del daño ambiental tolerable o intolerable.**

La doctrina señala que, la supuesta línea divisoria es evidentemente difícil de trazar. Actualmente en algunos casos, será la ley misma quien señale aquello que la sociedad no está dispuesta a tolerar prohibiendo directamente ciertas actividades o exigiendo su realización bajo ciertas condiciones-límite; en estos casos la contaminación intolerable -es decir, aquella que se excede o no cumple los parámetros establecidos por una norma legal- por lo que debe ser una subcategoría de los daños cometidos con infracción a una norma legal.<sup>262</sup> El concepto de los “límites máximos permisibles” (LMPs), se justifican pues en materia ambiental es necesario determinar cuando estamos ante un daño ambiental, y cuando no lo estamos. Hay consenso, en la doctrina, como en el derecho comparado, que cuando el agente contaminante ha excedido los “límites máximos permisibles” el daño ambiental ha sucedido, y siempre deberá ser considerado un hecho grave, por las repercusiones sociales del mismo.

Así, en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, establecido en la LGA en el artículo 74°, se establece el concepto de límite permisible (LMPs), concepto aplicable para determinar cuando estamos frente a un daño ambiental que ha rebasado los LMPs, por lo que el daño ambiental en contravención de la normatividad jurídica general, es necesario remitirse a los límites máximo permisible<sup>263</sup>. El establecimiento de los LMPs, deben ser concordado con los principios de

---

<sup>261</sup> MINISTERIO DE SALUD e INAPAMAS, “*Responsabilidad Extracontractual por Daño Ambiental y otras Consideraciones*”, Edit. Inapamas, Lima-Perú, 1988, pág. 46 y 47.

<sup>262</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Óp. Cit., T. II, pp. 338 – 339.

<sup>263</sup> ¿Qué es un límite máximo permisible - LMP? El LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al

responsabilidad y de justicia ambiental contemplados en el Título Preliminar. Una característica de la normativa ambiental o de relevancia ambiental es la de ser, técnico-reglada, es decir, encontrarse sujeta a criterios de medición sobre la base de parámetros, estándares o términos similares. De este modo, se podrán establecer aquellas situaciones generales normativas de tolerancia o permisibilidad de las actividades humanas, así como aquellas situaciones específicas en que se transgredan tales límites, en cuyo caso se identificarán las responsabilidades y se establecerán las medidas a ser tomadas. De ahí la importancia del rol que, como instrumento de gestión ambiental, cumplen dichos instrumentos, en tanto fijan los diversos parámetros que permitan deslindar cuando estamos ante situaciones que transgreden los límites no tolerantes de afectación ambiental. Dichos límites, servirán para determinar, cuando se está frente a un daño ambiental en contravención a las normas administrativas”.<sup>264</sup> Por lo que los LMPs, constituyen en un valioso mecanismo, para poder encarar la problemática de la determinación del daño ambiental.

La otra posición sostiene que, al examinar los daños por contaminación ambiental, es preciso determinar si se trata de casos que no pueden ser tolerables porque afectan a muchas personas y a valores ecológicos muy importantes; o si simplemente, debe obligarse a pagar una indemnización a favor de las víctimas, pero no puede prohibirse la conducta eventualmente generadora de riesgos porque también aporta beneficios para el país<sup>265</sup>. Consideramos que a la responsabilidad civil extracontractual le interesará estudiar aquellos daños por contaminación que deben ser indemnizados, esto es todos los daños intolerables, como los tolerables, tanto en el caso de los daños que el derecho no permite que vuelvan a ocurrir, como en el caso en que el derecho permite la posibilidad del daño, pero obliga además al pago de una indemnización.

En ese sentido la repercusión de la medida del daño ambiental como tolerable o intolerable, nivel del tratamiento de la responsabilidad civil, no debe depender en gran medida de la categoría de daño

---

bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. ¿Para qué sirve un LMP? Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea *responsabilidad* administrativa, civil o penal, según el caso. ANDAVIC WESTREICHER, Carlos, “Manual de Derecho Ambiental”, Op. Cit., p. 458-461.

<sup>264</sup> **Límites Máximos Permisibles en Hidrocarburos – Perú**

HIDROCARBUROS	
Emisiones Gaseosas y de Partículas de las Actividades del Sub Sector Hidrocarburos (Actividades de explotación, procesamiento y refinación de petróleo)	Decreto Supremo 062-2010-EM (07. Octubre.2010) Parámetros: <i>Para actividades en curso.</i> - Dióxido de azufre (SO <sub>2</sub> ), óxidos de nitrógeno (NO <sub>x</sub> ), partículas para craqueo catalítico, partículas para otros casos, monóxido de carbono (CO) para craqueo catalítico. <i>Para actividades o instalaciones nuevas.</i> -material particulado (PM); compuestos orgánicos volátiles, incluyendo benceno (COV); sulfuro de hidrógeno (H <sub>2</sub> S); óxidos de azufre (SO <sub>x</sub> ) para producción de petróleo, en unidades de recuperación de azufre y en otras unidades; óxidos de nitrógeno (NO <sub>x</sub> ), usando gas como combustible o usando petróleo; níquel (Ni) vanadio (V); y olor.
Efluentes Líquidos para el subsector Hidrocarburos(Actividades de explotación, exploración, transporte, refinación, procesamiento, almacenamiento y comercialización)	Decreto Supremo 037-2008-PCM (14. mayo.2008) Parámetros: Hidrocarburos totales de petróleo (TPH), cloruro, cromo hexavalente cromo total, mercurio ,cadmio, arsénico, fenoles para efluentes de refinerías FCC, sulfures para efluentes de refinerías FCC demanda bioquímica de oxígeno (DBO), demanda química de oxígeno (DQO), cloro residual, nitrógeno amoniaca coliformes totales (NMP/100 mi), coliformes fecales (NMP/100 mi), fósforo, bario, pH, aceites y grasas, plomo; e incremento de temperatura.

Fuente: ANDAVIC WESTREICHER, Carlos, “Manual de Derecho Ambiental”, Op. Cit., pág. 458-461.

<sup>265</sup>MINISTERIO DE SALUD, “Responsabilidad Extracontractual por daño ambiental y otras consideraciones”, Óp. Cit., pág. 47.

tolerable o intolerable, que le asignemos a los derivados por contaminación ambiental<sup>266</sup>, debe tratar de ser erradicada, pues dicha elección va a ser siempre complicada, en razón a que considerar que el daño ambiental es tolerable, a pesar de los graves riesgos que ocasiona, por los efectos nocivos para el medio ambiente y para el ser humano<sup>267</sup> es una tesis complicada de aceptar, pues en puridad, deja de lado las graves repercusiones que el daño ambiental ocasiona a las personas, a su patrimonio y al medio ambiente. Por estas razones, lo óptimo sería que, si ya estamos frente a un daño ambiental, el mismo debe ser *per se* socialmente intolerable, pues si hay daño ambiental por lógica ya no es posible ponerse en el umbral de los “daños tolerables”, por los graves riesgos que ocasiona al medio ambiente.

### **3.5.- El daño al medio ambiente tiene efecto acumulativo.**

Acerca del efecto acumulativo que tiene el daño al medio ambiente, el derecho y la sociedad no toman en cuenta, que, por lograr el objetivo de desarrollo de la sociedad, ocasionan daños ambientales socialmente intolerables los mismos que son el resultado de actividades continuas, sucesión de actos repetidos que dan origen a: Los daños continuados, permanentes, progresivos, acumulados e históricos. El aplazamiento en el tiempo de los efectos del daño ambiental, genera perjuicios para las generaciones futuras, lo que compromete cuestiones de causalidad y también de prescripción que el derecho no debe ignorar.

En ese sentido, se observa que, dado que el daño por contaminación es difícil apreciar en corto plazo, hay la tentación de menospreciarlo y considerar este tipo de preocupaciones, como una suerte de ritual neurótico de pulcritud propio de civilizaciones y personas que viven en comodidad<sup>268</sup>. Existe por tanto un egoísmo generacional, una actitud irresponsable, en donde lo único que importa es el desarrollo económico a cualquier precio, sin importar el futuro de la humanidad, eso se manifiesta día a día, en una incontrolable carrera por lograr los mayores beneficios económicos, aunque ello implique poner en riesgo el medio ambiente.

Los efectos dañinos del medio ambiente, por las actividades contaminantes se van plasmando día a día y por tanto sus consecuencias pueden ser observadas y calculadas<sup>269</sup> en el tiempo, daños que se van acrecentando y es casi imperceptiblemente, siendo su exteriorización muchas veces lentamente, lo que permite al agente responsable disfrutar de los beneficios que le produce causar ese daño hasta que el perjuicio se advierta, se reclame y se proceda a la ejecución de la sentencia favorable, dándole tiempo de aprovechar la prescripción liberatoria, ausentarse, hacerse insolvente y aun desaparecer física o jurídicamente<sup>270</sup>. Por lo que, la repercusión tiene esta característica a nivel del tratamiento de la

---

<sup>266</sup>MINISTERIO DE SALUD, “*Responsabilidad Extracontractual por daño ambiental y otras consideraciones*”, Óp. Cit., pág. 6-7

<sup>267</sup>En orden a la tolerabilidad del daño es preciso descartar, *ab initio*, que pueda ser tolerable cualquier lesión a los derechos indisponibles como la vida y la salud. En cambio, en relación con los derechos disponibles, es necesario tener en cuenta que la tolerabilidad depende de la ecuación costo-beneficio, entendida no sólo en su sentido económico, sino comprendiendo las consideraciones sociales (...). Para su configuración como daño resarcible se requiere que supere la normal tolerancia que impone la vida en sociedad y resulte evitable en la ecuación costo-beneficio, conforme el desarrollo social, cultural y económico de la comunidad. PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en Argentina en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 248.

<sup>268</sup>Esta actitud irresponsable, puede combinarse con una ideología desarrollista -sea de derecho o de izquierda- que insiste en la necesidad de salir de la miseria como objetivo exclusivo de la sociedad, sin tomar en cuenta el coste para las generaciones futuras de ese -propósitos simplistamente concebido. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*Estrategia de Derecho Privado para Conservar la Naturaleza*”, Compilación realizada por CARRUITERO LECUA, Francisco, “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 196.

<sup>269</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Op. Cit., T. II, pp. 347.

<sup>270</sup>Así lo ha entendido el Código Civil argentino, cuando prohíbe: a) Los depósitos de agua estancada que puedan ocasionar exhalaciones infectantes (art. 2625); b) Las fraguas y las máquinas que lancen humo excesivo a las propiedades vecinas (Id.);

responsabilidad civil, se debe recurrir a la institución de la responsabilidad retroactiva y solidaria, caso contrario, implicaría que el derecho civil permite la evasión de responsabilidad. Así lo viene haciendo, el sistema americano de responsabilidad ambiental, CERCLA, en donde se obliga a los agentes contaminantes a asumir su responsabilidad retroactivamente, de tal manera que cualquier intento de evasión de la responsabilidad sea inútil y finalmente la reparación del daño ambiental sea una realidad.

### 3. 6.- Características de los daños ambientales en su dimensión temporal.

En relación al tiempo los daños al medio ambiente, son daños continuos, permanentes, progresivos, acumulados e históricos. Así, los daños ambientales son continuos, en sentido estricto, en razón a que el daño ambiental es producto de una sucesión de actos- de un mismo autor o de varios autores- cumplidos en épocas diversas, por lo cual, los daños ambientales continuados son aquellos atentados al medio ambiente que resultan de un foco de contaminación cuya actividad (única o periódica) perdura a lo largo del tiempo, produciendo un daño cada vez mayor, piénsese, por ejemplo, en un vertido de residuos tóxicos a un río, efectuado de golpe o regularmente, cuyos resultados se manifiestan durante un largo período de tiempo<sup>271</sup>; labor paciente de los agentes contaminantes que son producto diario de la actividad industrial<sup>272</sup> ocasionando un deterioro continuo del medio ambiente<sup>273</sup>, perjuicios nuevos concatenados con los anteriores, a los que ata una estricta relación de causalidad, lógicamente imputables a los que contribuyeron con su conducta contaminante, en perjuicio del ambiente. Tal como se aprecia, los daños ambientales frecuentemente no son efecto de una acción localizable en un único determinado punto temporal, sino más bien producto de todo un proceso continuado a lo largo del tiempo.

Asimismo, los daños son permanentes, pues se manifiestan a través del tiempo, cuyos efectos permanecen, aunque sean causados por un único acto;<sup>274</sup> piénsese en la contaminación como consecuencia de las actividades mineras, cuyos daños ambientales son de naturaleza permanente. Ejemplo de ello, es lo que sucede en el Perú, con la contaminación del río Mantaro, de manera continua y cuyos efectos son permanentes a través del tiempo. También, los daños ambientales, son progresivos, pues son producidos por una serie de actos sucesivos que provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo al medio ambiente<sup>275</sup>. Esto es, se trata de daños producidos por una serie de actos sucesivos de una misma persona o de personas diferentes, cuya conjunción provoca un daño mayor que la suma de cada una de los daños individualmente ocasionados, ejemplo de ello, es lo que ocurren en los “procesos de saturación<sup>276</sup>. Son los daños típicos de los daños ambientales, pues las actividades peligrosas ambientalmente son en esencia progresivos, graduales, crecientes, lo que hace sumamente difícil determinar la relación de causalidad.

---

c) Los trabajos que transmitan a las casas vecinas gases fétidos o perniciosos que no resulten de las necesidades o usos ordinarios; d) Construir determinadas instalaciones a menos de la distancia de la pared medianera que la ley impone (arts. 2621 / 2624); e) Las excavaciones o fosos que puedan causar la ruina de edificios o plantaciones o desmoronamientos (art. 2615). GOZAÍN, Osvaldo Alfredo (compilador), *“Responsabilidad ambiental”*, Op. Cit., pág. 188-189.

<sup>271</sup> GOMIS CATALÁ, Lucía, *“Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 90.

<sup>272</sup> MORENO TRUJILLO, Eulalia, *“La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro”*, Op. Cit., pp. 262 – 263.

<sup>273</sup> La doctrina denomina *continuos* o de tracto sucesivo en los que, sin perjuicio de que en un primer momento se manifieste y a la existencia de un perjuicio el mero transcurso del tiempo y sin precisión alguna de una nueva conducta activa del autor del daño, hace aparecer unos perjuicios nuevos distintos de los anteriores, que, en razón de ser debidos únicamente al acto inicial, a los que ata una estricta relación de causalidad, son lógicamente imputables a quien con su conducta los desencadenó. SÁNCHEZ – FRIERA GONZALES, María del Carmen, *“La Responsabilidad Civil del Empresario por Deterioro del Medio Ambiente”*, Edit. Bosch S. A., 1994, Barcelona, pág. 233 – 234.

<sup>274</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, *“Daño Ambiental”*, Tomo II, Op. Cit., pág. 82.

<sup>275</sup> GOMIS CATALÁ, Lucía, *“Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 90.

<sup>276</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, *“Daño Ambiental”*, Tomo II, Op. Cit., pág. 82.

Además, los daños ambientales son acumulativos e históricos<sup>277</sup>, siendo que, la característica principal del daño histórico, se explica porque los estándares de calidad ambiental difieren a los existentes en la época en que se produjo el daño, por lo cual el rasgo primordial del daño acumulado será su persistencia a lo largo del tiempo pudiendo. Por lo tanto, cuando el daño acumulativo sea, a la vez, histórico, se plantearán los mismos problemas de retroactividad de la ley y de identificación del responsable señalados anteriormente<sup>278</sup>. La casuística de los daños ambientales, llenará de contenido, estos supuestos de hecho, pues por la naturaleza del daño ambiental, casi siempre responde a estas características de ser acumulativo y por ende histórico.

Siendo, una de sus características, el llamado fenómeno de latencia, situación bastante usual y donde el daño ambiental aparece sintomáticamente tiempo después de producirse la acción que lo va a causar<sup>279</sup>, esto es, sus efectos se aplazan, derivando también en perjuicios para las generaciones futuras<sup>280</sup>. Este fenómeno de latencia del daño ambiental, pasa desapercibido por la comunidad, como es el caso de la contaminación del suelo por pesticidas de largo efecto residual, o su salinización o desertificación producida por su mal uso<sup>281</sup>, siendo que la responsabilidad civil, debe recurrir a la institución de la imprescriptibilidad de los daños ambientales, con el fin de que los autores del daño ambiental, no evadan su responsabilidad.

Y por último, el daño ambiental, muchas veces es irreparable, en razón a que una vez producido el daño al ecosistema o a algunos de sus componentes, no es posible que vuelva a recuperarse, a escala humana, o bien, el costo que tiene su recuperación hace rechazar la idea de intentarlo<sup>282</sup>. En muchos casos, estos daños se presentan como irreversibles en la biosfera (capa de ozono efecto invernadero, cambio climático) o la desaparición de especies animales y vegetales indispensables para el equilibrio ecológico<sup>283</sup>. Por lo que, la responsabilidad civil, debe acoger esta característica, para efectos de, establecer los criterios de cuantificación acordes a la naturaleza muchas veces irreversible del daño ambiental, para que, si no fuera posible su reparación, si una compensación, o la posibilidad de revertir dicho daño ambiental, a través de la sustitución de los bienes ambientales dañados por otros de similares características, más aún si la naturaleza tiene capacidad de resciliación.

#### **4.-Tipología de los daños ambientales.**

Por cuestiones metodológicas, teniendo en consideración los tipos de daños ambientales, como resultado de la presente investigación, hemos realizado un recuento de las mismas clasificándolas en atención a la extensión del concepto de daño ambiental desde un punto de vista amplio, el mismo que comprende: daños al medio ambiente, daños a las personas individuales y colectivos, asimismo a sus bienes. Por lo

---

<sup>277</sup> Los impactos acumulativos son aquellos impactos ambientales que resultan del impacto incremental de la acción propuesta en un recurso común cuando se añade a otros impactos de acciones pasadas, presentes y razonablemente previstas para el futuro. Los impactos ambientales acumulativos pueden ocurrir debido a efectos colectivos de acciones menores individuales a través de un periodo de tiempo. CONSEJO NACIONAL DEL AMBIENTE, “*Principios de Evaluación de Impacto Ambiental*”, Tercera Edición, 1999, Lima, 1999, pág. pp.150.

<sup>278</sup>GOMIS CATALÁ, Lucia, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 90.

<sup>279</sup>GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho ambiental colombiano*”, Op. Cit., pág. 158-159.

<sup>280</sup>GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho ambiental colombiano*”, Op. Cit., pág. 158-159.

<sup>281</sup>FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, “*Manuel de Derecho ambiental chileno*”, Op. Cit., pág. 124 – 125.

<sup>282</sup>De allí la necesidad de aplicar el principio de la prevención, evitando, por todos los medios, que el daño se produzca FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, “*Manuel de Derecho ambiental chileno*”, Op. Cit., pág. 124 – 125.

<sup>283</sup>Ello nos llevará a poner énfasis en las medidas preventivas de protección, bien se adopten con carácter autónomo con base en la figura del abuso del derecho ex artículo 7.2. del Código Civil, bien en el marco de un procedimiento incoado en el marco de la responsabilidad civil. LUQUIN BERBARECHE Raquel, “*Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*”, Op. Cit., pág. 133-139.

que, los daños ambientales se pueden clasificar en grandes grupos, los daños al medio ambiente puro y los daños al medio ambiente social.

#### 4.1.- Daños al medio ambiente puro.

Los principales daños ambientales al medio ambiente natural son: al aire, la atmósfera, el agua, la tierra, el suelo, los recursos minerales, la flora, la fauna, elementos bióticos, abióticos, ecosistemas que lo integran y sus interrelaciones ecológicas entre estos componentes.

i) Así, el daño ambiental a la atmósfera<sup>284</sup>, es ocasionado por la actividad industrial y metalúrgica,<sup>285</sup> los humos,<sup>286</sup> los gases efluvios, ocasionados por las fábricas u otras instalaciones de diversa índole, tales como emanaciones, relaves, la emisión de humos expulsados motores de los vehículos de transporte de todo tamaño, los elementos tóxicos que expulsan grandes industrias, humos que se convierten en nubes de ácido en perjuicio del medio ambiente y de los seres que habitan la tierra<sup>287</sup>, entre otros elementos contaminantes.

La contaminación del *aire*, según los expertos, sucede cuando se arroja bióxido de carbono en una cantidad suficiente para descompensar el sistema amortiguador del océano y las consecuencias son difíciles de prever; también cuando se ha arrojado monóxido de carbono, un gas altamente tóxico; óxidos de nitrógeno; bióxido de azufre (que se oxida espontáneamente a ácido sulfúrico) y una gran variedad de hidrocarburos más o menos inertes o maligno. El resultado es una verdadera mezcla atmosférica de notable y no bien conocida composición. Y estos productos químicos diluidos están en suspensión en su fluido transparente inundado por la energía solar, verificándose reacciones químicas complejas, especialmente basadas en el óxido nítrico y varios otros hidrocarburos, y se producen nuevos ingredientes en la mezcla atmosférica, algunos de los cuales son muy perjudiciales.<sup>288</sup> Tal como se aprecia, la contaminación atmosférica es un proceso complejo, de naturaleza acumulativa. No existiendo un convenio internacional de responsabilidad civil medioambiental sobre los daños atmosféricos transfronterizos<sup>289</sup>, pues los esfuerzos se han orientado a firmar convenios, tratados, acuerdos,

---

<sup>284</sup> Los desarrollos de una sociedad basada en la energía de combustible fósiles se han lanzado a la atmósfera varios compuestos nuevos que son producto de la utilización de los combustibles fósiles. Se ha arrojado bióxido de carbono en una cantidad suficiente para descompensar el sistema amortiguador del océano y las consecuencias son difíciles de prever (capítulo 16); también se ha arrojado monóxido de carbono, un gas altamente tóxico; óxido de nitrógeno; bióxido de azufre (que se oxida espontáneamente a ácido sulfúrico) y una gran variedad de hidrocarburos más o menos inertes o malignos. El resultado es una verdadera mezcla atmosférica de notable y no bien conocida composición. COLINVAUX, Paul A, “*Introducción a la Ecología*”, Op. Cit, pág. 303-304.

<sup>285</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Fondo Editorial universidad San Martín de Porres, Lima, 2011, pp.61-62.

<sup>286</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, Op. Cit., pág. 61-62.

<sup>287</sup> ANDIA CHÁVEZ, Juan, “*Manual de Derecho Ambiental*”, 1ra Edición, Editorial El Saber, Lima- Perú, 2010., pág. A4-57.

<sup>288</sup> ¿Por qué la contaminación atmosférica tiene efectos dañinos en los seres vivos? Esto se debe a que la atmósfera se deba de mezclar por algún motivo y los contaminantes se concentran en pequeños volúmenes de aire que permanecen cerca del suelo. La temperatura disminuye casi siempre con la altitud; pero en ocasiones el aire frío se puede concentrar bajo una capa de aire caliente. Esto ocurre en los valles, cuando el aire frío, a causa de su densidad, fluye hacia abajo por las laderas de las montañas y se concentra en el valle y puede ser el resultado de movimientos más amplios de masa de aire. Cuando esto ocurre se establece un sistema estable de aire tibio que flota sobre aire frío. COLINVAUX, Paul A. “*Introducción a la Ecología*”, Limusa México, 1991, pág. 303-305.

<sup>289</sup> Con la expresión –contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, se designa la contaminación atmosférica cuya fuente física esté situada totalmente o en parte en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y que produzca efectos perjudiciales en una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión. TORRES UGENA, Nila, “*Texto Normativos de Derecho Internacional Público*”, Décima Edición, Editorial Aranzadi, S.A., - España-2006, pág. 636.

especialmente relacionados por el cambio climático, en especial en el ámbito del derecho público internacional y no del derecho civil internacional.

Queda por resolver, a nivel de derecho interno, cómo reparar este tipo de daños cuya naturaleza es acumulativa, y de responsabilidad colectiva o difusa, cuyos agentes contaminantes se diluyen en el anonimato, dificultades prácticas que deben superarse. Así la contaminación atmosférica, ocasionada por la emisión de humos tóxicos del transporte urbano, debe ser asumida solidariamente por todos los transportistas de una ciudad determinada. Soluciones que deben llenar de contenido la responsabilidad civil por el daño ambiental atmosférico a nivel del derecho civil interno y también a través de normas internacionales de naturaleza civil.

ii) El daño ambiental del agua<sup>290</sup>, es una de las tragedias ecológicas más graves que sucede día a día en el mundo, provocando que el agua deje de ser “pura”<sup>291</sup>, la misma que es producida por el vertimiento de: los residuos industriales; el derrame de hidrocarburos; los desagües de las ciudades; los desechos de las ciudades que determinan pérdidas de recursos para la agricultura<sup>292</sup>; la contaminación de las aguas por los anuentes y relaves de los yacimientos mineros; el consumo humano; el desarrollo hidrobiológico; el ingreso de las aguas servidas<sup>293</sup>; los gases efluvios de fábricas u otras instalaciones, tales como emanaciones, relaves y otros<sup>294</sup>. Asimismo, algunos de ellos son ocasionados por la actividad industrial, especialmente la producción de pulpa y de papel, la elaboración de alimentos y la manufactura química, engendran una gran variedad de productos de desecho que pueden ser descargadas en las corrientes de agua, algunos de estos desechos son venenosos para el hombre, en tanto que los efectos de otros son oscuros<sup>295</sup>. Todos estos elementos tóxicos vertidos ocasionan daño ambiental a las aguas de los ríos, lagos, y de los mares.

---

<sup>290</sup> En su reciente visita a Barcelona, el Profesor COUSTEAU se refirió al elevado índice de contaminación del Mar Mediterráneo, como consecuencia de los miles de toneladas diarias de vertidos contaminantes que se producen en sus aguas, ante la pasividad de los Estados ribereños que, de no adaptar las medidas precautorias necesarias, pronto lo convertirán en una cloaca. BARRACHINA JUAN, Eduardo, “*La Responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho de Medio Ambiente*”, Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, N°12, junio-1991, Madrid-España, pág. 2.

<sup>291</sup> El agua en cambio es un compuesto simple y no una mezcla. Por consiguiente, el químico concibe el “agua pura” como una sustancia que consta de moléculas de un solo tipo esto es, las moléculas representadas por la fórmula H<sub>2</sub>O, es el caso, sin embargo, que la mayoría del agua contiene pequeñas cantidades de sales minerales disueltas, y estas sustancias contribuyen a menudo a darle gusto. (...) Así, pues, la contaminación del agua es la adición a la misma de materia extraña indeseable que deteriora su calidad. TURK, Amos; TURK, JONATHAN; WITTER, Janeth, “*Ecología Contaminación. Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 115.

<sup>292</sup> Se calcula que solo a cuenta de la salinización, una cuarta parte de la superficie irrigada del mundo ya se encuentra comprometida, lo cual permite esperar la recurrencia de la hambruna que devastó muchos países de África en la década pasada, con su probable expansión a otras regiones del planeta”. (...) P. GUIMARAES, Roberto, “*América Latina y los Desafíos de la Crisis Ambiental en medio Ambiente Desarrollo y Paz*”, Op. Cit., pág. 25, 26, 27.

<sup>293</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 61-62

<sup>294</sup> La contaminación de lagos antiguos con faunas endémicas puede ocasionar grandes daños para la humanidad; sería trágico que el lago BAIKAL de la Unión Soviética, o el lago TANGAÑICA, del África, con sus numerosas especies endémicas sufrieron una contaminación tal que perdieron sus maravillosas faunas(...). Los florecimientos de algas en lago contaminado son comunidades simples, aparentemente pioneras que invaden un hábitat intolerable para las especies de las comunidades más complejas que una vez habitaron ahí. COLINVAUX, Paul A., “*Introducción a la Ecología*”, Op. Cit., pág. 309-311.

<sup>295</sup> El resultado de semejante reacción es la producción de compuestos orgánicos clorados que huelen y saben mucho peor que el producto de desecho original, (...) el plomo es un veneno acumulativo, e inclusive pequeñas concentraciones, si están presentes constantemente en el agua potable, podrán conducir a enfermedad grave o a la muerte. El arsénico, que en alguna ocasión se encuentran en las aguas naturales que corren a través de minerales que contiene arsénico, están bien un veneno acumulativo. Se recomienda que los límites “seguridad del agua potable”, tanto para el plomo como para el Arsénico, no sean superiores a aproximadamente 0.01 ppm/ cadmio, el cromo y la plata han sido denunciados en ocasiones como contaminantes industriales del agua. TURK, Amos; TURK, JONATHAN; WITTER, Janeth, “*Ecología Contaminación. Medio Ambiente*”, 1ra Edición, Editorial Interamericana S.A., D C México, 1973, pág. 130 – 131.

El agua es un recurso cada vez más escaso<sup>296</sup>, no obstante, cada vez más suceden tragedias ecológicas relacionadas con el agua, pues se trata de resolver el problema desde el punto de vista preventivo, así los especialistas señalan que se puede atacar el problema desde sus fuentes de origen, atacando las fuentes de contaminación, tratando todos los residuos de alcantarillado y residuos industriales líquidos, los de agua de lluvias y de riego, y las causas que producen la contaminación<sup>297</sup>, entre otras acciones preventivas, el asunto es que pese a ello, la contaminación de las aguas es una realidad que sucede día a día en todo el orbe, razón suficiente para que la responsabilidad civil, asuma su rol protagónico, como un mecanismo eficaz de reparar dichos daños ambientales.

Diversas leyes, se han ocupado acerca de la problemática sobre la contaminación de las aguas desde el punto de vista preventivo, así la normativa de España en la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985 (Ley 29/1985), en su artículo 85, la define como la acción y el efecto de introducir materias o formas de energías, o inducir condiciones en el agua, de modo directo o indirecto, que impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores o con su función ecológica<sup>298</sup>. La realidad es que tales leyes, son insuficientes para afrontar las incesantes tragedias ambientales que ocasionan daño a las aguas del mar español, ejemplo de ello es el caso *Prestige* el mismo que tuvo connotaciones internacionales, donde se puso a prueba el sistema de responsabilidad civil español, el mismo que no ha respondido en la misma magnitud del daño ambiental ocasionado a las aguas del mar atlántico. La reparación del daño ambiental ocasionado al agua, es difícil de ser cuantificado monetariamente<sup>299</sup>. Cuando mata toda fuente de vida acuática, es a veces cuantificable monetariamente y otras veces no, por lo que, la dificultad práctica de valorar el daño por contaminación del agua, no debe determinar que el mismo no pueda ser indemnizado, pues se hace necesario recurrir a criterios de valuación modernos, que permitan valorar lo que no tiene valor en el mercado.

iii) Respecto, al daño ambiental al suelo, se tiene que históricamente, el hombre ha contaminado el suelo, que afectan la calidad del ambiente debido a actividades como la agricultura, realizando actividades extractivas o industriales, las actividades derivadas del abuso de herbicidas pesticidas que pone en peligro la vida o la salud humana o a la conservación equilibrada de especies animales o vegetales<sup>300</sup>; las actividades que atentan contra los ciclos vitales de la naturaleza. Aquellas actividades que alteran el

---

<sup>296</sup>El consumo humano de agua dulce se ha multiplicado por seis durante el último siglo y, en los próximos 25 años, se prevé que su demanda aumentara más de un tercio; en el caso del agua potable casi se duplicara. En el año 2025 2/3 de la población carecerá de agua (...). Cada año se extraen de esta forma 160.000 millones de toneladas de agua en China, India, África del Norte, Arabia Saudita y los Estados Unidos. El nivel hidrostático baja la llanura del norte de China, donde se cultiva el 40% de las cosechas de cereales del país, está descendiendo 1.6 metros cada año. El Instituto Internacional para la Gestión del Agua estima que el agotamiento de los acuíferos de la India podría reducir en un 25% las cosechas de cereales del país". LEAN, Geoffrey, *"El Planeta Tierra en Peligro, Cuestiones del Milenio"*, Signo, Revista del Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú, Año 10, N° 94, Lima, enero 2001, pág. 29-31.

<sup>297</sup>Se puede atacar las fuentes de contaminación. (...) colocando plantas de tratamiento para el agua de alcantarillado y colocando una planta de tratamiento de la salida de casa industria que pueda producir problemas, etc. (...) podemos atacar el problema en su fuente de origen o resolver el problema cuando necesitamos el agua. Evidentemente para los economistas sería más lógico atacar el problema cuando necesitamos el agua. SCHIFFINI, Juan Pablo, *"La Contaminación del Agua en el Presente u Futuro del Medio Ambiente"*, Op. Cit., pág. 63 -65.

<sup>298</sup>Por su parte, el Real Decreto 258/1989, de 10 de marzo, por el que se establece la normativa general sobre vertidos de sustancias peligrosas desde tierra al mar, entiende por contaminación: "vertido de sustancias o de energía efectuado por el hombre en el medio acuático, directa o indirectamente, que tenga consecuencias que puedan poner en peligro la salud humana, perjudicar los recursos vivos y el sistema ecológico acuático, causar daños a los lugares de recreo u ocasionar molestias para otras utilidades legítimas de las aguas". HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio. *"El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil"*, Op. Cit., pág. 120.

<sup>299</sup> SCHIFFINI, Juan Pablo. *"La Contaminación del Agua en presente y futuro del Medio Ambiente"*, Op. Cit., pág. 54.

<sup>300</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *"La Responsabilidad Extra Contractual"*, Op. Cit., T. II, pp. 337-338.



medio físico-biológico debido al mal manejo y uso de los recursos, a la presión demográfica en relación a la disponibilidad de recursos y al empleo de tecnologías altamente contaminantes o no adecuadas al medio; así como la excesiva pérdida de suelos agrícolas y forestales por problemas de erosión, deforestación y problemas de crecimientos de las ciudades, con apreciable descenso de la productividad<sup>301</sup>. Asimismo, la desertificación de los suelos,<sup>302</sup> los daños ambientales a los bosques<sup>303</sup>, y su tala irracional<sup>304</sup>, determina un grave daño ambiental suelo, que trae graves daños ambientales. Problemática ambiental, que es alarmante en la tierra que nos habita, determinando una situación preocupante para el medio ambiente, aún sin resolver, por parte del derecho civil, debiéndose crear mecanismos específicos de responsabilidad a fin de que los daños ambientales ocasionados al suelo sean reparados; iv) El daño ambiental a las especies de fauna y flora, ocasionado por su depredación<sup>305</sup>, determinando en algunos casos, la extinción de las especies. Pese a la gravedad del asunto, se observa que no existen mayormente normas especiales de responsabilidad civil de este campo en el derecho civil para efectos de lograr la reparación de dichos daños ambientales

Tal como se observa, el daño ambiental a los ecosistemas naturales, se debe principalmente a la introducción al ciclo ecológico de sustancias químicas de alta toxicidad, o de materiales sintéticos o de gases resultantes de productos industriales, que liberan diferentes componentes nocivos, tanto para el equilibrio natural<sup>306</sup> del ecosistema como para la salud y el bienestar de la población en lo que se denomina la contaminación o la contaminación. La situación se agrava, si se tiene en consideración que el funcionamiento de los ecosistemas naturales, los flujos de materia y energía, producen relaciones de transferencia de información, que pueden llegar a ser muy importantes, los mismos que son difíciles de detectar y de medir<sup>307</sup>, y que los ecosistemas están expuestos a las alteraciones como efecto de las acciones humanas, sucediendo que, los flujos de información ante los daños sufridos, suponen cambios en la estructura y en la función de los ecosistemas.

---

<sup>301</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 61-62.

<sup>302</sup> Cada año se pierden 25 mil millones de toneladas de humus (topsoil) a la raíz de la erosión, desertificación, salinización y de otros procesos de degradación del suelo, representando un área de uso agrícola equivalente al territorio total de los países del Caribe (excepto Cuba). Las forestas del mundo están desapareciendo a un ritmo de 20 millones de hectáreas al año, equivalentes a la superficie total de Costa Rica, Nicaragua y El Salvador, y se espera que 40 por ciento de las forestas existentes en el Tercer Mundo desaparezcan a fines de la presente década, de persistir la tendencia actual (...). La Amazonia ocupa por supuesto un lugar de destaque, ya que se calcula que han sido destruidas 55 millones de has., hasta 1988 (12 “% de la floresta), equivalente al área total de Paraguay y Uruguay (o el 80% del territorio chileno). La desertificación también sigue avanzando en forma impresionante, con una pérdida anual de 60 millones de has. P. GUIMARAES, Roberto, “*América Latina y los Desafíos de la Crisis Ambiental en medio Ambiente Desarrollo y Paz*”, Op. Cit., pág. 25- 27.

<sup>303</sup> El primer cambio ambiental de importancia producido como consecuencias de las actividades del hombre provino de sus utilizaciones del fuego (...). El uso repetido del fuego exterminó las plantas locales que no tenían suficiente resistencia y estímulo el crecimiento de las que se recuperaban bien de tal vez que un organismo detecta la presencia de otro, de un recurso o de un peligro. Todos los seres vivos están adaptados a reaccionar de diferentes maneras según la información que reciben, sea esta verdadera o ficticia (...). Las alteraciones de estos flujos de información pueden suponer cambios en la estructura y función de los ecosistemas: si se ilumina una zona y se cambia el fotoperíodo de las plantas, estas pueden florecer en una época desfavorable, las polillas se desorientan engañadas por la luz de las farolas o si determinados ruidos son percibidos como señales de peligro por algunos animales, estos adoptarán comportamientos de huida, aunque no exista un peligro real. GARMENDIA SALVADOR, Alfonso; SALVADOR ALCAIDE, Adela; CRESPO SÁNCHEZ, Cristina; GERMANIA SALVADOR, Luis, “*Evaluación del Impacto ambiental*”, Op. Cit., pág. pp.10.

<sup>304</sup>La tala de los bosques, causan erosión y empobrecimiento de los suelos; actividades peligrosas para el medio ambiente, toda vez que se convierte en grandes extensiones de tierras en varias inservibles para la supervivencia de las especies animales y vegetales. ANDIA CHÁVEZ, Juan, “*Manual de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 54-57.

<sup>305</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 61-62.

<sup>306</sup> CELI ARÉVALO, Marco A., “*Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 150.

<sup>307</sup>Estas relaciones de información se originan cada vez que un organismo detecta la presencia de otro, de un recurso o de un peligro. Todos los seres vivos están adaptados a reaccionar de diferentes maneras según la información que reciben, sea esta verdadera o ficticia (...). Las alteraciones de estos flujos de información pueden suponer cambios en la estructura y función de los ecosistemas: si se ilumina una zona y se cambia el fotoperíodo de las plantas, estas pueden florecer en una época desfavorable, las polillas se desorientan engañadas por la luz de las farolas o si determinados ruidos son percibidos como señales de peligro por algunos animales, estos adoptarán comportamientos de huida, aunque no exista un peligro real. GARMENDIA SALVADOR, Alfonso; SALVADOR ALCAIDE, Adela; CRESPO SÁNCHEZ, Cristina; GERMANIA SALVADOR, Luis, “*Evaluación del Impacto ambiental*”, Op. Cit., pág. pp.10.

Ante dicha realidad, es necesario precisar que si bien existe la capacidad de auto-recuperación natural de los ecosistemas a través de los fenómenos naturales denominados “*homeostasia y rescilencia*”, consistente en la capacidad para reaccionar ante los efectos producidos y restituir el equilibrio inicial,<sup>308</sup> conceptos que identifican las propiedades que caracterizan a los ecosistemas, el asunto, es que existe también la posibilidad de que dicha capacidad se anule, por los factores externos a la naturaleza misma, especialmente por las actividades contaminantes del hombre, que hace que los daños ambientales algunas veces sean irresistibles.

En razón a lo expuesto, es necesario la intervención del derecho civil, para buscar mecanismos adecuados, para la reparación del daño ambiental puro, a través de la responsabilidad civil y de esta manera, se pueda encarar con propiedad esta problemática, pues no basta, que el derecho público se ocupe del tema, pues mayormente lo encara desde el ángulo preventivo y no de reparación, porque se hacen necesario, mecanismos de responsabilidad civil específicos, que permitan resolver la problemática de la reparación ambiental de los ecosistemas naturales.

#### **4.1.1. Daños al medio ambiente social.**

Es la alteración al conjunto de circunstancias físicas que constituyen el entorno vital del ser humano consistente en: valores culturales, sanitarios, urbanísticos, tecnológicos, servicios sociales básicos, el transporte, el uso al medio ambiente puro, los mismos que afectan a las personas y a sus bienes. Y ello se debe a que los daños ambientales muchas veces alteran las condiciones mínimas para un buen funcionamiento de la vida social, degradando el espacio social tanto urbanos, como rurales y ocasionando daños a la salud de la población. El daño al espacio social, se relaciona con los problemas siguientes: la tugurización, la marginación relativa a los servicios sociales básicos entre los sectores urbanos de menores ingresos<sup>309</sup>, la acumulación de basura y el su mal tratamiento de eliminación en las ciudades<sup>310</sup>, los desperdicios y desechos sólidos no biodegradables, el abandono de elementos malolientes, la producción incontrolada de residuos migratorios<sup>311</sup>, el uso y venta de productos que causen daños a la salud y/o a la vida humana, tales como aquellos que contienen sustancias carcinógenas, las costumbres sociales que contaminan el ambiente y perjudica a los terceros inocentes, con el fumar en los lugares públicos, las prácticas publicitarias, en cantidades sustantivas que afecten gravemente o necesariamente el paisaje rural y urbano<sup>312</sup>, las grandes concentraciones humanas en las ciudades<sup>313</sup>, la contaminación ocasionada por los vehículos automotores, naves o aeronaves, la contaminación química, y a la

---

<sup>308</sup>*Homeostasia*. El ecosistema se manifiesta, pues, como un sistema organizativo con capacidad propia de autorregulación y de ajuste que le permite mantener sus estructuras a lo largo del tiempo; a dicha capacidad se denomina *biostasia u homeostasia*, y representa las potencias del sistema para reaccionar ante influencias reacciona en el sistema de reparar los efectos producidos y restituir el equilibrio inicial. Esta capacidad tiene unos límites que no se pueden rebasar sin peligro para la permanencia del ecosistema. *Rescilencia*. Se refiere a la capacidad de resistencia o elasticidad del ecosistema- también se puede aplicar a alguna de sus componentes- ante influencias externas. GÓMEZ OREA, Domingo, “*Evaluación del Impacto Ambiental un Instrumento Preventivo para la Gestión Ambiental*”, Op. Cit., pág. 38-41.

<sup>309</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Óp. Cit., pág. 61-62

<sup>310</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Óp. Cit., pág. 61-62

<sup>311</sup>Esta categorización es útil, pero no absoluta. Debemos tener presente que resulta intentar examinar todas aquellas situaciones que pueden dar origen al denominado daño ambiental. Así, que también se configura cuando en vez de preservar se destruye patrimonio histórico cultural y artístico, o cuando se destruye el paisaje o cuando con la comercialización de productos contaminantes seleccionan ámbitos urbanos y rurales o domésticos. CELI ARÉVALO, Marco A., “*Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 150.

<sup>312</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extra Contractual*”, Op. Cit., T. II, pág. 337-338.

<sup>313</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Fondo Editorial universidad San Martín de Porres”, Lima, 2011 Op. Cit., pág. 61-62

contaminación acústica<sup>314</sup>, entre otras causas, que alteran el medio ambiente social, y que aún no han merecido atención de la responsabilidad civil por el daño ambiental de manera específica, debiéndose acudir a los mecanismos de responsabilidad civil por el daño ambiental en general, a fin de lograr la reparación de los mismos.

Así tenemos, que el daño tecnológico, puede ser a su vez ser radioactivo, electromagnético, sonoro, y visual<sup>315</sup>. La ciencia no ha podido evitar que los desechos nucleares ocasionen tragedias, por la diseminación de radioactividad, con graves riesgos a la vida del ser humano y del medio ambiente. Ejemplo, de ellos es la tragedia del caso CHERNOBIL, el cual ha motivado innumerables leyes a nivel interno, como también a nivel del derecho internacional de naturaleza civil<sup>316</sup>, como son los convenios específicos en materia nuclear, que establecen sistemas de responsabilidad civil por daño ambiental.

Asimismo, el daño ambiental electromagnético, es ocasionado por el despliegue de nuevas tecnologías electromagnéticas, como las instalaciones de antenas de base de telefonía móvil, que se convierte en focos contaminantes en áreas urbanas, efectos perjudiciales de la radiación electromagnética de la tecnología moderna, la misma que es capaz de propagarse por ondas en ausencia de materias, hecho que se convierte en riesgos para la salud humana.<sup>317</sup> Si bien, es cierto que existe incertidumbre científica, sobre si las instalaciones de antenas de base de telefonía móvil, ocasionan daños ambientales, con efectos, en la salud o al medio ambiente puro, no obstante, algunos científicos médicos, alertan de los efectos nocivos en la salud del ser humano, cuando la exposición de las ondas electromagnéticas a cortas distancias.

Otra modalidad, de daños al medio ambiente social, son los daños ambientales lumínicos, ocasionados, por radiación óptica, los mismos que tienen su origen en las tecnologías de iluminación artificial, localizadas sobre todo en las zonas urbanas. Dichos daños ambientales, tienen efectos negativos en el comportamiento de los seres vivos, animales y plantas y en la salud física mental de la persona humana<sup>318</sup>. Se agregan, también el daño ambiental sonoro, ocasionado por los sonidos estridentes, cuyos efectos, se manifiestan por: molestias o lesiones inmediatas o daños por acumulación, trastornos físicos, trauma acústico; envejecimiento prematuro del oído y pérdida de la capacidad auditiva. Los ruidos

---

<sup>314</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, Sección 3, del 02 de octubre del 2001. La presente demanda tiene su origen en una demanda interpuesta ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, por ocho ciudadanos ingleses contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte debido a los *excesivos ruidos* que tenían que soportar como consecuencia del tráfico aéreo nocturno del aeropuerto de Heathrow (...). El Tribunal tras considerar los argumentos de ambas partes, ampara a los demandantes en su derecho a una vida privada y familiar frente a las inmisiones ilegítimas provocadas por los *ruidos provenientes de los aviones* con destino y salida en el aeropuerto de Heathrow. URÍA Y MENÉNDEZ, "Jurisprudencia", En Revista de Actualidad Jurídica, N°1, 2002, Edit. Uría Y Menéndez, Madrid-España, pág. 153.

<sup>315</sup> Existen diferencias muy pronunciadas de opinión acerca de si el problema de los desechos radiactivos puede o no resolverse en forma aceptable, y acerca de si los beneficios, para el hombre, de la manipulación de materiales atómicos compensarán o no con ventaja el trastorno de su ecosistema global. En cambio, nadie discute el hecho de que existe un vasto problema. Además, todo el mundo está de acuerdo en que es imposible inventar algo que prevenga la producción de estos desechos, en los diversos procesos nucleares actualmente utilizados. (...). Algunos científicos consideran que esta sería tan difícil, que probablemente no podría realizarse en un tiempo razonable; pero no deja, con todo, de ser teóricamente posible. TURK, Amos; TURKU, Jonathan; CITES, Janeth, "Ecología Contaminación. Medio Ambiente", Op. Cit., pág. 57-58.

<sup>316</sup> Véase Capítulo V, de la presente investigación, sobre Sistemas de Responsabilidad, sobre actividades nucleares.

<sup>317</sup> En tal circunstancia debe ser analizada con cuidado y establecer normas de precaución, adoptando medidas de acción para salvaguardar la vida humana. Las relaciones de antenas deben ser ubicadas en lugares alejados, donde la gente no permanezca por mucho tiempo en el ambiente. ANDIA CHÁVEZ, Juan, "Manual de Derecho Ambiental", Op. Cit., pág. 54-57.

<sup>318</sup> Un efecto se produce en el terreno netamente personal, por la intromisión de la luz en la vida privada, con la disidencia que puede tener sobre el dueño del descanso. Este es un efecto que con frecuencia producen diversos focos mismos, faroles, carteles publicitarios, etc. Otro frente de incidencia de las regiones lumínicas es el que afecta a las condiciones de visibilidad nocturna del comportamiento de los seres vivos, que pueden por ello verse alterado. Tipo de contaminación no perceptible en muchos casos por el ser humano, lo que puede ser científica, por astrónomos fundamentalmente. ANDIA CHÁVEZ, Juan, "Manual de Derecho Ambiental", Op. Cit., pág. 54-57.

constituyen uno de los males característicos que ya forman parte de nuestra actividad cotidiana.<sup>319</sup> El daño ambiental sonoro ocasiona importantes afectaciones que deterioran el ambiente y alteran nuestras vidas. Estos casos, son frecuentes, especialmente en las ciudades en donde por razones de vecindad, se puede determinar que los ruidos exceden los máximos permisibles, lo que determina que la vida se torne insoportable. Y por último, encontramos otro tipo de daños al medio ambiente social, el daño ambiental con efectos visuales, como ocasionado por grandes luminarias publicitarias, los mismos que producen estímulos negativos o perjudiciales que afectan la salud visual de las personas<sup>320</sup>. Respecto a la contaminación visual aún no se tiene noticias, sobre casuística, referida a la responsabilidad civil por contaminación visual, en el sentido estricto del término.

De todo lo analizado, se observa que los daños al medio ambiente social, es una problemática aún no estudiada en toda su magnitud, y no ha merecido atención de la legislación específica, pese a que los referidos daños ambientales, son notorios, y tienen grave repercusión colectiva, sobre todo los daños ambientales tecnológicos, y los radioactivos, electromagnéticos, lumínicos sonoro, o visual, no obstante, nada impediría que se plantee demandas sobre responsabilidad civil por daños ambientales tecnológicos, por dicho vacío legislativo, deberán ser llenados de contenido con una legislación específica de responsabilidad civil, a fin de no dejar en indefensión a las sociedades frente a estos daños que sufre día a día como producto de la vida urbana moderna.

##### **5.- El daño patrimonial, personal y moral ocasionado por el daño ambiental.**

Partiendo de un concepto más o menos admitido de daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, siguiendo a ÁLVAREZ LATA, el daño ambiental se puede traducir en un daño particular o personal. Ello acontece cuando la lesión o menoscabo al medio afecta también a los derechos, intereses jurídicamente protegidos o cualesquiera otro interés o atributo de un sujeto. El deterioro o degradación ambiental actúa de elemento trasmisor del propio perjuicio que acaba proyectándose en la esfera personal o patrimonial de un sujeto; se habla, entonces, de daño ambiental tradicional. Así definido, este tipo de daño encaja plenamente en la acción de responsabilidad civil, en tanto que se constituya en un daño que afecta a un sujeto identificable (víctima) que es legitimado activo en la acción del artículo 1902 CC español y en general, en las acciones de resarcimiento de daños<sup>321</sup>. Y similarmente, en el sistema de responsabilidad peruano, el daño patrimonial, personal y moral ocasionado por el daño ambiental, está establecido en el artículo 1969 del Código Civil, norma general de la responsabilidad civil, y el artículo 1985 del Código Civil que establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el “lucro cesante”, el “daño a la persona” y el “daño moral”, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido". Esto es, el daño ambiental comprender el patrimonial, y el daño no patrimonial.

El daño, no patrimonial está comprendido por: A) los daños *personales* por el daño ambiental, integrado a su vez por: a) El daño *biológico o físico* causado por el daño ambiental; b) los daños *personales* que afectan a colectivos ocasionados por el daño ambiental y B) *el daño moral* por el daño ambiental, el mismo que está integrado por: a) el daño moral espiritual o psíquico causado por el daño ambiental y

---

<sup>319</sup>ANDIA CHÁVEZ, Juan, “Manual de Derecho Ambiental”, Op. Cit., pág. 54-57.

<sup>320</sup>ANDIA CHÁVEZ, Juan, “Manual de Derecho Ambiental”, Op. Cit., pág. 54-57.

<sup>321</sup>ÁLVAREZ LATA, Natalia; “Tratado de Responsabilidad Civil”; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003, pág. 1706

b) los daños morales por el truncamiento de las *expectativas personales o pérdida de oportunidad*; c) el daño *moral colectivo* por efectos del daño al medio ambiente; d) el *daño moral ecológico*. Todos, estos elementos del daño patrimonial y no patrimonial, corresponden ser analizados a continuación.

### 5.1.- Los daños patrimoniales causados por el daño ambiental.

De primera intención en el derecho civil clásico, encontramos fundamentalmente dos grandes categorías de daños, que parecen estar en condiciones de comprender la multiplicidad de situaciones que se presentan en la práctica, “*el daño patrimonial y extra patrimonial*.”<sup>322</sup> Es necesario puntualizar, que el daño ambiental no golpea en una sola dirección, causando sólo el tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos daños no sólo patrimoniales, sino también extra-patrimoniales (daños personales y morales). Así, en el estudio del *daño ambiental*, se pueden dar dos situaciones, el daño al patrimonio de los individuos, y el daño patrimonial por el daño al medio ambiente puro. Respecto al daño patrimonial a los individuos, no ofrece mayor dificultad, pues se sabe que es de dos clases: *el daño emergente*, es decir la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el *lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibirse a las personas y a sus bienes<sup>323</sup>. Así, la ocurrencia de un daño ambiental, puede tener efectos lesivos en el patrimonio de un individuo o en los grupos sociales o colectivos, esto es puede haber daños patrimoniales derivados de los deterioros del medio ambiente puro o daños estrictamente ecológicos. Por lo que, el daño ambiental, ocasiona daños patrimoniales tanto a los individuos, como a los colectivos.

No obstante, esta situación clara desde el punto de vista teórico, no lo es para el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, en especial para la jurisprudencia<sup>324</sup>, pues hay reticencias a reconocer la reparación de los efectos patrimoniales y personales de los daños ambientales en las personas, como efecto negativo del Primer Pleno Casatorio, emitido a propósito de un caso sobre responsabilidad civil por el daño ambiental, ocasionado por la empresa minera *Yanacocha*, a consecuencia del derramamiento de mercurio en el pueblo de *Choropampa*, siendo que en materia ambiental. La Corte Suprema en lugar de proteger a las demandantes, desarrolló una irregular teoría según la cual se asimila la transacción extrajudicial con la judicial, aceptando con ello una excepción procesal, en perjuicio de las víctimas del derrame de mercurio. Negando una indemnización acorde con el perjuicio ocasionado a los familiares y víctimas de este hecho<sup>325</sup>. Este pleno casatorio, que debió abrir las puertas de la justicia en materia de responsabilidad por daño ambiental, resolvió en contra de la posibilidad de que los daños ambientales serán reparados en su integridad, situación que hasta la fecha no ha cambiado, pues el indicado pleno casatorio sigue vigente.

Por otro lado, existe escepticismo en la doctrina y en la legislación sobre la reparación patrimonial del daño ecológico puro, en razón a que como precisa STUART BELL, por lo que hay un camino por

---

<sup>322</sup>FERNÁNDEZ DE CASTRO DEL CASTILLO, Ximena y SERRANO DEZA, Olga Rosa, “*Responsabilidad Civil Extracontractual por el uso de vehículos automotores*”, Bogotá, 1998, Pontificia Universidad Joveniana, pág. 225.

<sup>323</sup> Véase Capítulo IV, sobre la extensión de la reparación del daño.

<sup>324</sup> Véase, Gráfico N°8 (Anexo I de la presente investigación), se observa el impacto que tiene la desestimación de casos por parte de la Corte Suprema, de Indemnizaciones con Responsabilidad Civil Extracontractual por daños Ambientales con efectos en las personas, lo cual genera una situación de no confianza en el Sistema de Justicia por parte de las personas lo cual trunca sus expectativas de Justicia. Por su parte en el Gráfico N°9 podemos observar que del total de Casaciones publicadas en el Diario oficial el peruano durante el año 2009 no se aprecian casaciones por responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental las cuales pertenecen a una materia diferente de las casaciones por indemnización por daño ambiental con efectos en la salud de las personas. Autora: Mercedes Manzanares C.

<sup>325</sup> A las víctimas del pueblo de *Choropampa*, sólo les quedara acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde seguramente le darán la razón a la luz de lo dispuesto por los artículos 10° y 11° del Protocolo de San Salvador. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 39-40.

delante, en materia de responsabilidad civil ambiental pues las evidentes limitaciones del derecho privado están esencialmente dirigidas a proteger los derechos individuales o derechos relativos a la propiedad<sup>326</sup>, y no está pensada para resolver los derechos de los colectivos, y menos para la reparación de bienes ambientales, los mismos que no tienen valor en el mercado.

Ello, se explica, por que los requisitos que necesariamente debe cumplir el daño para poder ser reparado mediante la aplicación del mecanismo de la responsabilidad civil tradicional, normalmente no se adecúan a la naturaleza *suigeneris* del daño ecológico puro, puesto que, como habrá ocasión de constatar más adelante, ni suele ser cierto, ni personal. Por lo tanto, esta situación conduce en la práctica obliga a una forzosa humanización del daño ecológico mediante la búsqueda de cualquier elemento que atente a la esfera privada con el fin de conseguir su ansiada reparación en el ámbito civil.<sup>327</sup> A ello se aúna los problemas de la legitimación activa para denunciar el daño ambiental, la dificultad de la prueba del nexo causal o la evaluación del daño ecológico, algunos los ordenamientos jurídicos optan, por afirmar que resulta imposible la reparación del daño ambiental en el ámbito de la responsabilidad civil y que por tanto solo se podrá conseguir a nivel del Derecho Público, escepticismo que viene siendo superado por el derecho civil moderno.

Así tenemos que en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental en el derecho español, en relación a la reparación patrimonial del daño ecológico puro, RUDA, observa, que esta problemática, es extraña al derecho español pues<sup>328</sup>, y que más bien, procede de otros países<sup>329</sup>. Esto importa que al plantearse posibles reclamaciones por dicho concepto sea conveniente echar un vistazo a las experiencias foráneas. De hecho, el daño patrimonial puro suele verse en ellas con bastante recelo, pues está muy extendido el temor a que se planteen tantas reclamaciones por este concepto que se extiendan hasta lugares muy lejanos, desborde el sistema y no pueda decirse dónde acaba el daño. Lo que corresponde en estos casos es recurrir al sistema general de responsabilidad, establecida en el Código Civil, y aun cuando no contenga una cláusula específica sobre responsabilidad civil ambiental, ello no implica que los daños ambientales no puedan ser indemnizados, vía interpretación amplia de las normas generales.

---

<sup>326</sup> The way ahead? Civil liability in statutes and EC proposals. One of the obvious limitations of private law controls such as nuisance law is that they are essentially aimed at protecting individual rights, or rights relating to property. As cases like Cambridge Water and Hunter show, many judges are clearly reluctant to develop these mechanisms so that they are directly concerned with environmental protection. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Giuvrav LLB Hons, MA, *“Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment”*, Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, page. 285- 286.

<sup>327</sup> GOMIS CATALA, Lucia, *“Responsabilidad por daños al Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 64 - 65.

<sup>328</sup> Por su parte, el Tribunal Supremo *ha admitido implícitamente el carácter resarcible del daño patrimonial puro* sufrido por acuicultores que experimentaron pérdidas de ingresos como consecuencia de la prohibición administrativa de seguir ejerciéndose su actividad por la contaminación administrativa de seguir ejerciendo su actividad por la contaminación del litoral de Huelva. La reclamación sólo fracasó por falta de nexo causal entre este daño y la actuación de la Administración demandada (STS 3º, Sección 6º, de 7.2.1998 [RJ 1998/1444], FFDD 2º y 3º). RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, *“La tipología de los daños causales por el Prestige”*, GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, *“La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige”*, Edit. CUSTEL, Primera Edición, Madrid-España, 2007, pág. 86-99.

<sup>329</sup> En muchos países donde existe un régimen legal especial sobre responsabilidad medioambiental –como Alemania, Dinamarca o Italia- éste excluye el resarcimiento de los daños patrimoniales puros. No obstante, algunos países –como Suecia o Finlandia- parecen ser más flexibles cuando se trata de un daño patrimonial puro sobre responsabilidad medioambiental (...) prevé que sea indemnizable el daño patrimonial que no esté relacionado con un daño a las personas o a las cosas, a condición de que no sea pequeño o insignificante, lo cual excluye los llamados daños bagatela (...). El problema consiste en mantener esta indemnización dentro de ciertos límites. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, *“La tipología de los daños causales por el Prestige”*. GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, *“La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige”*, EDIT. CUSTEL, PRIMERA EDICIÓN, MADRID-ESPAÑA, 2007, pág. 86-99.

En América Latina, la doctrina argentina tiene claro que *la reparación del daño ambiental puro* restablece el derecho colectivo vulnerado, y que no solo se debe indemnizar un derecho individual, siendo su objeto de reparación diferente al daño tradicional pues está de por medio el daño a un bien de la colectividad, como lo es el medio ambiente puro con repercusiones sociales y ecológicas, pues afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes, esa es la razón, como sostiene HENAO, su defensa o su reparación, no puede estar sólo en cabeza de cada damnificado, sino que tiene que ser colectiva, como lo es también el daño causado. Entonces, el daño se produce directamente al ecosistema e indirectamente al ser humano que se sirve de éste, y es por ello que la persona sólo puede reclamar en favor del ecosistema gracias a su relación con éste.<sup>330</sup> El sistema argentino, tiene claro que el daño ambiental ocasiona daños patrimoniales a la colectividad; lo que tomarse en cuenta para efectos de determinar la extensión de la reparación de los daños ambientales.

En este aspecto, el derecho civil, tiene mucho por aportar, y en donde se deben centrar los esfuerzos para lograr criterios jurídicos que permitan *la reparación* de este tipo de daños al medio ambiente. Como bien se dice “sobre los daños causados a la biodiversidad no existen normas ni criterios suficientemente desarrollados (...) motivo por el cual habrá que elaborarlos”.<sup>331</sup> Por lo que coincidimos con BERGEL cuando sostiene que *la reparación* de daños ecológicos requiere un tratamiento muy particular. No es sólo para reparar los daños directos sufridos por las víctimas en las personas o bienes, sino también, tal vez más importante aún, para reparar los daños sufridos por el propio medio ambiente, que afectan el equilibrio ecológico considerado como patrimonio colectivo. Algunos autores también han abogado por el reconocimiento de los daños directos en el medio ambiente, sin tener en cuenta sus repercusiones en las personas y la propiedad”.<sup>332</sup> Por tanto, es necesario repensar sobre el tema, pues tiene las formas de reparación, del daño ambiental, por un lado, el daño a la persona y a su patrimonio y por otro el daño patrimonial al medio ambiente.

## 5.2.-Los daños personales por los daños ambientales

En lo concerniente a los daños personales<sup>333</sup>, existe una relación con el daño ambiental, es necesario precisar, que el ser humano es una unidad psicosomática, por lo que los daños se producen cuando se

---

<sup>330</sup>El derecho de dominio, así sea con la consustancial función social y ecológica, lo ejerce el propietario (...). Esta posición se refuerza por la “función social de la propiedad que implica obligaciones”, según manda el artículo 58° de la Constitución, en el cual, además, se afirma expresamente que “como tal, le es inherente una función ecológica”. Lo anterior supone “que el derecho de propiedad ya no es un derecho subjetivo, sino que da lugar a la concepción de función social, según la cual la garantía de la propiedad privada queda condicionada a que ella responda a los intereses de la colectividad. El titular debe actuar de forma que además de no causar perjuicios a la comunidad, garantice que el uso de la cosa reportará beneficios a ésta”(…). Que la indemnización que se reconoce al propietario sea o no suficiente para indemnizar el *daño ambiental puro* es otra discusión(...) la Convención de Lugano, es en donde se señala que da lugar a reparación toda pérdida o daño que resulte de la alteración del medio ambiente, en el que se entienden comprendidos recursos como el agua, el aire, la fauna y la flora, así como la interacción entre ellos. HENAO, Juan Carlos, “Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 146-147.

<sup>331</sup>HENAO, Juan Carlos, “Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 147-150.

<sup>332</sup> La réparation des dommages écologiques suppose un régime très particulier. Il s'agit, non seulement de réparer le préjudice direct subi par des victimes dans la personne ou dans Lieurs biens, mais aussi, peut-être surtout, de réparer les atteintes subies par le milieu naturel lui-même, qui affectent l'équilibre écologique considéré comme le patrimoine collectif. Certains auteurs ont d'ailleurs préconisé la reconnaissance d'un dommage direct à l'environnement, indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens. Ainsi convient-il de repenser, en la matière, à la fois les conditions d'ouverture de l'action en réparation et les formes de la réparation. Jean-Louis BERGEL, « Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En (Ouvre Du Droit De L'environnement », Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Ouvre Et Sanction Du Non-Respect » Editions La Documentation française, 2000 – Paris, Pag. 168-171.

<sup>333</sup> i) Durante la Cumbre de la Tierra de 1992, la Comisión sobre Salud y Medio Ambiente de la OMS presentó una evaluación sobre la relación entre salud y medio ambiente en el contexto del desarrollo. El informe de la Comisión constituyó una

lesione la integridad física del sujeto, o su aspecto psicológico, el mismo que a su vez integra el concepto de daño moral<sup>334</sup>. Respecto al daño “biológico” de un individuo por el daño ambiental, con frecuencia, se genera la afectación a la salud física<sup>335</sup> producida como consecuencia de la ocurrencia de los daños ambientales<sup>336</sup>. Como ha quedado indicado el medioambiente representa fundamentalmente en torno en el que se desarrolla una persona en la medida en que el medio ambiente o alguno de los elementos que lo integran se vean afectados, también altera a las personas. En el derecho peruano, los daños personales, se encuentran establecidos, en el artículo 1985 del Código Civil Peruano de 1984<sup>337</sup>, que establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño ambiental. La lesión de cualquier clase suele entrar en perjuicio patrimonial, cuya evaluación constará de diversos componentes, desde los gastos de sanidad y las ganancias dejadas de obtener durante el período de curación, ante las consecuencias puramente patrimoniales. Así, por ejemplo, la contaminación de un río y de los peces que habitan en ella, pueden generar enfermedades en las personas que deben su agua, que comen de sus peces, en ese sentido, el daño al medio ambiente puro y a la salud son, por conceptos distintos, y a la vez íntimamente unidos, pues los daños ambientales provocan efectos perjudiciales en la vida de un ser humano.

### 5.2.1. El daño biológico o físico causado por el daño ambiental.

El daño biológico o físico causado por el daño ambiental, afecta a la vida o la integridad física o corporal de manera individual, como colectiva. Es la consecuencia más sensible de los daños ambientales, pues mayormente son las poblaciones más desprotegidas las que sufren el impacto de los daños ambientales. Se observa, que tanto en la doctrina como la jurisprudencia<sup>338</sup>, no se duda en reconocer que el daño físico es un componente del daño al medio ambiente, cuyos efectos son muchas veces gravísimos. Así, tenemos que la doctrina jurisprudencial argentina<sup>339</sup> ha reconocido la reparación en los casos de daños a la salud y

---

contribución importante a la CNUMAD y *colocó a la salud en el primer lugar de los programas sobre medio ambiente y desarrollo*. El primer principio de la Declaración de Río afirma que los seres humanos tienen derecho a una vida sana. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “*La Salud y el Ambiente en el desarrollo sostenible*”, Edit. Organización Mundial de la Salud, Washington D.C-EUA, 2000, pág. 225.

<sup>334</sup>TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 58 – 61.

<sup>335</sup>La degradación del medio ambiente ha generado así una patología ambiental derivada de la contaminación química del aire y de la exposición a desechos industriales, productos agroquímicos y sustancias tóxicas: plomo, plaguicidas, arsénico y asbesto. Así, *México registra uno de los índices más altos de plomo en la sangre y de DDT en leche materna, del mundo*. En la ciudad de México se han detectado concentraciones de plomo hasta de 5 microgramos/m<sup>3</sup>, en el aire, 20 microgramos/100 ml en la sangre de las madres y 13 microgramos/100 ml en el cordón umbilical, que se asocian al retraso del desarrollo mental de los niños en los primeros años de vida y al saturnismo que ocupa- según el Instituto Mexicano del Seguro Social- el cuarto lugar entre las enfermedades profesionales (Finkelman, 1990). LEFT, Enrique, “*Medio Ambiente y Desarrollo en México*”, En: “*Situación Actual en América Latina*”, Edit. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG A.C., CIEDLA, Argentina, pág. 440.

<sup>336</sup>Todo el que haya disfrutado de un relajante paseo campestre habrá sentido el efecto benéfico del medio ambiente sobre la salud mental. Igualmente, cualquiera que haya viajado en un microbús repleto de pasajeros, vivido cerca de un ruidoso edificio en construcción o aspirado el aroma de un montículo de basura, estará de acuerdo en que *el estado anímico* o incluso el comportamiento de una persona pueden alterarse a causa de lo que nos rodea. Nuestro estado físico y *anímico*, nuestra forma de sentir y actuar, son fuertemente influidos por el ambiente geográfico y social. DE LA CUBA RESTANI, Adolfo, “*Medio Ambiente y Salud Mental*”, Revista L” imagineaire, Revista de Cultura de la Alianza Francesa, Año 1, N° 3, octubre 1991-Lima-Perú, pág. 33.

<sup>337</sup>TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 34-35.

<sup>338</sup>MARTÍNEZ, Isabel, “*El Acceso a la Justicia Ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la Década de 1990*”, Edit. SEMARNAP PROFEPA, Primera Edición, México, 2000, pág. 36-41.

<sup>339</sup>Expediente Nro. 93.318. 30/06/94. CNCiv, Sala I-Dante Duarte y otros contra Fabrica Argentina de Vidrios y Revestimiento de Opalinas Hurlingham, SA. Dante Duarte (...). La demanda se motivó en los sufrimientos físicos y posterior muerte del Sr. Duarte. Los padecimientos se imputaron al arsenismo crónico provocado por la contaminación ambiental originada por la explotación comercial de la demandada. La fábrica utilizaba y vertía los desechos en una zanja que corría frente a la casa de los Duarte. Estos desechos contaminaron los pozos de agua de donde los Duarte y demás vecinos obtenían el agua para uso doméstico. Por años los vecinos presentaron denuncias y demandas contra la fábrica (...). Los informes médicos probaron que el



posterior, en un caso en concreto, referido al caso de la muerte del señor Duarte. Los padecimientos se imputaron al esenismo crónico provocado por la contaminación ambiental originada por la explotación comercial de la Fabrica Argentina de Vidrios y Revestimiento de Opalinas Hurlingham, S.A. En donde se declaró fundada la demanda y se condenó a la fábrica de Opalinas Hurlingham a pagar a las acciones la suma demandada (lucro cesante, daño moral, gastos de atención) con su interés e impuso costas a los actores.

A efectos de la reparación, del daño biológico o físico causado por el daño ambiental, se tendrá en cuenta indicadores que determinen, a través de un perito médico: a) El daño real producido por el tratamiento, teniendo en cuenta los estados patológicos preexistentes, las características y circunstancias del perjudicado y el carácter estacionario, progresivo o regresivo de la secuela; b) la repercusión anatómica, funcional, estética, psíquica y extracorpórea (entendiendo tal repercusión de la secuela sobre otras personas, cónyuge, hijos, padres, etc.); c) la posibilidad del grado de reparación mediante tratamientos farmacológicos, físicos, quirúrgicos, etc.; d) las limitaciones que las secuelas producen en la vida de relación socio familiar y laboral; e) el costo de los cuidados médicos o asistenciales que con carácter puntual, transitorio o permanente necesita la persona; f) el grado de los cuidados médicos o asistenciales que con carácter puntual, transitorio o permanente necesita la persona; g) el análisis del balance: beneficios que se alcanzaron y perjuicios que se han originado<sup>340</sup>; h) el tipo de lesiones sufridas; i) la duración de la invalidez temporal (como imposibilidad de llevar a cabo las ocupaciones ordinarias); j) si tal invalidez ha influenciado o puede influenciar sobre la actividad laboral desarrollada por el dañado<sup>341</sup>, entre otros criterios, perfectamente aplicables, en caso de un daño ambiental con efectos consecutivos en la salud de un ser humano, observándose que hay una vinculación entre el daño ambiental y las lesiones personales al ser humano.

Tal como se aprecia, los daños ambientales, dañan a la persona en su salud física, es el daño somático en sentido estricto, pues son lesiones que mutilan el soma de manera irreparable, y que deben ser valorizadas por el juez independientemente de las consecuencias que esta pérdida pueda ocasionar en la existencia ordinaria o cotidiana de la persona, teniendo en consideración las actividades propias de la víctima, su profesión, su proyecto de vida y otras circunstancias afines<sup>342</sup>. En la casuística, se observa, la existencia del daño biológico a consecuencia del daño ambiental ha ocasionado en las personas, como las enfermedades crónicas ocasionada por la contaminación de mercurio o los daños al cuerpo por efecto de la radioactividad, que ameritan ser reparados eficazmente.

---

Sr. Duarte sufría de hidroarsenicismo crónico regional endémico, productos de la contaminación por arsénico originada en la fábrica (...) El Tribunal dio valor probatorio de los exámenes periciales que solicito a distintos institutos y organismos oficiales. Se destaca las conclusiones del Instituto de Oncología Ángel H. Roffo: -Existe una relación causal entre el arsénico y el cáncer. - Los arsenicales inorgánicos pueden ser absorbidos por inhalación, ingesta y por la piel. -El periodo de latencia entre la primera exposición al agente ya la aparición clínica del tumor puede tomar hasta 30 años y más. -La mortalidad por cáncer respiratorio puede ser ocasionado por la contaminación por arsénico (...) Responsabilidad de la demandada. MARTÍNEZ, Isabel, *“El Acceso a la Justicia Ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la Década de 1990”*, Op. Cit., pág. 36-41.

<sup>340</sup> GARCIA BLÁZQUEZ, Manuel, *“Manual Práctico de Responsabilidad y defensa de la profesión médica”*; Granada-España; 1997; Edit. Comares, pág. 103.

<sup>341</sup> El daño biológico se identifica con la lesión, considerada en sí misma, causada en relación con algún aspecto de la mencionada unidad psicosomática de la persona víctima del daño. En el daño denominado “biológico” se compromete, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato, causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole y magnitud. ALPA, Guido, *“Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y Cuestiones”*, Op. Cit., pág. 566.

<sup>342</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *“Deslinde conceptual entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y al daño moral”*, Op. Cit., pág. 26.

### 5.2.2. Los daños personales que afectan a colectivos ocasionados por el daño ambiental.

El concepto de daños personales que afectan a colectivos ocasionados por el daño ambiental, está referido al padecimiento general de la población por la pérdida sufrida por el ambiente, es una realidad en materia ambiental. Por ello se ha llegado a sostener que existe un daño moral colectivo con efectos en la vida de las personas, verdaderas incomodidades, alteraciones o sufrimiento, los mismos que muchas veces son obvios, incluso que no requieren prueba para reconocer su existencia, y por tanto se trata de un daño que debe ser reparado.

En torno a este tema, el reconocido ecólogo tropical Luis E. Fernández<sup>343</sup> nos ilustra en un caso concreto de contaminación con mercurio procedente de la minería ilegal en el Perú, sosteniendo que, en todas las comunidades de Madre de Dios se presentan niveles tres veces por encima del límite máximo permisible internacionalmente esto es un gran riesgo para las personas expuestas al metilmercurio, que es la forma más encontrada y la más tóxica<sup>344</sup>. El agua que llega a los centros poblados proviene de ríos contaminados por la minería ilegal<sup>345</sup>, en donde se ha encontrado que los niveles de mercurio en el agua pueden ser muy altos, pero ocurre que hay peces con niveles muy altos y eso hace que el veneno se concentre en la cadena alimenticia. Y, asimismo, hay contaminación por el plomo, que es otro metal pesado muy dañino, también utilizado en de las actividades mineras artesanales, ilegales. Este caso es uno de aquellos que requieren urgente atención por parte del Estado peruano a efectos de que se logre la reparación de los daños ambientales con efectos en la salud de los pobladores de las comunidades de Madre de Dios.

---

<sup>343</sup> Luis, E. Fernández, ecólogo tropical, investigador asociado del Departamento de Ecología Global del Instituto Carnegie. Director del Proyecto Carnegie de Mercurio en el Ecosistema Amazónica (Camep, por sus siglas en ingles), sus reconocimientos: Medalla de Oro (2009), por Servicio Excepcional de la Agencia de Protección Ambiental de Estado Unidos (EPA, por sus siglas en ingles), debido a sus investigaciones sobre la dinámica del mercurio en la cuenca Amazónica. FERNÁNDEZ Luis E., *“Problemática de la contaminación con mercurio procedente de la minería ilegal”*, Entrevista, en diario “El Comercio”, 8 de setiembre del 2013-pág. A2.

<sup>344</sup> ¿Cuándo empezaron estas investigaciones? El año pasado, así que tenemos datos recientes, tomamos muestras de pelo a más de 1.000 personas de distintas comunidades de Madre de Dios y encontramos niveles muy altos de mercurio, de metilmercurio, que llega por el consumo de pescado contaminado (...). El mercurio de la minería ilegal llega al río, luego a los peces y después a las mesas (...) el estudio abarcó 28 comunidades urbanas, en Puerto Maldonado, Mazuco e Iberia, y 13 comunidades nativas y pequeñas comunidades rurales no nativas. Todas presentan contaminación por encima de los límites. FERNÁNDEZ Luis E., *“Problemática de la contaminación con mercurio procedente de la minería ilegal”*, Entrevista, en diario “El Comercio”, 8 de setiembre del 2013-pág. A2.

<sup>345</sup> i) La disponibilidad de agua para el consumo humano y para la agricultura, que ya presentaba serios problemas de escasez en los años 1970, se está convirtiendo en uno de los problemas más agobiantes del planeta. Se calcula que solo a cuenta de la salinización, una cuarta parte de la superficie irrigada del mundo ya se encuentra comprometida, lo cual permite esperar la recurrencia de la hambruna que devastó muchos países de África en la década pasada, con su probable expansión a otras regiones del planeta “Asimismo se ha presentado el fenómeno “lluvia ácida” (...) de acuerdo con un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), cerca de 650 millones de personas se encuentran diariamente expuestas a niveles dañinos de Dióxido de azufre”. TURK, Amos; TURK, JONATHAN; WITTER, Janeth, *Ecología Contaminación; medio Ambiente*, Op. Cit., pág. 115. ii) Existen diversos tipos de desechos contaminaste del agua, algunos de ellos son la actividad industrial, especialmente la producción de pulpa y de papel, la elaboración de alimentos y la manufactura química, engendran una gran variedad de productos de desecho que pueden ser descargadas en la corriente de agua. (...) El plomo es un veneno acumulativo, e inclusive pequeñas concentraciones, si están presentes constantemente en el agua potable, podrán conducir a enfermedad grave o a la muerte. El arsénico, que en alguna ocasión se encuentran en las aguas naturales que corren atreves de minerales que contiene arsénico, están bien un veneno cumulativo. Se recomienda que los límites “seguridad del agua potable”, tanto para el plomo como para el arsénico, no sean superiores a aproximadamente 0.01 ppm/cadmio, el cromo y la plata han sido denunciados en ocasiones como contaminantes industriales del agua”. GUIMARAES, Roberto, *“América Latina y los Desafíos de la Crisis Ambiental en medio Ambiente Desarrollo y Paz”*, Op. Cit., pág. 25- 27; iii) la contaminación implica la existencia de elementos nocivos en el agua; impurezas en una cantidad suficiente que pueden causar daño o molestias indirectas. Este daño a veces cuantificable monetariamente y otras veces no (...) es una idea muy general que tenemos todos que debemos definir en términos mucho más precisos, mucho más concretos y más técnicos”. SCHIFFINI, Juan Pablo. *“La Contaminación del Agua en presente y futuro del Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 54.

En EEUU, también se ha detectado casos de daño a la salud por contaminación de ríos, al respecto, Andrew HARDING, refiere un caso ocurrido en dicho país, detectado por el Centro de la Raza, la Pobreza y el Medio Ambiente (CRPE)<sup>346</sup>, conocido como el asunto de la reubicación de Kivalina en donde opera la mina de zinc más grande del mundo en el área rural de Alaska, mina que arrojó vertidos en el río Wulik. Para esta descarga, la empresa Teck Comineo operaba bajo un permiso expedido por la EPA bajo la ley de agua limpia, siendo que a fin de encarar dicha problemática los aldeanos formaron un comité denominado “Kivalina Reubicación Planificación Comité” (KRPC)<sup>347</sup>, compuesto por los aldeanos de Kivalina, cuyos habitantes son miembros de una tribu nativa de esquimal. El KRPC fue creado para ayudar a la aldea a trasladarse a otra posición en el río Wulik, pues su ubicación no era sostenible, en razón a que los miembros de KRPC, y otros aldeanos, comenzaron a notar llagas y heridas que supuraban a raíz de la ingesta del pescado que se capturaba en el río, que se consumía como estilo de vida, de subsistencia. Cuando empezaron a preguntarse sobre el cambio en las condiciones el CRPE y el KRPC, se advirtió que la mina había estado violando su permiso de ley de agua limpia casi a diario desde que empezó a operar, por lo que se denunció la violación de la ley de agua limpia contra la empresa Teck Comineo por más de 3.000 violaciones desde su permiso de funcionamiento. La ley del agua limpia, permite a los ciudadanos denunciar en contra de las empresas, en su propio interés, cuando han sufrido un daño como consecuencia de las violaciones.

El Tribunal del distrito, dictaminó que los demandantes tenían derecho al desagravio por mandato preliminar para la discriminación de impacto ambiental, basada en la violación de reglamentos de aplicación de la EPA (título VI). La Corte aclaró que no se crea con ello un derecho privado de acción fallando a favor de los demandantes y sostuvo que el proceso de permisos de NJDEP resultaron con un impacto negativo en la comunidad de Costanera Sur y que había violado los derechos civiles de los miembros de la comunidad. Este caso, es un ejemplo de los efectos de un daño ambiental, con efecto en la salud física de pueblos enteros, ésta es la consecuencia más sensible de los daños ambientales, pues mayormente son las poblaciones más desprotegidas las que sufren el impacto en su salud.

---

<sup>346</sup>The Centre on Race, Poverty and the Environment. The CRPE is located in San Francisco, California with a satellite office in Delano, California in the heart of the Central Valley 211 As a part of the Rural Legal Assistance Foundation, CRPE maintains an office in Delano to provide legal services to migrant farm workers, which make up a majority of the local population. Luke Cole, the Director of CRPE, represented the residents of Kettleman City and helped create the modern environmental- justice movement. CRPE focuses on national, state, and local issues. Two current cases help to highlight the current environmental-justice struggle: The Kivalina Relocation Planning Committee v Teck Comineo, Alaska and the Title VI claim filed with the Department of Energy on behalf of the residents of Blythe, California. These cases are explained in detail in the following sections. HARDING, Andrew, “Access to Environmental Justice a Comparative Study”, Edited MARTINUS- NIJHOFF, 2007, Leiden-Boston-USA, page. -336-349.

<sup>347</sup>The Kivalina Relocation Planning Committee Case (...)The district court, however, remained firm that the NJDEP permitting practices resulted in a disparate impact on the Waterfront South community 192 The court ruled that the Sandoval decision did not preclude Plaintiffs from pursuing their claims for disparate impact discrimination, in violation of the EPA's implementing regulations to Title VI, under 42 USC § 1983.193 As such, the court ruled that Plaintiffs were entitled to preliminary injunctive relief for disparate impact discrimination based upon the violation of the EPA's implementing regulations to Title VI as brought under 42 USC § 1983. In coming to this conclusion, the court notes that the Sandoval decision was explicitly limited to the determination that Section 602 does not create a private right of action. The court clarified that while a Section 602 itself did not create a private right of action, it did not mean that Section 602 could not be enforced by a private cause of action. Sandoval did not affect Plaintiffs right to bring a claim for disparate impact discrimination in violation of the Section 602 regulations under Section 1983(...) the court concluded that there was not another existing mechanism that could provide recourse such that section 1983 would not be needed. The court then held that, 'Plaintiffs may enforce the disparate impact regulations promulgated by the EPA pursuant to 602 of Title VI under 42 USC 1983', and accordingly, the court's original order was to remain in full force and effect. The court legitimated the idea that communities of color and poor communities bore a disproportionate amount of environmental harms. HARDING, Andrew, “Access to Environmental Justice a Comparative Study”, Op. Cit., page. -336-349.

Tal como se aprecia, los daños ambientales, dañan a la persona en su salud física,<sup>348</sup> es el daño somático en sentido estricto, pues son lesiones que mutilan el cuerpo de manera irreparable, y que deben ser valorizadas por el juez independientemente de las consecuencias que esta pérdida pueda ocasionar en la existencia ordinaria o cotidiana de la persona, teniendo en consideración las actividades propias de la víctima, su profesión, su proyecto de vida.

### 5.3.- El daño moral ocasionado por el daño ambiental

La reparación del daño moral es histórica, esto es, no es cuestión nueva en el campo del derecho: se remonta a antiguos tiempos<sup>349</sup>, desde la época primitiva en la que se indemnizaba a través de la venganza privada, pasando a épocas del derecho romano en que el pago de la indemnización era pecuniaria, hasta tiempos más recientes iniciada con la emisión del código francés, donde se estableció legalmente el daño moral<sup>350</sup> y actualmente el daño moral en estricto sensu es aquel que no tiene ningún contenido patrimonial y que afecta al mundo inmaterial, incorporeal, y de los sentimientos. En el derecho español, cabe una indemnización por daño moral en materia ambiental, aun cuando no hay un daño patrimonial, la problemática se centra en la apreciación de los daños morales, no patrimoniales, o no económicos, los extra patrimoniales, que por todos estos adjetivos se les identifica.<sup>351</sup> Esto es, son aquellos que afectan los derechos de la personalidad o derechos extra patrimoniales. RUDA, precisa, que el daño suele dividirse en material y moral. El primero es el causado al patrimonio, a los bienes que lo componen, mientras que el segundo carece de contenido económico y se refiere al sufrimiento o dolor causado a alguien; resulta obvio que los bienes afectados en estos casos, tienen un valor tan elevado que no existe para ellos un mercado, por lo cual puede hablarse de daños no patrimoniales, inmateriales o morales conviene insistir en el carácter resarcible de los daños morales. Se trata de daños a las creencias, a los sentimientos, la

---

<sup>348</sup>FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Deslinde conceptual entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y al daño moral*”, Op. Cit., pp. 26.

<sup>349</sup>Historia: El problema de la reparación del daño moral data de tiempos remotos. Así en épocas primitivas, el instituto de la venganza privada protegía cualquier atentado contra la personalidad, incluso aquellos atentados que se refería a aspectos imponderables de ésta y que como los que atacaban el honor, no se traducían en un perjuicio pecuniario. El derecho romano, que suele mencionarse como típico exponente de la tendencia negativa a reparar el daño moral en virtud de las prescripciones materialistas de la ley *Aquilia*. El daño moral como perjuicio relevante a los efectos de su reparación, y esto no sólo en materia contractual sino también en la zona de la responsabilidad extracontractual. En Roma el ofendido no solo recibía reparación por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones aportadas a su bienestar o a su conveniencia, por los desagradados, las agitaciones de espíritu, las vejaciones, etc., de que hubiera sido víctima (...). En la evolución posterior del derecho, obra en el derecho canónico y por influencia de la escuela del derecho natural. Los factores que incidieron en la transformación del derecho occidental a partir del derecho común, tuvieron como consecuencia el pleno recibo en el campo de la responsabilidad de la relevancia de los daños exclusivamente morales. MOSSET ITURRASPE, “*Daño Ambiental*”, Op. Cit., pág. 150.

<sup>350</sup>En el derecho español la mayor parte de las ocasiones los daños morales acompañan o son consecuencia de los propios daños físicos. Así lo reconocen las sentencias del TS (Sal 1.a) de 10-10-95, de 18-10-99 la de (Sala 3.a) de 26-2-98) y la de la audiencia nacional (Sala de lo contencioso administrativo Secc 40 de 17-6-98)”. DÍAZ ALABART, Silvia y ASÚA GONZALES, Clara, “*Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la enseñanza*”; Madrid, 2000; Editorial Monte corvo, S.A., pág. 152

Así tenemos en la STS de 22 de mayo de 1995 (RJA 4089),(Actualidad jurídica Aranzadi).Respecto del daño moral por el que también se reclama, se trata de un tema controvertido, pues es difícil cuantificar el perjuicio psicológico del enfermo que pudiendo ser diagnosticado de una dolencia muy grave el día 9 de julio ,s e le deja padecer su evolución y falta de tratamiento durante quince días; no conocemos en qué grado pudo agravarse la enfermedad en esos días en que pudiendo ser tratada no se hace así por falta de diagnóstico, pero estimamos razonable compensar ese período de incertidumbre y padecimiento, así como las posibles consecuencias del retraso en el tratamiento, estableciendo una indemnización de 6,500.00 ptas. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, “*La responsabilidad médico sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración*”, Valencia, 1997, Edit. Práctica de Derecho .S.L., pág. 177.

<sup>351</sup>Y no solo en su demostración, sino también en su reparación por vía económica. Siendo como son, innatos al hombre y sin reflejo patrimonial directo, en un principio no se consideró oportuna la reparación vía responsabilidad extracontractual, al entenderse que era imposible una equiparación monetaria del daño sufrido, o en que la misma siempre habría de ser arbitraria, al fijarse por el juzgador sin base en elementos objetivos de ningún tipo insuficientes”. MORENO TRUJILLO, Eulalia, *La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*, Op. Cit., Pág. 268.

estima social, la salud psíquica y similar.<sup>352</sup> Por lo que corresponde analizar este concepto, en relación a los daños morales ocasionados por los daños ambientales.

Corresponde analizar la posibilidad de que el fundamento técnico-jurídico que justifica la reparación del daño moral a nivel del daño en general, es posible de ser aplicado al daño moral como efecto del daño ambiental, siendo que, el derecho no puede reducir su esfera de protección a los intereses patrimoniales, a su integridad física, sino también el daño moral colectivo por el daño al medio ambiente puro. RUDA, observa que el daño moral derivado del deterioro del medio ambiente, es aquel que se puede sufrir como cualquier otro daño tradicional.<sup>353</sup> Partiendo de que el daño moral, es aquel que tiene carácter no patrimonial, es posible reparar el daño moral ocasionado por el daño ambiental.

Existen algunos sistemas legales que admiten, el principio la reparación del daño moral<sup>354</sup>, otras legislaciones, aportan a esta reparación algunas cortapisas en función de diversos criterios<sup>355</sup>. No obstante, la orientación del derecho comparado es favorable a la reparación del daño moral hasta el punto de poderse afirmar que, este asunto ha dejado de ser ya un problema de consideración. En el derecho moderno, son realmente una minoría los autores que en la actualidad se muestran contrarios a la reparación del daño moral<sup>356</sup>. Prácticamente no existen legislaciones que en forma expresa impidan su resarcimiento, y la jurisprudencia, salvo circunstancias especialísimas, se muestra por entero favorable a la reparación de los daños morales. Por lo que hoy en día no hay duda del carácter indemnizable del pretium dolores<sup>357</sup> al cual también se le identifica con el daño psicológico<sup>358</sup>. Tal situación se observa, a

---

<sup>352</sup> Los Tribunales se refieren a sentimientos como la ansiedad, inquietud, pesar o pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre e intranquilidad (entre otras, SSTS de 22.5.1995 [RJ 1995/4089], FD 2º y 3.11.1995 [RJ 1995/8353], FD 3º), así como el estrés, dificultades, para descansar, memorizar, concentrarse, comunicarse verbalmente, disminución de la capacidad de reacción o del rendimiento físico e intelectual, o sentimientos de miedo, impotencia, malestar, desasosiego e irritación (en un caso de ruidos causados de noche por un bar musical, SAP Córdoba, Sección 2º, de 24.4.2004 [La Ley 2004/1597], FD 8º). RUDA GONZALEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”, En: GARCIA RUBIO, MARIA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, EDIT. CUSTEL, PRIMERA EDICCIÓN, MADRID-ESPAÑA, 2007, pág. 60-67.

<sup>353</sup>RUDA GONZALES, Albert, “*El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*”. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universidad de Girona, Girona- España, 2005, pág.229.

<sup>354</sup>En Francia a partir de 1833, fecha en que la Corte de Casación, siguiendo las directivas del procurador general no vacila en aceptar la reparación del daño moral. La evolución posterior fue cada vez más favorable a la reparación de este tipo de perjuicios, hasta el punto que RIPERT ha podido decir que no existe en la actualidad ninguna vacilación en jurisprudencia acerca de la procedencia del principio de la reparación de los daños morales. Idéntica solución adopta la jurisprudencia belga y la italiana, que ha aceptado siempre la reparación del daño moral en el más amplio sentido que puede atribuirse a esta expresión.

PEIRANO FACIO, Jorge, “*Responsabilidad extracontractual*”, 3º Edición, Temis, Bogotá, 1981, pág. 386-387.

<sup>355</sup> El temperamento adoptado por el Código Civil brasilero, de acuerdo al cual se acepta la reparación de los daños morales en materia de delitos penales, pero no en caso de delitos o cuasidelitos civiles.(...)Contrastando con esta limitación de algunos regímenes del derecho comparado acerca de la reparación del daño moral, la jurisprudencia, acorde con la doctrina, admite la más amplia resarcibilidad de este tipo de daño, como en Francia, Bélgica, Argentina, Italia , España , Ecuador , Colombia y Perú, entre otros. GIL BARRAGÁN, Romero, “*Elementos del daño moral*”, Op. Cit., pág. 155.

<sup>356</sup>PEIRANO FACIO, Jorge, “*Responsabilidad extracontractual*”, Op. Cit., pág. 386-387.

<sup>357</sup>Así tenemos en la STS de 22 de mayo de 1995 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi-1995- 4089): se señala: “Respecto del daño moral por el que también se reclama, se trata de un tema controvertido, pues es difícil cuantificar el perjuicio psicológico del enfermo que pudiendo ser diagnosticado de una dolencia muy grave el día 9 de julio, se le deja padecer su evolución y falta de tratamiento durante quince días; no conocemos en qué grado pudo agravarse la enfermedad en esos días en que pudiendo ser tratada no se hace así por falta de diagnóstico, pero estimamos razonable compensar ese período de incertidumbre y padecimiento, así como las posibles consecuencias del retraso en el tratamiento, estableciendo una indemnización de 6,500.00 ptas. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, “*La responsabilidad médico sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración*”, Op. Cit., pág. 177.

<sup>358</sup>La STS de 22 de mayo de 1995 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi- 1995- 4089), Respecto del daño moral por el que también se reclama, se trata de un tema controvertido, pues es difícil cuantificar el perjuicio psicológico del enfermo que pudiendo ser diagnosticado de una dolencia muy grave el día 9 de julio, se le deja padecer su evolución y falta de tratamiento durante quince días; no conocemos en qué grado pudo agravarse la enfermedad en esos días en que pudiendo ser tratada no se

nivel del derecho latinoamericano, y en numerosos fallos que se inclinan en favor de la indemnización del daño moral<sup>359</sup>. Así, el Código Civil peruano estipula, en el artículo 1985, que la indemnización comprende el daño a la persona y el daño moral, por lo que, sí se establece la posibilidad de indemnizar el daño moral<sup>360</sup> y en ese sentido se pronuncia la jurisprudencia, por lo que no hay duda de la reparación del daño moral respecto al daño en general.

Un sector de la doctrina, precisa RUDA, ha sostenido que no es posible admitir la reparación de daño moral, como consecuencia de un daño ambiental, basándose en los siguientes razonamientos<sup>361</sup>: a) el daño moral no debe ser resarcido cuando proviene del riesgo de la cosa, contradiciendo la posición de la aplicación de la teoría del riesgo en materia de responsabilidad civil ambiental; b) se sostiene que cuando la ley establece la reparación del daño moral, tiene en cuenta la existencia de un acto ilícito que ocasiona una lesión en los sentimientos y por tal motivo, cuando el agravio fuere consecuencia de una actividad lícita, no podría la víctima pretender una indemnización de dicho detrimento,<sup>362</sup> posición, en contra de la tesis sostenida en la presente investigación, que aun cuando los daños ambientales sean producto de actividades lícitas deben ser reparados; c) los regímenes convencionales y muchas leyes europeas sobre responsabilidad medioambiental no suelen tenerlo en cuenta, e incluso en la ley alemana avanzada en otros aspectos, impide que se resarciese este daño en supuestos medioambientales.

Otro sector doctrinario, como ÁLVAREZ LATA, observa que en este campo, se está produciendo una notable apertura del daño moral para hacer residir en él las molestias o incomodidades producidas por el deterioro del entorno, ya fundamentadas en un “derecho” a una calidad de vida o a la calidad ambiental, que despunta en algunas sentencias, ya en derechos fundamentales clásicos como la intimidad o la inviolabilidad de domicilio.<sup>363</sup> Por lo que, la posibilidad de ocasionar daño moral al ser humano, como consecuencia del daño al medio ambiente puro es una realidad, debido a que los derechos de la personalidad se insinúan como concretas pretensiones de indemnización<sup>364</sup>, en donde es posible que los

---

hace así por falta de diagnóstico, pero estimamos razonable compensar ese período de incertidumbre y padecimiento, así como las posibles consecuencias del retraso en el tratamiento, estableciendo una indemnización de 6,500.00 ptas. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, “*La responsabilidad médica sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración*”, OP. Cit., pág.177.

<sup>359</sup>PEIRANOFACIO; Jorge, “*Responsabilidad extracontractual*”, Op. Cit., pág. 397.398.

<sup>360</sup>Artículo 1985 del código civil establece que: “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y *el daño moral*, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”. FONSECA TAPIA, César A., “*Manual de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 348.

<sup>361</sup>Posiblemente por ello puede afirmarse que daños consistentes en la pérdida de los servicios recreativos ofrecidos por los recursos naturales como la posibilidad de pasear por las playas, bañarse en ellas, coger plantas o mariscos y otros actos semejantes con anterioridad al vertido no suelen ser objeto de compensación (como muestra por ejemplo el caso AMACO CADIZ), aun que deberían. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*” EN: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 60-67.

<sup>362</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, “*Responsabilidad civil por riesgo o vicios de las cosas*”, Buenos Aires Argentina, 1983, Edit. Universidad., pp. 460-461.

<sup>363</sup> En este último espectro se situaría, para la reciente jurisprudencia, el problema de los daños ocasionados por la contaminación acústica. Álvarez Lata, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; En: Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003, pág. 1702.

<sup>364</sup>La procedencia *del daño moral ocasionada por el daño ambiental y su consecuente indemnización*, requerirá de: a) Un daño al ambiente totalmente irreversible o que su subsanación no pueda ser efectuada en forma íntegra, o que la misma exija el transcurso de extensos periodos de tiempo, b) Daño al hombre en su esfera espiritual. Si bien sería de gran dificultad determinar quien sufrió y sufre una *dolencia espiritual por el daño causado al ambiente*, como así mismo limitar cuanto sucede ese sufrimiento, y por cuanto tiempo, pudiendo desviarse con una finalidad lucrativa, se estima que la judicatura, cumpliendo con el principio rector que le exige resolver no pudiendo dejar de fallar bajo el justificativo o pretexto de la ausencia de normativa aplicable, debiendo en todo caso hacer primar la satisfacción o compensación jurídica al interés jurídico lesionado en pos de una reparación plena, deberá

sentimientos como: la ansiedad, la inquietud, el pesar o pesadumbre, el temor o presagio de incertidumbre e intranquilidad así como el estrés, el dolor, los sentimientos de miedo, la impotencia, el malestar, el desasosiego, la irritación por los ruidos, entre otros sentimientos de angustia, sean posibles de ser reparados a causa del daño ambiental. Y por tanto debe extender su protección a los daños extra-patrimoniales o morales que afectan tanto al individuo, como a la colectividad.

La procedencia del daño moral ocasionada por el daño ambiental y su consecuente indemnización, requerirá principalmente de: i) Un daño al medio ambiente; ii) un daño al hombre en su esfera espiritual; iii) el menoscabo moral sufrido por el accionante debe ser cierto<sup>365</sup>. En ese sentido corresponde la indemnización por daño moral como efecto del daño al medio ambiente. En lo concerniente al daño moral individual<sup>366</sup>, a consecuencia de un daño ambiental, corresponde evaluar los diversos indicadores, que se le puede ocasionar a los individuos, a causa de un daño ambiental: psicológicos, el daño a las expectativas personales o pérdida de oportunidad, entre otros. Así, un caso hipotético, sería el daño moral o sufrimiento ocasionado a un propietario de una casa de campo, por perder la bella vista de un lago azulado que disfrutaba frente a su propiedad ennegrecido por el derramamiento de hidrocarburos. Este dolor es lo que es perfectamente reparable, porque se trata de un sufrimiento causado por un daño ambiental. El daño moral puede desglosarse para fines puramente descriptivos o didácticos, en: a) daños morales pueden ser consecuencia de un daño material o personal o directamente espirituales o psíquicos y; b) los daños morales indirectamente económicos: perjuicios que aminoran las capacidades personales o impiden obtener ingresos.

### 5.3.1.- Daños morales espirituales o psíquicos por el daño ambiental.

Partiendo del concepto clásico del daño moral, estimado en función al “valor espiritual, psicológico, inmaterial, dolor de afección, pena, sufrimiento”<sup>367</sup>, debemos precisar, tal y como ya se anotó, que el ser humano es una unidad psicosomática, por lo que, los daños ambientales, que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique. Desde el punto de vista clásico el daño psíquico o espiritual se valora dentro del daño moral. Ejemplo de ello es el derecho español, en donde es una constante, de que el daño psíquico se considera daño moral<sup>368</sup>, de igual manera, en la jurisprudencia

---

efectuar una evaluación del hecho dañoso, sus consecuencias y derivaciones desde la sana crítica racional, haciendo una cuantificación objetiva - subjetiva, de tipo discrecional. CATTANO, José Luis, “*Daño Ambiental*”, DROMI, Roberto (Director), “*Reparación ambiental*”, Op. Cit., pág. 101-103.

<sup>365</sup>CATTANO, José Luis, “*Daño Ambiental en Reparación Ambiental*”, Op. Cit., pág. 101 – 102.

<sup>366</sup> i) Durante la Cumbre de la Tierra de 1992, la Comisión sobre Salud y Medio Ambiente de la OMS presentó una evaluación sobre la relación entre salud y medio ambiente en el contexto del desarrollo. El informe de la Comisión constituyó una contribución importante a la CNUMAD y *colocó a la salud en el primer lugar de los programas sobre medio ambiente y desarrollo*. El primer principio de la Declaración de Río afirma que los seres humanos tienen derecho a una vida sana. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “*La Salud y el Ambiente en el desarrollo sostenible*”, Edit. Organización Mundial de la Salud, Washington D.C-EUA, 2000, pág. 225.

<sup>367</sup>FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas, en Código Civil*”, Vol. IV, Comisión encargada del estudio y la Revisión del Código Civil. Compilado por Delia Revoredo de Debaquey, Lima, 1985, pág. 88.

<sup>368</sup> La STS de 6 de junio de 1997 (Actualidad jurídica Aranzadi, 24 de Julio de 1997) sobre negligencia médica al no detectar anomalías en el feto con tiempo suficiente para evitar el nacimiento. Daño moral, en donde se señala que ... el daño derivado no es patrimonial, y para su valoración siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógico el montante de la suma reclamada por la parte, ahora recurrente. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, “*La Responsabilidad Médico-Sanitaria y del Personal Sanitario al Servicio de la Administración*”, Edit. Práctica de Derecho. S.L., Valencia, 1997, pág.179.

argentina es común que se considere el daño psíquico como parte integrante de la integridad física<sup>369</sup>, siendo dicho concepto perfectamente identificable. RUDA, precisa, que hay que tener en cuenta que el simple deterioro medioambiental puede perjudicar seriamente el estado psicológico de las personas, de una forma variadísima, como se ha apuntado. A las patologías específicas se añaden otras que no lo son tanto, como astenia, dolores de cabeza, anorexia, depresión y similares.<sup>370</sup> Estos efectos son consecuencias de los daños ambientales, que derivan de tener que vivir en un sitio inadecuado para el bienestar del individuo.

Si bien el derecho comparado, es aún incipiente en reconocer el daño psíquico de manera precisa por motivos de disturbios ambientales, la doctrina, sostiene que es un hecho, que los daños ambientales, producen padecimientos psíquicos o espirituales, en las personas, que determinan su afectación anímica, causando muchas veces nerviosismo, discusiones y peleas familiares; debido, a que los daños ambientales, determinan que las personas, no viven normalmente<sup>371</sup>. Los daños ambientales afectan de tal manera en la salud de las personas, por su envergadura que irremediablemente ocasionan severos daños en la psicología del ser humano. En atención a lo argumentado, el daño psíquico, debe incluirse en la extensión de los daños por reparación del daño ambiental.

El daño psíquico, ocasionado por un daño ambiental, resulta novedoso en la casuística, pues los daños ambientales no sólo afectan a la salud física de la persona, sino muchas veces también alteran la parte psicológica del ser humano. No encontrándose ningún obstáculo para que se pueda reparar dicho daño, posibilitando que se llene de contenido en la medida que se planteen las demandas por responsabilidad civil por daño ambiental. Así un caso emblemático, como el de CHERNOBIL, las víctimas sufrieron no sólo cefaleas, sino depresión, molestias del sueño, incapacidad para concentrarse y desequilibrios emocionales; eventualmente también un menor coeficiente intelectual en los niños. Asimismo, tras el incidente EXXON Valdez, muchos casos de indigencia, quiebra o concurso, alcoholismo y divorcio se han considerado secuelas directas del vertido.<sup>372</sup> Por lo que, está demostrado que la contaminación severa del medio ambiente puede dar lugar a miedos causados por la propia incertidumbre frente a fenómenos nunca vistos ni experimentados.

---

<sup>369</sup>Si antes del suceso la persona gozaba de su integridad física, tenía indudable derecho a conservarla (se aplica también a la integridad psíquica) Ergo, la afectación de esa integridad (física o psíquica) que arroja una secuela que impide temporalmente el restablecimiento del statu quo anterior habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso"; "Considerando la lesión estética y su encaje en la diagramación de los daños se advierte que el bien lesionado afecta la personalidad del individuo en su aspecto estético; es decir se produce una alteración de la integridad bio-psíquica, con un menoscabo de su personalidad en la interrelación cuerpo, mentey espíritu, tomando en cuenta el bien lesionado, el daño estético puede encuadrarse entre los daños inmateriales o extramatrimoniales. GIL BARRAGAN, Romero, "Elementos del daño moral", Op. Cit., pág. 165.

<sup>370</sup>véase STEDH de 9.12.1994 [TEDH 1994/3], § 58, caso López Ostra). Está demostrado que la contaminación severa del medio ambiente puede dar lugar a miedos causados por el desconocimiento sobre la propia situación. FD 5°. RUDA GONZALEZ, ALBERT, "La tipología de los daños causales por el Prestige" En: GARCIA RUBIO, MARIA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, "La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige", EDIT. CUSTEL, PRIMERA EDICCIÓN, MADRID-ESPAÑA, 2007, pág. 60-67.

<sup>371</sup>Las turbaciones son valoradas también de acuerdo con el contexto social y las posibilidades que tienen las víctimas de alejarse del ambiente insalubre, como respecto del arco de tiempo en que fueron soportados los agravios. Asimismo, señala el autor que el daño moral también se ha reconocido en la aplicación del art. 2618°, C. C., porque las molestias a las que este se refiere "provocan una mortificación del ánimo" capaz de perturbar el "derecho a la paz". PASTORINO, Leonardo Fabio, "El Daño al Ambiente", Op. Cit., pág., 175 – 178.

<sup>372</sup>RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, "La tipología de los daños causales por el Prestige" EN: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, "La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige", Op. Cit., pág., 60-67.



Es lógico, que los daños ambientales ocasionen daños psíquicos, pues el medio ambiente es nada menos que el hábitat del ser humano, y al ser dañado, repercute en la calidad de vida del mismo, ocasionando daños psíquicos en las personas, tanto dentro del campo de la neurosis (depresiones, fobias, paranoias, etc., esto es enfermedades con alteraciones en el sentimiento), no obstante, no es común el registro de casos de enfermedad psicóticas por efecto del daño ambiental. Siendo que, a las patologías específicas como la psicosis, neurosis, perturbaciones pasajeras de la mente, lesiones de carácter nervioso, etc., se añaden otras que no son tan comunes de valorar, como astenia, los dolores de cabeza, la anorexia, la depresión y similares. Algunos de estos efectos son consecuencias de las restricciones que derivan de tener que vivir en un territorio contaminado, mientras otras ocurren más en personas sometidas a desplazamiento<sup>373</sup>. Los efectos de los daños ambientales, son extremadamente dilapidadores en la salud del ser humano, pues es un hecho irrefutable, que muchas enfermedades psicológicas, son a consecuencia de tener que vivir en un ambiente no adecuado para el ser humano.

Dichas enfermedades son de difícil cuantificación, debido a que no se han elaborado criterios precisos y técnicamente confiables de valuación, y también porque el daño psíquico es por su naturaleza un daño de definición incierta; la doctrina italiana propone indicadores concretos, como valorar: a) Su incidencia sobre el patrimonio y sobre las actividades económicas del sujeto (daño patrimonial); b) su incidencia en su manera de vivir; c) el daño puede ser temporal o incluso definitivo, privando a la víctima de todas aquellas oportunidades de probar y expresar alegría, diversión, participación en la vida social, entre otros aspectos (daño no patrimonial)<sup>374</sup>. El daño psíquico, muchas veces inutiliza al ser humano, en su vida, en relación con las demás personas lo que determina que no puedan laborar incidiendo gravemente en su patrimonio y en su bienestar psicológico. Por lo que, las afecciones que ocasionan los daños ambientales en las personas, son de tal envergadura que irremediablemente ocasionan severos daños en la psicología del ser humano. En atención a lo argumentado, el daño psíquico, debe incluirse en la extensión de los daños por reparación del daño ambiental.

### **5.3.2.- Los daños morales por el truncamiento de las *expectativas personales o pérdida de oportunidad***

En relación a los daños morales, ocasionados a causa de los daños ambientales, también puede darse los perjuicios que aminoran las capacidades personales o impiden obtener ingresos. Es importante precisar que hemos visto el daño moral, el que no tiene ninguna incidencia sobre el patrimonio de la víctima. Por ello, aquellas hipótesis en las que el sufrimiento o los dolores provocan un menoscabo patrimonial no constituyen, en cuanto a este perjuicio se refiere, hipótesis de daño moral, sino daños personales de incidencia patrimonial directa, con respecto a los cuales no se produce ninguna polémica en la doctrina y rigen los principios de los daños personales de carácter patrimonial que estudiáramos en las secciones que

---

<sup>373</sup>RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”, En: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, EDIT. CUSTEL, PRIMERA EDICIÓN, MADRID-ESPAÑA, 2007, pág. 60-67.

<sup>374</sup>Desde el punto de vista estrictamente patrimonial, se toma en consideración, antes de todo, los gastos de tratamiento, la disminución de la capacidad de trabajo, y las otras voces que coinciden con aquellas que se toman corrientemente. En cuanto a la liquidación no patrimonial, la indicación de criterios de evaluación puede ser una útil sugerencia al juez para individualizar las singulares voces del daño; “se ha hecho referencia a la lesión de la creatividad, a la pérdida de autonomía negocial y económica, al estado de dependencia en el cual se encuentra el enfermo mental respecto al exterior, a la exclusión de cosas, esto es, al goce de aquellos bienes y servicios que corresponden a una vida normal; a la incapacidad de defenderse; las condiciones económicas del paciente, a la gravedad del ilícito que ha cometido, que se ha traducido, por consiguiente, en un daño más o menos grave según la resonancia que este daño ha tenido en la estructura psíquica del enfermo. ALPA, Guido, “*Responsabilidad Civil y daño. Lineamientos y Cuestiones*”, Op. Cit., pág. 562.563.

preceden<sup>375</sup>. No obstante, se observa que, existen daños patrimoniales indirectos, relacionados con el daño moral, los mismos que también pueden ocasionarse por el truncamiento de las *expectativas personales* o pérdida de oportunidad, o *proyecto de vida*, los mismos que repercuten indirectamente en la economía de los individuos. No obstante, que se trata de que el concepto consistente en: “el truncamiento de las *expectativas personales* o pérdida de oportunidad, o *proyecto de vida*”, a causa de los daños ambientales, es un concepto, que no se ha desarrollado de manera precisa, se observa que de manera sutil las normas internacionales sobre medio ambiente, inciden en señalar que se debe proteger el medio ambiente porque se trata de cuidar tanto el presente, como el futuro de las generaciones humanas, por lo que la protección del medio ambiente incide en un concepto futurista, en donde es fácilmente deducible que el daño ambiental repercutirá también en las expectativas de las personas a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado. Pues muchas veces el daño ambiental es de tal magnitud, que afecta el libre desenvolvimiento de la personalidad, la propia entidad psicosomática, y obviamente repercutirá en la esfera de su libertad, y por tanto el ser humano ya no podrá realizarse según su propia libre decisión de cómo ha decidido vivir, truncándose el destino de la persona, perdiendo el sentido mismo de su existencia. Piénsese, por ejemplo, en los habitantes del departamento de Cerro de Pasco en Perú, quienes, por efectos de las actividades mineras, su hábitat ha sido contaminado, y ellos mismos, han sufrido graves repercusiones en la salud, lo que irremediamente ha frustrado en muchos casos su proyecto de vida, a vivir en un ambiente sano e equilibrado.

Y ello es así, porque el daño a las *expectativas personales*, a la pérdida de oportunidad o proyecto de vida causado por el daño ambiental, es un ingrediente de la propia constitución ontológica del ser humano, en tanto el ser humano es libre, coexistencial y temporal, concepto que incide sobre la libertad del sujeto, truncando el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia, con graves consecuencias en la vida del ser humano. Concepto que es adaptable fácilmente, respecto a la extensión del daño al medio ambiente, en razón a que el daño al proyecto de vida de las personas por no gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado, tanto de las presentes generaciones, como de las futuras, debe ser indemnizado. Este concepto ha evolucionado a nivel de tratados internacionales de naturaleza general, cuyo fundamento central es la protección del medio ambiente, no solo para las generaciones actuales, sino las futuras.

A FERNÁNDEZ SESSAREGO se le debe el mérito de haber expuesto tan lúcidamente, el concepto del “proyecto de vida”<sup>376</sup>, el mismo que es un ingrediente de la propia constitución ontológica del ser humano. Surge como una exigencia, en tanto el ser humano es libre, coexistencial, temporal, y fundamental, cuyo concepto es de realización en el futuro<sup>377</sup>, ya sea éste mediato o inmediato. El daño a

---

<sup>375</sup> ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, y OLIVERA Ricardo; “*Derecho Extracontractual*”; Vol. II.; Op. Cit., Pág. 388.

<sup>376</sup> El proyecto de vida representa lo que el ser humano ha decidido ser y hacer en su vida o, lo que hace para ser. Todas las potencialidades y energías del ser humano actúan para su realización, para lograr su concreción en la vida. Si el “proyecto de vida” se cumple total o parcialmente el ser humano se considera “realizado”, es decir, que ha cumplido con su personal destino, que su vida ha tenido un sentido valioso. Proyectar la vida es decidir lo que se pretende ser y hacer en el transcurso existencial de la persona es libre, solo quien puede decidirse. El proyecto es la expresión de la suprema decisión de ser libre. El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre proyecta su vida (...). El proyecto se formula y ejecuta en la temporalidad (...). La concreción en la realidad de la vida “proyecto de vida” del ser humano está condicionada ya sea por las posibilidades, oportunidades u opciones que le ofrece su particular situación como por las resistencias que le ofrecen tanto su mundo interior, su propia unidad psicosomática, como por aquellas del mundo exterior. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Deslinde conceptual entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y al daño moral*”, Op. Cit., pág., 26.

<sup>377</sup> El daño futuro, es aquel, cuya extensión no puede determinarse exactamente en el momento de entablarse la reclamación por cuanto las consecuencias del hecho ilícito no han cerrado su ciclo. AOLBIN GUADALUPE, Augusto J., “*la Responsabilidad Extracontractual*”, Primera Edición, Editorial Inkari, Lima- Perú-1985, pág 288.

las *expectativas personales*, a la pérdida de oportunidad o proyecto de vida, por lo tanto, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona<sup>378</sup>, sus expectativas económicas, sus oportunidades de lograr ganancias económicas personales. En este caso, se trata de aprehender al ser humano, no sólo en su aspecto somático y psíquico, sino que se busca captar su esencia misma, el aspecto más trascendente del ser humano, en tanto ente libre, capaz de auto decidirse, concepto que al ser asimilado a la responsabilidad civil se convierte en una herramienta de suma utilidad para la valuación del monto indemnizatorio, en armonía con el principio de reparación integral, en razón que la frustración *de las expectativas personales*, la pérdida de oportunidad o del proyecto de vida tiene consecuencias gravísimas en la vida personal y económica del ser humano, y por tanto debe en lo posible ser reparado.

En su origen, la evolución del estudio de este tema importa una verdadera revolución, pues supone partir de un enfoque, de una redimensionalización de lo que es en puridad una persona<sup>379</sup>. Se trata de captar la esencia del ser humano en sus diversas dimensiones y lo asimila a la responsabilidad civil, en el concepto, del daño moral, como fórmula perfecta para poder captar el daño a una persona en su integridad. Así en la jurisprudencia española, resulta habitual que las cuantías indemnizatorias incluyan conceptos que comprenden los “daños derivados de la afección, sentimientos de frustración o angustia causados por un atentado a la libertad de la persona<sup>380</sup>. Nótese cómo la jurisprudencia, se acerca de manera sutil a indemnizar el daño a la libertad, al derecho que tiene toda persona para auto determinarse, para proyectarse, porque es un ser en libertad, aun cuando la doctrina permanece reticente a desarrollar dicho concepto, y la legislación no lo ha desarrollado de manera expresa, y más aún respecto al daño al proyecto de vida como producto del daño ambiental. Evidentemente nos encontramos ante un concepto poco desarrollado, será la casuística que irá enriqueciendo dicho concepto que ahora genera reparos, esperándole un futuro promisorio dada la trascendencia que acarrea el daño al proyecto de vida<sup>381</sup>. En lo relativo a la frustración de las *expectativas personales*, o la pérdida de oportunidad o proyecto de vida, el daño debe ser debidamente probado, pues no es una simple ilusión incierta de posibilidad de desarrollo de una persona. Así PASTORINO, sostiene que, respecto de la pérdida de la *chance o pérdida de oportunidad*, la doctrina dudo acerca de si se trataba de un daño cierto y eventual, pero la posibilidad de prever que tal ganancia pudo realizarse – aunque no se puede establecer matemáticamente su quantum, porque en concreto el hecho dañoso impidió que se diera – hace que el daño sea actual y cierto. La doctrina recomienda ponderar los factores que pudieran influir en el avvenimiento de la ganancia y los que

---

<sup>378</sup>El daño al proyecto de vida es un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. No es una incapacidad cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital (...) se produce a partir del hecho de un evento dañoso que incide en la libertad fenoménica de la persona. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “*Deslinde conceptual entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y al daño moral*”, Op. Cit., pág., 35-36.

<sup>379</sup>ORDOQUI CASTILLA, Gustavo; “*Pautas y Criterios para la evaluación judicial del daño a la persona*”; en 10 años del Código Civil Peruano; Edit. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Volumen II, Montevideo, pág. 411.

<sup>380</sup>STC 24-9-1999(RJ 1999, 7272). Una posición minoritaria ha rechazado dicha posibilidad, como la STS, 3ª, 3-10-2000(RJ, 2000, 7799). que rechaza indemnizar el daño moral entendido como “mera situación de malestar o incertidumbre”, aunque sí lo indemniza en tanto que lesión al poder de la persona de auto determinarse (en ese sentido también las SSTS 25-4-1994 (R) 1994 3073; 5-6-1998 (RJ 1998, 4275). SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*”, Madrid, Mayo/Setiembre, Nro. 65, 2004, pág. 214.

<sup>381</sup>TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la responsabilidad civil*”, Op. Cit., pág., 61.

le restaron eficacia, siendo esta operación teórica la que dará la proporción del resarcimiento<sup>382</sup>. Por lo que, deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y, en proceso de ejecución y desarrollo, que se frustra de un momento a otro.

Así, por ejemplo, piénsese que por un accidente de derramamiento de mercurio ocasionado por una empresa minera queda inhabilitado para trabajar por siempre una persona que era un excelente ingeniero minero, es perfectamente posible valorar cuánto dejará de ganar económicamente dicho profesional relacionándolo con los años que en promedio debería trabajar en la mina. Promediando lo que ganó en su vida profesional y lo que gana al momento de ocurrido el accidente, podría indemnizarse su frustración a no poder seguir en su carrera profesional de ingeniero minero, tomando como parámetro el hecho de que según las normas laborales le permitían trabajar de manera estable, en su edad laboral, es evidente que, dicho ingeniero minero ha sido dañado en su expectativa de vida o proyecto de vida, siendo el juez quien con su sano criterio, su prudencia y aplicando el criterio de equidad, tendrá que indemnizar dicha frustración a la libertad del ser humano y el truncamiento a su proyecto de vida. Ello debe ser así, pues el daño ambiental, al afectar el hábitat del individuo, afecta indirectamente su patrimonio, sus *expectativas personales*, sus oportunidades, proyecto de vida, y por tanto el ser humano ya no podrá realizarse según su propia libre decisión de cómo ha decidido vivir, truncándose el destino de la persona, perdiendo el sentido mismo de su existencia, situación que, debe ser evaluada por la responsabilidad civil por el daño ambiental, a fin que también estos daños sean reparados.

### **5.3.3.- El daño moral colectivo por efectos del daño al medio ambiente**

El daño moral colectivo es aquel sufrimiento a un conjunto de personas, ocasionado por un daño ambiental, por la pérdida de un ambiente adecuado y equilibrado para vivir. El concepto de daño moral colectivo, referido al padecimiento general de la población por la pérdida sufrida por el ambiente o un ambiente integrante del mismo. Si es posible la restauración o recomposición queda vinculada al tiempo que transcurre desde el ambiente dañoso hasta su reparación compensación por el tiempo transcurrido sin poder gozar de un ambiente en su máximo nivel posible de calidad. Por otro lado, en otros países como es el caso de Francia se ha reconocido el daño moral de las asociaciones correspondiendo aquí volver sobre la naturaleza del daño colectivo.<sup>383</sup> Surgiendo la interrogante: *¿es posible la reparación del daño moral colectivo?* La doctrina sostiene que puede afectar indiscriminadamente, de un modo genérico o colectivo a un grupo social determinado, pues el daño ambiental puede tocar en las *afecciones legítimas, en la tranquilidad anímica y espiritual*, de ese conjunto social degradando su calidad de vida.

Por lo común, el daño ambiental, no se circunscribe a una o varias personas, sino que suele afectar indiscriminadamente, de un modo genérico o colectivo a un grupo social determinado. Siendo ello así, puede tocar en las afecciones legítimas, en la tranquilidad anímica y espiritual, de ese conjunto social al

---

<sup>382</sup>Un caso significativo en este sentido es el de la “*Proud hommie des pecheurs de Bastia v. Montedison*”, sentenciado en 1976 en el que se aceptó la indemnización de los pescadores de la isla de Córcega a raíz de la reducción potencial de sus ingresos ante la disminución de la población de peses a la contaminación del Mar Tirreno originada por una empresa livornesa. Si bien el caso comentado es significativo porque se indemnizó la pérdida de un recurso natural, la lógica civilista permitió aquel que demostró un interés personal, es decir, el grupo de los pescadores –que podía terminar afectando con su actividad la conservación del recurso- percibir la indemnización. PASTORINO, Leonardo Fabio, *El Daño al Ambiente*, Op. Cit., pág. 172 – 173.

<sup>383</sup> Ya que ellas lo sufren en forma personal si se daña el ambiente objeto de un particular interés de la asociación, o en forma colectiva si esta representa al grupo cerrado de sus miembros. Por lo que puede admitirse su legitimación como sostiene Bustamante Alsina, para reclamar una suma que tenga por destino la recomposición del patrimonio dañado o una composición del daño moral, como podría efectuarse haciendo una campaña de valorización del patrimonio ambiental o cultural que trate de beneficiar a la comunidad toda y no se confunda con una indemnización patrimonial a la asociación en forma exclusiva. PASTORINO, Leonardo Fabio, *El Daño al Ambiente*, Op. Cit., pág. 177 – 178.

que se le ha degradado la calidad de vida. Por ello se ha llegado a mantener que existe un daño moral colectivo, diferente del que puede experimentar una o algunas personas en particular y que tienen ciertas características singulares. En primer lugar, el afectado es un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa, sufre perjuicios extra patrimoniales; en segundo, que deben producir verdaderas incomodidades, alteraciones o sufrimientos sin que sea necesario una prueba directa, desprendiéndose de las circunstancias del caso<sup>384</sup>. Un ejemplo, de ello, es lo que sucedió con el caso EXXON VALDEZ,<sup>385</sup> en donde el daño moral, como bien jurídico colectivo, se puede experimentar en personas con ciertas características singulares, en donde se protege el daño moral entendido como pesar o dolor colectivo. Concepto en pleno desarrollo, por lo que debe el derecho considerar jurídicamente la existencia del daño moral colectivo.

RUDA, sostiene que los nativos de Alaska afectados por el vertido de hidrocarburos, reclamaron porque la contaminación había alterado el modo de vida de subsistencia, basado en la caza, la pesca y la recolección que les proporcionaban la mayor parte de su alimento y formaban la base de su cultura. Para ellos, esto constituía un daño “cultural”, ya que no podían obtener y compartir el elemento, disfrutar de la naturaleza, no contaminada, ni disfrutar de los beneficios culturales o espirituales, tradicionales de dicha comunidad relacionados con un medio ambiente saludable<sup>386</sup>. Este es, uno de los casos emblemáticos, en donde toda una colectividad sufrió daños morales a consecuencia de un daño ambiental.

El concepto de daño moral colectivo, referido al padecimiento general de la población por la pérdida sufrida por el ambiente, es una realidad en materia ambiental. Por ello se ha llegado a sostener que existe un daño moral colectivo en donde los afectados por graves daños ambientales, con efectos en la vida de las personas, verdaderas incomodidades, alteraciones o sufrimiento, los mismos que muchas veces son obvios, incluso que no requieren prueba para reconocer su existencia, y por tanto se trata de un daño que debe ser reparado.

### **5.3.4.- El daño moral ecológico.**

Parece claro, que la propuesta de compensar un daño moral ecológico se aleja de modo considerable del concepto tradicional del daño<sup>387</sup>, por lo que, como precisa RUDA, ante todo convendría evitar que el daño

---

<sup>384</sup> Ello se traduce extra patrimoniales ciertos. Debe acotarse que no son daños exclusivos respecto de bienes propios sino desde punto de vista de los intereses de la colectividad desde el momento que no hay un perjuicio personal diferenciado sobre cada uno de los componentes del grupo, sino que lo soportan como miembros de ese grupo. Cabe señalar que al asumir el daño su calidad desierta respecto a un grupo, puede ser que no aparezca singularmente para sus miembros.

MOSSET IYURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomas; ALBERTO DONNA, Edgardo, *Daño Ambiental*, Tomo II, Op. Cit., pág. 133 – 136.

<sup>385</sup> Los Tribunales les denegaron la indemnización, porque consideraron que los nativos sufrían exactamente el mismo daño que el resto de la población. Paradójicamente, el hecho de que la legislación del Estado de Alaska reconozca que todos sus ciudadanos tienen el mismo derecho de acceso al uso de los recursos de subsistencia se volvió en contra de los demandantes. El resultado es doblemente chocante, si se considera que la sentencia deniega la compensación cuando parece más necesaria, pues el daño afecta a más personas (...). MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomas; ALBERTO DONNA, Edgardo, “*Daño Ambiental*”, Op. Cit., pág. 133 – 136.

<sup>386</sup> La cuestión que automáticamente cabe plantear es si sucederá lo mismo en el caso de PRESTIGE. Según algunos autores, el vertido tuvo cierto impacto sobre el ritual y el significado de celebración característicos de las comidas de la época navideña en Galicia. Posiblemente sea excesivo trazar una analogía con el caso de EUA, dado el diferente estilo de vida entre la comunidad gallega y la de los indígenas de Alaska. No obstante, parece dudoso que puedan negarse aquí el derecho a una compensación por daño moral simplemente porque el número de quienes lo sufran sea muy elevado. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*” EN: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit. pág. 60-67.

<sup>387</sup> RUDA GONZALES, Albert, “*El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*”. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universitat de Girona, Girona- España, 2005, pág.243.

moral se convirtiese en un expediente tan amplio y de contornos tan difusos, que se transformase en una suerte de comodín, que pudiese servir para compensar cualquier daño con respecto a cuyo carácter indemnizable existiesen dudas.<sup>388</sup> Un sector de la doctrina jurisprudencial, sostiene la posibilidad de reparar el perjuicio de orden moral, a causa de la contaminación ambiental <sup>389</sup>. Esta tesis, no es pacífica, pues para la doctrina mayoritaria, sostiene ÁLVAREZ LATA, el denominado daño ecológico o deterioro ambiental, el puro interés ciudadano por el medio ambiente y por la indemnidad de sus elementos y de los recursos naturales en general no constituye un interés perfectamente individualizado en aras de obtener la tutela de la acción de responsabilidad civil. Esto es, aquel deterioro ocasionado al medio ambiente como bien jurídico, como conjunto de elementos naturales y, para algunos, también culturales, entre los que se encuentra la noción estética de paisaje, las condiciones de vida y los recursos naturales, como un interés privado del individuo.<sup>390</sup> Este planteamiento, es avalado por el TC español en alguno de sus más conocidos pronunciamientos sobre el particular y también por el TS español en sus resoluciones<sup>391</sup>. Por lo que, sobre este tema no existen todavía criterios definidos en el derecho comparado. Se tiene nota que en el derecho inglés un dictamen judicial emitido por WRAY C.I. en el llamado “*caso Aldred*”, en el año de 1857, sostuvo que los problemas estéticos no dan lugar a acción de daños porque “*se trata de un asunto de gusto y no de necesidad*”. La idea de los Tribunales ingleses es que los asuntos sobre estética urbana corresponden más bien al dominio del planeamiento urbano antes que a la responsabilidad por daños y perjuicios.<sup>392</sup> Tal, posición, no se encuentra acorde a la realidad, pues no logra captar, el real problema que ocasiona, el daño moral ecológico en la vida de los individuos, no se trata de gustos sino serios daños morales que repercuten gravemente en la calidad de vida de las personas y que afectan directamente al medio ambiente puro.

---

<sup>388</sup>RUDA GONZALES, Albert, “*El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*”. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universidad de Girona, Girona- España, 2005, pág.243.

<sup>389</sup> Jurisprudencia – Daño moral de grupo España. ¿Daño moral en materia ambiental? Sentencia del 16 de enero de 1989, la audiencia territorial de Oviedo: “Dándose por probado la existencia de una contaminación ambiental masiva e intensa que afecto a las fincas y viviendas de los actores y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno sienta con ello una situación de peligro latente para las vidas humanas por el riesgo notorio de producir graves dolencia a las personas y ello integra un perjuicio al menos de orden moral, que debió haber sido considerado y valorado, más tal aspecto de la cuestión, que no deja de presentar cierto interés, al no haber sido planteado en el momento procesal oportuno se nos presenta en este extraordinario recurso de casación, como cuestión nueva y por ello vedada de acceso al mismo, por lo que el motivo ha de ser desestimado sentencia de 16 de enero 1989. MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su deterioro*”, Op. Cit., pág. 268.

<sup>390</sup> La vinculación tradicional, en la doctrina civilista, entre los derechos o bienes de la personalidad y la protección a de la integridad física y espiritual, propicia tesis estrictas o reduccionistas de cuál es el catálogo de los bienes de la personalidad, que, de forma casi unánime, se reduce al derecho a la vida, a la integridad física, libertad personal, honor, intimidad y propia imagen, y al nombre o a la identidad. El punto final de este razonamiento es evidente; la extracción del daño ecológico de la acción de responsabilidad civil, en el entendimiento de la escasa suerte que correría la introducción de mecanismos reparatorios o indemnizatorios con respeto a los daños a los recursos naturales. ÁLVAREZ LATA, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asúa Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003, pág. 1714

<sup>391</sup> , esgrime los siguientes argumentos: la ubicación del supuesto derecho a disfrutar del medio ambiente (Art.45 CE) entre los preceptos del capítulo III del Título I de la CE, donde no se reconocen verdaderos derechos sino principios rectores de la vida social, y económica, tal y como reza el propio capítulo, la propia dicción del art. 45. CE. “*todos tienen derecho (...)*”, que destacaría cualquier suerte de atribución individual o facultad para actuar en un determinado sentido, sino una declaración de principios, que habría de desarrollarse mediante una ley general que no se ha promulgado; tampoco pertenecería al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado a la categoría de los “*derechos o bienes de la personalidad*”; ÁLVAREZ LATA, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003, pág. 1714

<sup>392</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad extracontractual*”. Op., Cit., T. II. pág. 365.

Así no hay realidad más patética y triste, que el afeamiento del medio ambiente puro, por causa de un daño ambiental el hábitat del ser humano se vuelve hostil, originando no sólo una disminución del valor de la propiedad y sino también un daño moral pues muchas veces el daño ambiental, es de tal impacto destructor, que su reparación es casi imposible. Frente a esta real situación: *¿Puede reclamar un individuo o un colectivo una indemnización un agente contaminador alegando que ha afeado el ambiente del cual legalmente el demandante disfruta?* Autores, como RUDA, se muestran favorables a la reparación del *daño moral ecológico*, el mismo que es el correlato medioambiental, del daño ambiental, que se afecta a las personas individuales o colectivas. Se trata de un daño que ocasiona perjuicios a bienes que carecen de un valor de mercado y que, en ocasiones, son imposibles de reemplazar, con el dinero<sup>393</sup>. Al respecto, la doctrina, precisa, que los daños morales o no patrimoniales ocasionados por efectos del daño al medio ambiente, se caracterizan por lo siguiente: i) Siempre su origen en un atentado o en un deterioro del medio ambiente<sup>394</sup>; ii) daño moral a una persona o a un colectivo por la vulneración del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado; iv) la alteración de la calidad de vida, de la salud o por la lesión de los derechos fundamentales al derecho a vivir en un ambiente adecuado.

Existen, algunos sistemas de responsabilidad, que, si han considerado, la posibilidad de la reparación del daño moral ecológico. Así, en el derecho argentino, la Ley de Servidumbre de Electro Ducto de 1952, en su artículo 9, autoriza a indemnizar los perjuicios positivos susceptibles de apreciación económica. La doctrina sostiene que, pese a que el electro ducto crea un daño estético, dado que afea el medio ambiente y perjudica a la vida de los seres humanos. Igualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce una indemnización por el perjuicio positivo económico que se acredite, y no por otro tipo de perjuicio<sup>395</sup>. Este es un criterio que actualmente ya no tiene cabida, pues es necesario reconocer que es posible la reparación del daño estético. Actualmente, algunas legislaciones, admiten en mayor o menor grado que el hecho de arruinar la estética del lugar es un daño reparable y que los damnificados pueden ejercitar la correspondiente acción de daños y perjuicios. Otras han visto el problema con extrema precaución y aún con abierta desconfianza<sup>396</sup>. Así, tenemos que algunos sistemas admiten que los daños estéticos deban ser reparados, como en el derecho alemán, francés, italiano, español<sup>397</sup>, criterio asumido

---

<sup>393</sup> La diferencia fundamental, que los separa, a uno del otro es, en cambio, que el daño biológico es un expediente empleado para referirse a daños que el sistema ya considera resarcibles, debido a su carácter individual, como por ejemplo la pedida de un miembro corporal. En cambio, el daño ecológico puro como daño moral no es una mera *façon de parler*, sino que pretende crear un daño resarcible, allí donde inicialmente no lo había. RUDA GONZALES, Albert, *“El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente”*. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universidad de Girona, Girona- España, 2005, pág.243.

<sup>394</sup>No basta, por tanto y como se ha indicado, con una mera invocación de la vulneración del derecho a un medio ambiente adecuado sino que, además, ha de generarse un daño indemnizable que puede producirse como consecuencia de la alteración de la calidad de vida, de la salud o por la lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar o a la inviolabilidad del domicilio. Yanguas Montero, Guillermina, *“El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente”*, Edit. Thomson Civitas, Primera Edición, Navarra – España, 2006, pág. 121-122.

<sup>395</sup>Citas legales: Art. 9 de la Ley 19552: Art. 9. El propietario del predio afectado será indemnizado por el titular de la servidumbre en el caso de que ésta le origine algo perjuicio positivo susceptible de apreciación económica. VALLS, Mario, *“Temas de Derecho Ambiental”*, En: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (compilador), *“Responsabilidad ambiental”*, Op. Cit., pág. 202-203.

<sup>396</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *“La Responsabilidad extracontractual”*. Op., Cit., T. II. pág. 364-365.

<sup>397</sup>En el ámbito nacional también se observa una tendencia hacia la inclusión de *los efectos estéticos* en el concepto de daño al medio ambiente. Así, por ejemplo, en el Derecho francés, la Ley de 10 de junio de 1976 relativa a la protección de la naturaleza (espacios animales y vegetales y los equilibrios ecológicos), los recursos naturales (agua, aire, suelo y minas), los parajes y los paisajes. Por su parte, la célebre Ley alemana sobre responsabilidad ambiental contempla la posibilidad de que el daño a la propiedad implique una *alteración de las condiciones naturales del paisaje*, en cuyo caso indica los límites de su reparación. (...) en el ámbito del Derecho español, la Ley sobre contaminación marina por vertidos desde buques y aeronaves incluye en este concepto los atentados a los recursos paisajísticos, también la Ley 4/ 1989 De Conservación de los Espacios Naturales y de la flora y fauna silvestres engloba a los *“Paisajes Protegidos”* como una categoría que integra la clasificación de los espacios

por el Tribunal Supremo español<sup>398</sup>, en donde está en constante evolución la reparación del daño estético. Asimismo, en la jurisprudencia española encontramos varias sentencias cuyo objeto fue dirimir sobre la reclamación por la indemnización por daños morales<sup>399</sup> ocasionados, por no poder disfrutar de un medio ambiente adecuado, en determinadas épocas del año, debido a la contaminación ambiental. Por lo que, como se ha anotado, el daño moral ecológico es un concepto en pleno desarrollo.

Corresponde a la jurisprudencia, permitir la utilización de acciones de responsabilidad extracontractual en favor de la reparación del daño estético de un lugar, para “lo cual deberán fundamentar adecuadamente sus sentencias a fin de que, con la reflexión jurisprudencial acumulativa que se producirá en torno a casos concretos, pueda ser posible ir construyendo una teoría razonable del daño estético que garantice el derecho constitucional de todo ciudadano a un ambiente estéticamente adecuado, sin incurrir en la arbitrariedad ni tampoco en la aburrida tiranía de una estética particular”<sup>400</sup>, pues ciertamente, muchas veces, un lugar que era bello y agradable para la vida del ser humano, con el vertiginoso desarrollo de la modernidad, se convierte en un lugar feo, desagradable, sin belleza, antiestético, debiéndose permitir accionar, para lograr la reparación del mismo, a fin de que vaya evolucionando la protección del daño estético que garantice el derecho de todo ciudadano a un medio ambiente adecuado.

Sobre el reconocimiento del daño moral ecológico, en el derecho peruano, no existen normas específicas, por lo que se debe recurrir a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil peruano, el mismo que por su generalidad, es capaz de aprehender el daño no patrimonial causado en las personas por el daño ambiental, pues el derecho civil aún no ha legislado de manera específica los daños no patrimoniales por efectos del daño ambiental. En el derecho comparado como en el Derecho español, por ejemplo, tampoco está expresamente reconocido, el daño moral ecológico siendo necesario recurrir al derecho común, dada la generalidad con la que está redactado el artículo 1902<sup>o</sup>, unida a la flexibilidad aplicada por la jurisprudencia, determinan que sea la vía que con más frecuencia se emplea en las recomendaciones de daños morales o no patrimoniales, producidos como consecuencia de un deterioro ambiental.<sup>401</sup> Por lo que

---

naturales protegidos y sometidos, por tanto, a responsabilidad. Además, numerosas leyes ambientales autonómicas recientes se refieren expresamente a la preservación del paisaje como uno de los objetivos básicos de las mismas. GOMIS CATALÁ, Lucia, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 67 – 73.

<sup>398</sup> Se puede causar un daño moral la construcción de una vía férrea elevada cercana a una vivienda que constituya una contaminación estética y sonora (SAP Asturias, Sección 1<sup>o</sup>, de 28.2.2000 [Ar. Civ. 2000/264], FD 8<sup>o</sup>. PASTORINO, Leonardo Fabio, “*El Daño al Ambiente*”, Op. Cit., pág. 175 – 178.

<sup>399</sup> Como ejemplo la sentencia emitida por el Tribunal Supremo de España del 23 de junio de 1913 por el cual se reclamaba el derecho de disfrutar de la propia vivienda frente a la contaminación producida por el vecino, o la sentencia también dictada por el mismo Tribunal del 30 de abril de 1966 por el cual se resolvió el contrato de arrendamiento por los malos olores originados por la actividad del arrendatario. RUDA GONZALEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”, En: GARCÍA RUBIO, MARIA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, EDIT. CUSTEL, PRIMERA EDICCIÓN, MADRID-ESPAÑA, 2007, pág. 60-67.

<sup>400</sup> La Constitución Peruana de 1979 en su artículo 123<sup>o</sup> establecía que la preservación del paisaje y la naturaleza, de objetivos fundamentales del orden jurídico peruano; mandato constitucional que tiene indudablemente implicaciones de carácter estético. Debe advertirse que la norma citada no distingue entre paisaje rural y paisaje urbano; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad Extracontractual*”. Op. Cit., T. II. pág. 365.

<sup>401</sup> Otro precepto particularmente relacionado con la materia “es el artículo 1908<sup>o</sup>, que obliga a los propietarios a responder de los daños causados: “1<sup>o</sup> Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que estuviesen colocada en lugar seguro y adecuado. 2<sup>o</sup> Por los sumos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3<sup>o</sup> Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando sea ocasionado por fuerza mayor. 4<sup>o</sup> Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”. (...) la gran parte de las resoluciones aún que citen el artículo 1908 al enjuiciar conductas que tienen perfecta cabida en él, prefiere reconducir el fundamento de la indemnización al artículo 1902, constituyéndose en minoría las que con apoyo exclusivo, acuden al 1908<sup>o</sup>(...) el Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse con el tema de los daños producidos a las personas o a las cosas por alteraciones medio ambientales (...) ha acudido al instrumento de la responsabilidad civil aquiliana,



en la mayoría de sistemas de responsabilidad, al no existir, el reconocimiento expreso del daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente, como consecuencia de un daño ambiental, deberá recurrirse a la normatividad general de responsabilidad civil, para resarcir los daños no patrimoniales ambientales. Esta situación ha determinado que, con carácter general, el resarcimiento de los perjuicios que estamos analizando se ampare en los preceptos que regulan la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, por la generalidad y flexibilidad con la que ha sido legislada en la mayoría de ordenamientos jurídicos, y aplicada por la jurisprudencia, lo que determina, que sea la vía con que más frecuencia se aplican los daños no patrimoniales, razón por la cual debe legislarse los casos de daños ambientales no patrimoniales de manera específica, lo que supone una ampliación de la extensión del daño jurídicamente indemnizable en relación a la reparación del daño no patrimonial por el daño ambiental.

Al respecto, RUDA señala que, la indemnización por el daño moral derivado de los atentados contra el medio ambiente resulta de la doctrina, y tiene su fundamento en el derecho general de la personalidad, de modo que toda agresión al medio ambiente es al mismo tiempo una agresión contra la persona<sup>402</sup>. Concepto que es adaptable fácilmente, respecto a la extensión del daño al medio ambiente, en razón a que el derecho de las personas a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado, debe ser protegido, el mismo que se encuentra en pleno desarrollo, tanto por la doctrina, como por el derecho comparado. De lo anotado, la institución *el daño moral ecológico*, no ha tenido mayor desarrollo tanto en la doctrina, en la normatividad, como en la jurisprudencia, no obstante, recurriendo a los sistemas generales de responsabilidad se estaría habilitada la acción de responsabilidad civil por el daño moral ecológico. Así en el derecho peruano, recurriendo al sistema general de responsabilidad establecido en el Código Civil de 1984. En ese sentido, se hace necesario, que el legislador peruano, integre en un sistema de responsabilidad de manera específica el daño moral ecológico, comprenda la extensión del daño ambiental a repararse.

## Segunda Parte

### *“La Antijuricidad en la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental”*

#### **1.- La crisis de la antijuricidad clásica en la responsabilidad civil por el daño ambiental.**

Las nuevas concepciones sobre responsabilidad civil por el daño han ido diluyendo los sistemas subjetivos de responsabilidad, en donde la antijuricidad suele considerarse como un presupuesto obligado de la responsabilidad, siendo constante la polémica respecto a si: *¿la antijuricidad es o no un presupuesto de la responsabilidad civil del daño ambiental?* Esto es, si la antijuricidad entendida clásicamente se adaptaría a la naturaleza de la responsabilidad del daño ambiental, pues un sector de doctrina considera que si es un presupuesto general de la responsabilidad civil y otro sector niega dicha posibilidad, lo cual tiene incidencia en relación al factor de atribución que se opte.

---

sobre la base de una progresiva interpretación de los artículos 1902 y siguientes del código civil”. YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA, “*El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 63-66.

<sup>402</sup> RUDA GONZALES, Albert, “*El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*”. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universidad de Girona, Girona- España, 2005, pág.245.

Ello se debe, principalmente a que la antijuricidad en esta materia se entiende de modos muy distintos ya sea en función de la doctrina, o del ordenamiento jurídico de que se trate.<sup>403</sup>En tal sentido corresponde analizar: i) si una conducta que daña al medio ambiente en sí misma es ilícita, ii) si esa conducta dañosa se puede exonerar de responsabilidad aplicando *la teoría de las causas de justificación*: esto es si la conducta que causa un daño, o tiene aptitud para causarlo, aunque no sea antijurídica, genera responsabilidad cuando no está justificada, y iii) el concepto de antijuricidad en sí mismo, hay que evaluarlo en relación a la responsabilidad objetiva, que sostiene la tesis consistente en que *todo aquel que causa un daño ambiental tiene el deber de repararlo de manera absoluta*. Razón por la cual es necesario deslindar los efectos que tiene la antijuricidad como presupuesto de responsabilidad dentro del campo del daño ambiental.

### 1.1.- La antijuricidad y la ilicitud del daño ambiental.

Partimos, de la afirmación que la antijuricidad es un presupuesto clásico de la responsabilidad civil que tiene como fin poner límite a la conducta del hombre de no hacer daño. En ese sentido, el primer elemento de la responsabilidad civil clásica, es la actividad del hombre que genera un daño es *ilícita*, injustificada, y contraria al ordenamiento jurídico para que efectivamente dé lugar a una responsabilidad. En materia ambiental la conducta ilícita consiste en la emisión de sustancias tóxicas o de otras materias y la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio ambiente no pueda neutralizarlas,<sup>404</sup> y causen daños graves o irreparables a los ecosistemas.

El problema se suscita cuando una persona física o jurídica pese a que cumple con las disposiciones legales, cuenta con las autorizaciones necesarias, y sin su culpa, sin dolo, genera graves daños al medio ambiente.<sup>405</sup>El concepto clásico de antijuricidad no explica por qué la conducta de los agentes contaminantes, *pese a ser lícitos*,<sup>406</sup> por no contravenir normas prohibitivas, ni violar el ordenamiento jurídico, generan obligación de repararlos a cargo de quien los irroga.

En el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, establecido en el derecho peruano, es el art. 142 de la LGA, el que se refiere con mayor propiedad a la responsabilidad civil por daño ambiental, el mismo que en su sumilla se refiere acerca “*De la responsabilidad por daños ambientales*”<sup>407</sup>, el mismo que establece textualmente en el inciso 1, que a Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a

---

<sup>403</sup>RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro”, Op. Cit., pág. 388-392.

<sup>404</sup>Puede reconocerse en el entorno una cierta capacidad para recibir determinadas cantidades de elementos, que no sobrepasen dichos límites sin alterar, esencialmente, sus características, sin embargo, también hay que considerar que ello no es óbice, para estimarse ilícito el hecho de expeler y dispersar la demanda abundante cantidad de polvo perjudicial cuando hay medios técnicos para evitarlo. (...) de modo que debe indemnizar a los perjudicados por los daños anormalmente derivados de esa explotación permitida, radicando entonces el deber de indemnizar más que en la antijuricidad del acto. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o Cosas o Consecuencias de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Asociación Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derechos de Seguros Aida, Madrid, pág. 50-51.

<sup>405</sup>CELI ARÉVALO, Marco A., “*Derecho ambiental. Hacia un Desarrollo Sostenible*”, 1° Edición, Editorial Industria Gráfica ABC, Trujillo-Perú, 2007, pág. 155-156.

<sup>406</sup>No basta con el cumplimiento de reglas y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo- porque de hecho el daño se ha producido- se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia. No basta cumplir con los reglamentos, esto debe aplicarse a temas de responsabilidad civil por daño al medio ambiente. También una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables, cuando la gente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencia de sus actos. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado De Responsabilidad Civil*”, T.I. Edit. BOSCH. S.A., BARCELONA, 2008, pág. 129-134.

<sup>407</sup>ESPINOZA, Juan, “*Derecho de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 772.

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.<sup>408</sup> Esto es, el que daño ambiental, según la normatividad peruana, puede ocurrir, cuando sucede aún *en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente*. En ese sentido, una conducta inicialmente lícita, frente a un hecho relevante como lo es el daño ambiental, se hace merecedora de consecuencias jurídicas gravosas, por lo que su sola ocurrencia, determina la responsabilidad del agente contaminante, aun cuando no se haya incumplido con la normatividad vigente. Situación que amerita, analizar por las repercusiones jurídicas, que implica el admitir, la existencia de un daño ambiental, aun cuando se ha cumplido con la normatividad vigente.

El fundamento, de la responsabilidad ambiental, se basa en el hecho que, si bien los agentes contaminantes están legitimados para realizar sus actividades, no lo están para contaminar el medio ambiente, y por tanto, no pueden evadir su responsabilidad, bajo el argumento de que no hubo dolo, ni culpa, ni en general, *hubiera mediado ilicitud alguna*<sup>409</sup>, esto es, no están exentos de la responsabilidad ambiental, por las gravísimas consecuencias del daño ambiental, en la salud, el patrimonio y el medio ambiente.

## **1.2.- La antijuricidad y la teoría de la justificación aplicada a los daños ambientales.**

En principio, el hombre por el solo hecho de existir degrada su entorno, siendo que, los avances tecnológicos, el desarrollo económico, etc. han incrementado considerablemente la capacidad del hombre de modificar el ambiente, y por consiguiente, de dañarlo en razón a ello no es posible pretender racionalmente, preservar una pureza ambiental, paisajística prístina y absoluta a cualquier costo<sup>410</sup>. En ese sentido un sistema de responsabilidad, no está dirigido a minimizar el costo de los daños ambientales pues eso sólo se lograría si la actividad contaminante se reduce a cero, que no es lo que se quiere, pues se inmovilizaría el mundo. La verdadera cuestión, consiste en responder hasta dónde queremos ir, cuánto queremos gastar, para reducir los riesgos creados por actividades,<sup>411</sup> y cuanto debemos pagar para reparar el daño ambiental.

Si la contaminación es inevitable, es necesario precisar, que no todo daño ambiental es antisocial, pues la sola presencia de una sustancia o un determinado valor de una propiedad física del ambiente no implica necesariamente que lo dañe, ya que existen ciertos valores o límites admisibles de contaminantes, en

---

<sup>408</sup> 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". *"Ley General del Ambiente"*. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

<sup>409</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. Cit. (Tomo II), pág. 334.

<sup>410</sup> PARELLADA, Carlos Alberto, *"Los Principios de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en Argentina"* en *"Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente"*, universidad Externado de Colombia, Instituto de estudios del Ministerio Público, 2000, Colombia, pág. 262-265.

<sup>411</sup> Minimizing Total Cost. Following this One of thinking, Calabria introduced the concept of the "cheapest cost avoider," which requires that, as between the injured and the victim, the cost of an accident be imposed on the person that can avoid it at the lower cost. In working out the cheapest cost avoider concept, Calabria distinguished between three kinds of costs: primary, secondary and tertiary costs. Primary costs are the monetary equivalent of damages caused by activities. As noted above, deterrence reduces primary cost, either by increasing the degree of care or decreasing the level at which the activity is conducted. Secondary cost is the costs of bearing losses, i.e. the cost of bearing primary cost. These are essentially the cost of spreading losses; as discussed below, secondary cost is believed to be reduced optimally when losses are spread maximally over persons and over time, which is typically effected through insurance. Tertiary cost is the administrative cost of the system used to determine who should bear the cost of incidents. BERGKAMP, Lucas, *"Liability and Environment-Private and Public Law Aspects OF civil Liability for Environmental Harm in an International Context"*, Published Law International, 2001, The Hague /London/New York, page. 75- 76.

razón a que el medio ambiente tiene una cierta capacidad para recibir cantidades de elementos sin alterar esencialmente sus características. La institución de *los límites permisibles*, unido estrechamente al *concepto del daño socialmente intolerable*, elaborando la teoría de la justificación, considera que solamente el daño ambiental es aquél que la sociedad considera excesivo para su grado de conciencia del peligro, y por tanto está en la categoría de lo que se denomina “daño intolerable”, pues afecta la salud o el patrimonio o el medio ambiente en su esencia y debe ser reparado.

La tolerancia a la existencia de la contaminación que no altere esencialmente las características del medio ambiente, no significa, la tolerancia a la ocurrencia de *los daños ambientales*, por lo que corresponde al derecho civil limitar *las posibles causas de justificación de dicha conducta*, pues tal y como establece el principio *el que contamina paga*, frente a la ocurrencia de un daño ambiental, el agente contaminante debe cumplir con la obligación de reparar el daño ambiental cuando daña la esencia del medio ambiente.

### **1.3.- La antijuricidad, en relación a la responsabilidad objetiva por los daños ambientales.**

La antijuricidad, en relación con la responsabilidad objetiva, se explica, en que, frente a la ocurrencia de un daño ambiental, considerado este como el presupuesto de la responsabilidad civil, inmediatamente corresponde repararlo. Ello se fundamenta en el deber jurídico absoluto de no causar daño al medio ambiente, lo que implica que, si lo causa, *tiene el deber de repararlo también de manera absoluta*, independientemente de si cumpla con las normas legales, se basen en una licencia o en actividad lícita y se encuentran dentro de los márgenes permitidos por la ley, debe ser responsable de su reparación. Por lo que el concepto de antijuricidad en sí mismo, no requeriría la vulneración de la normativa medioambiental, legal o reglamentaria,<sup>412</sup> sino simplemente en la obligación de no causar daños ambientales, los mismos que son de naturaleza ilícita, esto es se encuentran en el campo de la anormalidad jurídica, por las graves consecuencias a la salud, al patrimonio y al medio ambiente.

Por lo analizado, el concepto tradicional de antijuricidad, aplicado a la problemática de la responsabilidad por el daño ambiental, es de la naturaleza *suigeneris*, pues tiene otros matices mucho más complejos que el daño tradicional, lo que no implica la desaparición de la antijuricidad en esta materia, sino más bien la explica, pues aun cuando el agente contaminante, cumpla con todo el ordenamiento jurídico, la sola ocurrencia del daño ambiental la convierte automáticamente en una conducta de naturaleza ilícita, y por tanto se encuentra obligado a reparar ese daño. Pues es perfectamente posible que una actividad considerada inicialmente lícita, como lo son las actividades ambientalmente peligrosas, frente a la ocurrencia de un hecho relevante y anormal como lo es el daño ambiental, este nuevo suceso se adecúe a otro supuesto de hecho, que determine su ilicitud.

---

<sup>412</sup>Lo cierto es que el Código Civil español no parece que se refiere a la antijuricidad como un presupuesto de la responsabilidad, pues en principio basta que alguien cause daño a otro con culpa (art. 1902). No obstante, nuestra doctrina suele separar los conceptos de culpa y de antijuricidad, que en el derecho francés aparecen unidos en el concepto de *faute*. Para la mayoría de autores, los aspectos objetivos de ilicitud de la culpabilidad, referido a la capacidad del agente para entender y aceptar las consecuencias de su conducta, que en el Derecho francés coinciden en un único concepto, estarían separados (...) En particular, en nuestro derecho no parecería necesario demostrar que el agente haya violado una norma de conducta dirigida a proteger el bien dañado (...) ni una disposición legal. Por ende, no es preciso que el demandado haya cometido un delito o falta o una infracción administrativa, sino que basta que haya causado el daño, aunque el acto fuese conforme a derecho. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 388-392.

## CAPITULO II

### “La Relación de Causalidad en el Daño Ambiental”

#### 1.- La posibilidad de establecer la relación de causalidad en la responsabilidad civil por el daño ambiental.

En principio, para abordar la causalidad del daño ambiental es necesario analizar si las teorías clásicas de la responsabilidad civil, son pertinentes para lograr establecer el nexo causal en la responsabilidad civil por los daños ambientales, o si, por el contrario, se hace necesario recurrir a otras teorías modernas, precisando que asumir una u otra teoría tendrá inevitablemente diferentes resultados en el intento de lograr dicho objetivo. Al respecto, se observa que numerosos autores sostienen que las teorías clásicas de la responsabilidad civil para determinar el nexo causal no logran adecuarse a la naturaleza *suigeneris* del daño ambiental, por lo que corresponde analizar las nuevas tendencias a fin de consolidar las posiciones más acordes a este nuevo fenómeno<sup>413</sup>. Tal situación, se explica porque la teoría de la equivalencia (según la cual, es causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que no se hubiera producido el daño, sin el concurso de todas esas condiciones), y la teoría de la adecuación (la cual señala que la causa es todo aquello que determina la ocurrencia del daño, el mismo que es de esperar en el ámbito del curso normal de los acontecimientos), son teorías, que no resuelven la problemática causal del daño ambiental. Se observa, que las concepciones tradicionales sobre la causalidad en la responsabilidad civil, se orientan a comprender la relación causal de modo habitual, material y determinista<sup>414</sup>; acorde con el criterio de la causalidad adecuada, conforme a la cual, no cabe imputar objetivamente un concreto acontecimiento dañoso a la conducta del demandado, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable por un observador experimentado, en donde, no es posible aplicar criterios probabilísticos y menos puramente jurídicos.

---

<sup>413</sup> Véase: CELI AREVALO, Marco A., “Derecho ambiental”, Op. Cit., pág. 156-157, RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro”, Op. Cit., pág. 292-315.; Julio Enrique, “Derecho ambiental colombiano”, Tomo I Parte General, Edit. Universidad externado de Colombia, 1ra. Edición, Bogotá – Colombia, 2006, pág. 160-161; GONZALES VILLA, Julio Enrique, “Derecho ambiental colombiano”, Tomo I Parte General, Edit. Universidad externado de Colombia, 1ra. Edición, Bogotá – Colombia, 2006, pág. 161-164; FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, “Manual de derecho ambiental chileno”, Op. Cit., pág. 128; GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Op. Cit., pág. 912-914; DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La Relación de Causalidad en la Órbita del Derecho de Daños*, Op. Cit., pág. 94; DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La Relación de Causalidad en la Órbita del Derecho de Daños*, Op. Cit., págs. 41-44, 94; Cit. por RAMÍREZ, Orlando Jorge, *Indemnización de Daños y Perjuicios, Actos Ilícitos e Incumplimiento Contractual*, Op. Cit., pág. 90-93.; REGLERO CAMPOS, L., Fernando, *El Nexos Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Ocurrencia de Culpas*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Op. Cit., pág. 309-331-335; ALVAREZ LATA, Natalia, *La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Op. Cit., pág. 1729-1734; MOSSET ITURRASPE, Jorge y Otros, “Daño Ambiental”, Tomo II, Op. Cit., pág. 108; GOMA SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de Derecho Civil y Foráneo*, Op. Cit., pág. 914.; MOSSET ITURRASPE, Jorge y Otro, *Daño Ambiental*, Tomo II, Op. Cit., pág. 109; DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “La Responsabilidad Civil”, Op. Cit., págs. 267-269; DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, *Algunas Provisiones Sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la Reparación del Daño)*, 1ra Ed. Editorial Civitas, Madrid, Op. Cit. pág. 85; MORENO TRUJILLO, Eulalia, *La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*, Op. Cit., pág. 255; DE LA CUENTA AGUADO, Paz, M. *Causalidad De Los Delitos Contra El Medio Ambiente*, Tirant toBland, Valencia, Op. Cit. pág. 49-50; ESTEVE PARDO, José, *Derecho Del Medio Ambiente*, Op. Cit., pág. 97-100; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil, en Homenaje al profesor Dr. José Luis La Cruz Bermejo*, Op. Cit., pág. 207.

<sup>414</sup> GÓMEZ, Fernando, “La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas”, Op. Cit., pág. 37.

Ante tal situación, analizaremos si es necesario optar por la teoría de la causalidad probabilística<sup>415</sup>, la misma que partiendo de reconocer la inevitabilidad de la incertidumbre causal<sup>416</sup>, por la marcada singularidad y compleja realidad de los daños ambientales<sup>417</sup>, ayudaría a determinar eficazmente la prueba del nexo causal del daño ambiental. Asimismo, investigar si la teoría de la causalidad jurídica resolvería la problemática causal del daño ambiental, esto es si corresponde renunciar a la utilización de la idea física de la “causa” tal y como proviene del campo de las ciencias de la naturaleza y de la lógica<sup>418</sup>, y pasar de la causalidad en sentido estricto, natural o científico<sup>419</sup>; a un plano distinto, como lo es la causalidad jurídica como criterio de atribución de responsabilidad; en el que se trata de imputar o atribuir los daños a una persona desde un punto de vista jurídico.

Igualmente, examinar si es necesario recurrir a los mecanismos procesales probatorios de naturaleza flexible, que faciliten el establecimiento del nexo causal, e introducir significativas modulaciones en el tratamiento de la actividad probatoria, que obligan a alejarse de la versión clásica de probanza causal<sup>420</sup>. Al respecto, ÁLVAREZ LATA, sostiene que, en atención a las dificultades probatorias del nexo causal en materia ambiental, algún sector de la doctrina, ha incidido en la insuficiencia o inadecuación de los criterios de causalidad generales para satisfacer el problema del daño medioambiental. Por ello en este ámbito es común hallar posiciones que pretenden dulcificar el requisito de la causalidad ante los obstáculos de prueba que dicho presupuesto supone para el demandante de los daños ambientales; proponiéndose generalmente, el recurso a la presunción del nexo causal con inversión de la carga de la prueba<sup>421</sup>, entre otros criterios que permitan determinar la causalidad del daño medioambiental.

---

<sup>415</sup> El fundamento de la relación de causalidad *resultará ser la probabilidad jurídica* en mayor grado que la certidumbre científica. Véase, ARBUES SALAZAR, Juan José, Labrada Bernard; Jesús, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, el Pool Español de Riesgos Medioambientales*”, Op. Cit., pág. 16.; GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Hutchinson, Tomás, y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 129-130.; De CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “*La Relación en la Órbita del Derecho de Daños*”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 43.

<sup>415</sup> ESTEVE PARDO, José, “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 97-100.

<sup>416</sup> La discusión es si finalmente la teoría de la causa adecuada en estricto realmente explica la causa ambiental, esto es, si los daños ambientales son parte de la vida misma, si es ordinario que acontezca un daño ambiental (...). Por lo que se trata de buscar la solución a estos problemas que aquejan a la responsabilidad por daños a la hora de enfrentarse a la causalidad en los riesgos ambientales. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>417</sup> En razón a que la concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente contrastable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales; (...). Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera, además, la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva; esto es, que un resultado es objetivamente atribuible imputable, a una acción. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*El Nexo Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Ocurrenca de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, En: Tratado de Responsabilidad Civil, 2da Edición, Edit. Aranzadi, S.A., Navarra, 2013, pág. 309.

<sup>418</sup> LUQUIN BERGARECHE RAQUEL, “*Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*”, Edit. Thompson Aranzadi, Navarra, España, 2004, pág. 143-147.

<sup>419</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>420</sup> As we have seen, it will be enough in negligence and nuisance to show that the defendant 'materially contributed' to the damage caused, even where his or her own contribution was insignificant if viewed in isolation. This is an important rule, especially in those situations where it would be impossible to pin down the exact contribution of any one polluter, as with nitrate run-off. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Giuvrav LLB Hons, MA, “*Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Op. Cit., page. 278-279.

<sup>421</sup> Tesis que pudieran estar avaladas por el recurso al “principio de precaución” en materia ambiental, que, al invertir la carga de la prueba sobre la inocuidad de la actividad al agente, estarían, en definitiva, proponiendo la presunción del nexo causal, y que habrían encontrado plasmación en futuras propuestas en la materia, en las que se introduce el expediente de la probabilidad como medida de la causa. ÁLVAREZ LATA, Natalia; En: “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-España, 2003, pág. 1731.

Asimismo, partimos por reconocer las debilidades de nuestro derecho en relación a la problemática planteada, pues el sistema de responsabilidad por el daño ambiental no sólo opta por seguir a la teoría de *la causa adecuada*, que como ya se anotó, no resuelve eficazmente la problemática del nexo causal, sino que, además, el sistema peruano, en materia de carga probatoria para establecer la *relación causal del daño*, opta por trasladarla a la víctima. Sistema de responsabilidad que de esa manera promueve, la impunidad de los daños ambientales, en razón a que es casi imposible que la víctima de un daño ambiental, logre determinar el nexo causal del daño ambiental, de manera cierta, como lo exige la norma. Ello se explica porque, nuestro sistema de responsabilidad civil si bien asumió la teoría del riesgo incorporada al Código Civil en el artículo 1970<sup>422</sup>, en donde la víctima se libera de probar el factor de atribución, no obstante, en ella recaer la obligación adicional no sólo de acreditar el daño, sino fundamentalmente *la relación de causalidad*<sup>423</sup>. En ese sentido, el sistema peruano de responsabilidad, deja en indefensión a la víctima en materia de probanza de la causalidad en esta materia.

Merece destacarse como positivo que el sistema peruano de responsabilidad civil, recurra a mecanismos procesales como la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 1969 del Código Civil, mediante cual se dispone que el descargo por falta de dolo o culpa corresponda a su autor. No obstante, mediante este mecanismo probatorio, si bien se libera a la víctima de la prueba diabólica consistente en demostrar fehacientemente en juicio el dolo o culpa del autor, no obstante, no la libera de la necesidad de demostrar *la relación de causalidad entre el hecho y el daño ambiental*. En ese sentido el derecho peruano sigue el sistema tradicional en donde la propia víctima que sufre un daño es quien debe cargar con la prueba del hecho generador del daño ambiental y de la relación de causalidad que relacione el daño, inequívocamente, con un sujeto causante del mismo, lo que puede resultar oneroso en exceso, casi imposible, por la falta de conocimientos técnicos en materias ambientales, que suelen ser muy complejas, lo que resulta absolutamente insoportable en muchos casos en los que las víctimas carecen de esa capacidad probatoria<sup>424</sup>. Siendo ello así, la víctima de un daño ambiental en el sistema de responsabilidad civil peruano se encuentra en una situación de injusticia, pues una de las cargas probatorias que tiene en su contra, justamente es la de probar *la relación causal*, situación que en todo caso será posible en el contexto de probanza de un daño común, más si se trataría de probar la relación causal de un daño ambiental, la víctima necesariamente se encontrará en serios problemas porque, como ya se ha anotado, la naturaleza *suigeneris* del daño ambiental ocasiona dificultad probatoria del nexo causal, situación que hace necesario un cambio legislativo.

Tal como se observa, la problemática planteada es centro de polémica constante y tarea ardua<sup>425</sup>, que obliga el replanteamiento de las posiciones tradicionales acerca de las teorías que explican la relación causal, por ello con el fin de no privar al damnificado de la reparación que reclama, se hace necesario recurrir a nuevas teorías probatorias, mecanismos procesales de flexibilización de su probanza,<sup>426</sup> pruebas

---

<sup>422</sup> artículo 1970 el mismo que establece que: “aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. *Código Civil*, Asociación peruana de Ciencias Jurídicas y Capacitación, Tercera Edición, Lima Perú, 2020, pág. 399.

<sup>423</sup> Le corresponde al demandado (agente contaminante) en todo caso intentar demostrar judicialmente que el daño no fue consecuencia de su conducta, sino consecuencia de una causa ajena, es decir, la presencia de una fractura causal y, en todo caso, de ser ello posible, la existencia de una concausa con el fin de aminorar la indemnización que le corresponderá pagar a la víctima. TABOADA CORDOVA, Lizardo, “Elementos de la Responsabilidad Civil”, Op. Cit., pág. 113-114.

<sup>424</sup> ESTEVE PARDO, José, “*Derecho Del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 109.

<sup>425</sup> CELI ARÉVALO, Marco A., “*Derecho ambiental*”, Op. Cit, pág. 156-157.

<sup>426</sup> La prueba exigida para establecer el nexo causal *no puede tener la misma rigidez de la que tiene la responsabilidad ordinaria*, hay que acudir a la prueba indiciaria, a la probabilidad de la existencia del daño (...) La consecuencia de este enfoque es que

indirectas, presunciones jurídicas,<sup>427</sup> entre otras alternativas, en la búsqueda de una especial solución para superar las dificultades probatorias advertidas. Son éstas y otras cuestiones sumamente enredadas en torno a la posibilidad de establecer la relación de causalidad, y a la vez clave del problema de la responsabilidad por el daño ambiental<sup>428</sup>, que a su vez exige ser analizadas, con el fin de ir tomando la posición que más se adecue para resolver la misma, pues el elemento nuclear de la responsabilidad consiste en establecer la relación de causalidad entre la actuación u omisión del sujeto al que se atribuye la responsabilidad y el daño ambiental efectivo producido, tratando en lo posible de superar los límites teóricos y prácticos. Tema de difícil conceptualización, que amerita ser abordada, a la luz del derecho moderno en la materia.

### **1.1.- La causa necesaria para producir el daño ambiental.**

Uno de los elementos clásicos de la responsabilidad civil es establecer el nexo de causalidad entre la conducta – activa o pasiva- generadora del daño y el perjuicio, el mismo que históricamente se ha constituido como el presupuesto inexcusable de la referida responsabilidad.<sup>429</sup> En ese sentido, debe existir una relación de causa-efecto, entre la conducta del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no nacería la obligación legal de indemnizar<sup>430</sup>, esto es, que la relación de causalidad significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso<sup>431</sup>. Discurso tradicional de la responsabilidad civil, consistente en que para que exista el deber de indemnizar, necesariamente debe probarse el nexo causal entre la conducta del autor del daño y el daño ocasionado en la víctima.

El asunto, es analizar si el enfoque clásico consistente en establecer el nexo de causalidad entre la conducta – activa o pasiva- generadora del daño y el perjuicio, es capaz de resolver la problemática causal de los casos de daños ambientales<sup>432</sup>. En principio se observa que hay dificultad<sup>433</sup> para determinar la cuestión probatoria entre la causa y el efecto<sup>434</sup>, pues el obstáculo mayor es la naturaleza *sui generis* del daño ambiental que requiere soluciones distintas a las que se usa para determinar la relación causal del daño tradicional. Las características especiales del daño ambiental, esencialmente de naturaleza difuso, acumulativo, progresivo, muchas veces con falta de intermediación espacial y temporal de la fuente del

---

cuando un tribunal estima que el demandante tiene derecho a ser indemnizado por el demandado, tal decisión se basa muchas veces no en la certeza de la relación causa – efecto, sino en una mera probabilidad de su existencia. GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho Ambiental Colombiano*”, Tomo I Parte General, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, Bogotá – Colombia, 2006, pág. 158 – 160.

<sup>427</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, s/f, pág. 159.

<sup>428</sup> De CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “*La Relación en la Órbita del Derecho de Daños*”, Op. Cit. pág. 43.

<sup>429</sup> REGLERO Campos, L., Fernando, “*El Nexo Causal. Las causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Concurrencia de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág.303-304.

<sup>430</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos De La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 83-84.

<sup>431</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 241-242.

<sup>432</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, M., “*Causalidad De Los Delitos Contra El Medio Ambiente*”, Tirant to Bland, Valencia, Op. Cit., pág. 49-50.

<sup>433</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>434</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, s/f, pág. 159.



perjuicio,<sup>435</sup> trae como consecuencia que las teorías clásicas no se adecuen a la naturaleza del propio entorno ambiental<sup>436</sup>, dificultando la determinación del nexo de causalidad.

Así tenemos, que las peculiaridades del daño ambiental<sup>437</sup>, determinantes, son la incerteza temporal, los efectos acumulativos en el tiempo del daño ambiental, la progresividad del daño ambiental<sup>438</sup>, la contaminación por sinergia<sup>439</sup>, el fenómeno de latencia. Asimismo, los problemas para la identificación del agente contaminante<sup>440</sup> tanto para establecerlo como para probarlo de manera inequívoca; determina su naturaleza difusa o colectiva del daño ambiental<sup>441</sup>, dado que lesiona mayormente el patrimonio común e intereses colectivos. A ello se suma el limitado conocimiento científico que aún se tiene de la problemática ambiental, por la multiplicidad y dispersión de fuentes emisoras y el distinto efecto de la emisión dañosa, lo que exige contar con un complejo componente tecnológico, así como recurrir a la interdisciplinariedad de las investigaciones para establecer la causa el daño ambiental, técnicamente difícil y excesivamente costoso.

Además, la complejidad del entorno ambiental (vientos, lluvias o avenidas de agua), las múltiples fuentes contaminantes, factores que contribuyen con frecuencia a la amplificación de los daños ambientales, lo que hace más ardua la tarea de conocer la causa del daño ambiental. La falta de facilidad para obtener la información de las empresas responsables del daño ambiental, es otro factor que determina, a la dificultad practica para determinar la causalidad ambiental en un proceso judicial<sup>442</sup>. Tal situación determina

---

<sup>435</sup> CELI ARÉVALO, Marco A., “Derecho ambiental”, Op. Cit., pág. 156-157.

<sup>436</sup> DE LA CUENTA AGUADO, Paz, M., “Causalidad De Los Delitos Contra El Medio Ambiente”, Tirant to Bland, Valencia, Op. Cit., pág. 49-50.

<sup>437</sup> En matière d'environnement, la recherche des responsabilités se heurte, en effet, à des difficultés spécifiques. Non seulement il n'est pas aisé de déterminer l'auteur des dommages, faute de pouvoir établir l'origine des pollutions, notamment si plusieurs exploitants se sont succédés sur un même site, mais au moment où ces pollutions se manifestent, leur auteur a souvent disparu. Autrement dit, en ce domaine, il peut être impossible de caractériser une obligation entre l'auteur d'un dommage et sa victime, voire d'identifier l'un et l'autre. Jean-Louis BERGEL, « Sous La Responsabilité Civile. En Droit Français Et La Mise » En (Euvre Du Droit De L'environnement, Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-Respect », Op. Cit., page 163-168.

<sup>438</sup> In all cases where someone is alleged to be responsible for environmental harm, there is a problem of proof: it is necessary to show a causal link between the acts of a person or company sought to be held liable and the harm that has occurred. This can be difficult when there are multiple sources, a cumulative effect or diffuse pollution, especially over time, or where the action is indirect. The degree of required proximity between the causes and harm must also be decided. KISS, Alexander and SHELTON, Dinah, “Manual of European Environmental Law”, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 140-141.

<sup>439</sup> La llamada «contaminación por sinergia», es decir, el caso de concurrencia de varios agentes contaminantes, hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales de este concepto. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “Algunas Provisiones Sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la Reparación del Daño)”, Op. Cit., pág. 85.

<sup>440</sup> The following reasons have been suggested to explain this result. First, a specific polluter could in many cases be difficult to identify. A disease or a reduction in health could be attributed to a number of different factors besides the pollution. Even if a link between a pollutant and the disease could be established, it turned out to be difficult in many cases to determine which firm was responsible for the damage. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “The Choice of Instruments for Environmental Policy: ¿Liability or Regulation?” SWANSON, Timothy, “An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design”, First Edition, Edit. Elsevier Science Ltda., 2002, Oxford, page. 245-247

<sup>441</sup> Dans tous les cas de dommages écologiques, qu'il s'agisse de pollutions, de nuisances diverses, ou de dégradations du milieu naturel, le dommage subi ne se limite pas à une atteinte a des droits privatifs, mais consiste en une atteinte au patrimoine commun et a des intérêts collectifs. Jean-Louis BERGEL, « Sous La Responsabilité Civile. En Droit Français Et La Mise », En Euvre Du Droit De L'environnement, Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-Respect », Op. Cit., page 163-168.

<sup>442</sup> The following reasons have been suggested to explain this result. First, a specific polluter could in many cases be difficult to identify. A disease or a reduction in health could be attributed to a number of different factors besides the pollution. Even if a link between a pollutant and the disease could be established, it turned out to be difficult in many cases to determine which firm was

problemas de identificación del daño ambiental y de probanza del nexo causal en casos concretos, así, por ejemplo, frente a un daño ambiental con efecto en la salud podrían atribuirse a un número de diversos factores; y aunque pudiera establecerse el vínculo entre la enfermedad y el daño, cuando se trata de múltiples agentes contaminantes, resulta difícil en muchos casos determinar qué empresa es la responsable del mismo<sup>443</sup>. De igual manera, en el caso de los daños ambientales puros, es con frecuencia difícil establecer y probar el nexo causal de manera inequívoca y a veces casi un imposible hacerlo fehacientemente, por naturaleza *sui generis* del daño ambiental.

De todo lo anotado, se puede afirmar que en materia de causalidad del daño ambiental es discutible la aplicación de la causalidad necearía, pues es un campo en el que no hay todavía certeza científica del daño ambiental, ni de una experiencia generalizada sobre dichos fenómenos, dado que los mismos, pertenecen a estos últimos tiempos y por tanto no hay experiencia sobre estos, tanto que inclusive para los científicos son fenómenos ambientales inciertos, para los operadores jurídicos lo son aún más. Ello se explica, porque el daño ambiental ha sorprendido a la comunidad científica mundial, observándose que el desarrollo científico en materia ambiental, no ha avanzado de la misma manera como han sucedido los fenómenos de los daños ambientales, particularmente intensos y catastróficos.

Así tenemos que, la evidencia científica acerca de las consecuencias del daño ambiental sobre el medio ambiente y sus distintos componentes, el mismo que es por naturaleza de muy diversas sustancias y emisiones, es por ahora, inexistente o muy escasa o, cuanto menos, lo suficientemente ambigua y poco concluyente como para permitir fundar sobre la misma un juicio científico de causalidad<sup>444</sup>. Los conocimientos científicos en materia ambiental, son aún incipientes y limitados, existe una gran desventaja de inicio para probar la relación causal, pues no se tiene un conocimiento completamente exacto de estos fenómenos. Toda esta situación redundante en la imposibilidad práctica, para comprobar la relación causa efecto, entre la conducta del agente contaminante y el daño ambiental. No obstante, tal situación no debe implicar la liberación del lesionante de la obligación de reparar el daño ambiental, sino más bien exige, recurrir a modernas teorías igualmente satisfactorias para fijar el nexo causal del daño ambiental, tal y como se analizará en la presente investigación.

## **2.- Las teorías clásicas y modernas que tratan de explicar la relación de causalidad en el daño ambiental.**

La responsabilidad civil empieza a ser estudiada de forma metódica y sistemática a mitad del siglo XIX<sup>445</sup>, y partir de ello, específicamente en tiempos más cercanos, se han desarrollado las teorías que explican el nexo causal del daño en general, tal como son la Teoría de la equivalencia y la Teoría de la

---

responsible for the damage. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “*The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?*”, Compiler SWANSON, Timothy, “*An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*”, Op. Cit., page. 245-247

<sup>443</sup> The following reasons have been suggested to explain this result. First, a specific polluter could in many cases be difficult to identify. A disease or a reduction in health could be attributed to a number of different factors besides the pollution. Even if a link between a pollutant and the disease could be established, it turned out to be difficult in many cases to determine which firm was responsible for the damage. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “*The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?*”. Compiler, SWANSON, Timothy, “*An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*”, Op. Cit., page. 245-247

<sup>444</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36-37.

<sup>445</sup> Las teorías de responsabilidad civil más representativas la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa adecuada, y la teoría de la acción humana. DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “*La Relación de Causalidad en la Órbita del Derecho de Daños*”, Op. Cit., page. 94.

adecuación<sup>446</sup>. La primera teoría sostiene que es causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que este no se hubiera producido si la condición no se hubiese dado «*conditio sine qua non*». Son causa, por tanto, todas y cada una de las condiciones, ya que sin el concurso de todo el resultado dañoso no se hubiera producido. Y la segunda, es la teoría de la adecuación que sostiene que la cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en el ámbito del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo<sup>447</sup>. El asunto es que, dichas teorías si bien se han adecuado casi con perfección a explicar los daños comunes, surgen problemas prácticos de aplicación para resolver la problemática causal de los daños ambientales.

Corresponde centrar el estudio respecto a la polémica consistente en determinar si el presupuesto de la causalidad adecuada, resuelve o no la problemática causal en el campo de la responsabilidad civil del daño ambiental, aspecto por demás conflictivo, que da pie a mayores debates. Al punto que un sector de la doctrina predica, con los ojos puestos en el presupuesto de la causalidad, y en menor medida a la autoría y el daño, que es preciso dejar de lado la construcción milenaria de la responsabilidad civil para adoptar un régimen especial y autónomo de responsabilidad ambiental<sup>448</sup>, a ello se agrega que al aplicar dichas teorías en los sistemas de responsabilidad diferenciados en relación al factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo, se tendrá diferentes connotaciones. Así, respecto a la teoría de la causa adecuada la discusión es si *en estricto* explica la causa ambiental, si los daños ambientales son parte de la vida misma. Esto es, si se justifican en el curso natural y ordinario de las cosas, o si en cambio, los daños ambientales, por su especial singularidad, son fenómenos más bien extraordinarios, anormales, lo que determina la dificultad práctica para lograr probar el nexo causal de manera ordinaria.

No siendo el caso repetir lo que debate la doctrina civilista en este punto, solo corresponde hacer una breve síntesis<sup>449</sup>, y estudiar las principales innovaciones en el derecho civil moderno en relación al establecimiento de la relación de causalidad del daño ambiental, partiendo por reconocer que las teorías clásicas sobre la causalidad ameritan ser replanteadas, en razón a que fueron diseñadas para resolver el nexo causal de daños ocasionados por una industria incipiente, para daños comunes y no para los daños altamente riesgosos y peligros de una sociedad altamente tecnológica como la actual.

## **2.1.- Teoría de la equivalencia y la relación de causalidad en el daño ambiental.**

Para la teoría de la equivalencia, es causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que este no se hubiera producido si la condición no se hubiese dado con el concurso de todas las condiciones «*conditio sine qua non*». Por tanto, son causa, todas y cada una de las condiciones dadas, ya que sin el concurso de todas no se hubiera producido el daño<sup>450</sup>. Por lo que, para esta posición a la causalidad se le exige la sucesión ininterrumpida de causas; no importando la cadena causal, bastando que la conducta de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él.<sup>451</sup> Se trata, por tanto, de una teoría determinista y subjetiva aplicada por la jurisprudencia en innumerables

---

<sup>446</sup> GOMÁ SALCEDO, José Enrique, “*Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*”, Op. Cit., pág. 912-914.

<sup>447</sup> GOMÁ SALCEDO, José Enrique, “*Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*”, Op. Cit., pág. 912-914.

<sup>448</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y Otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 108.

<sup>449</sup> PASTORINO, Leonardo Fabio, “*El Daño al Ambiente*”, Op. Cit., pág. 186-190.

<sup>450</sup> GOMA SALCEDO, José Enrique, “*Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*”, Op. Cit., pág. 912-914.

<sup>451</sup> DE CUEVILLAS MATIZA, Ignacio, “*La Relación de Causalidad en la Órbita del Derecho de Daños*”, Op. Cit., pág. 94.

casos de daños comunes<sup>452</sup>, habiéndose pronunciado reiteradamente, en el sentido que a la causalidad se le exige la sucesión ininterrumpida de causas y efectos.

El asunto, es que dicha teoría al tratar de ser aplicada a la problemática causal del daño ambiental imposibilita conocer inequívocamente cada una de las condiciones que ocasionó el daño ambiental, no explicando, por ejemplo, el problema de la acumulación de daños ambientales, en donde no se conoce certeramente las causas del daño ambiental. Por lo que, dicha teoría es de difícil aplicación para resolver la problemática de la relación causal de los daños ambientales, pues parte de un imposible, dado que el daño ambiental por su naturaleza mayormente se manifiesta después de un período de latencia, es progresivo, acumulativo, determinando que sea imposible conocerse certeramente la sucesión ininterrumpida de causas y efectos de los daños ambientales.

Si partimos por reconocer que una de las características del daño ambiental es su incerteza temporal existiría un frecuente problema para establecer la relación causal bajo la óptica de la teoría de equivalencia porque no es posible cumplir con la exigencia de la sucesión ininterrumpida de causas, justamente por el desconocimiento en el tiempo o de incerteza temporal de los daños ambientales; debido especialmente a una serie de factores consistentes en que: los daños ambientales se manifiestan después de un largo período de latencia, son paulatinos o “crónicos”, existe falta de intermediación espacial y temporal entre la fuente del perjuicio y quien sufre el daño ambiental, la existencia de la llamada “catarata” de daños directos o daños indirectos, los daños ambientales progresivos, los daños ambientales futuros, entre otros problemas relacionados con el tiempo, hace imposible cumplir con la exigencia de la sucesión ininterrumpida de causas del daño ambiental.

Así, el fenómeno ambiental conocido en la doctrina como “*período de latencia*” se manifiesta en ese entorno de complejidad propio de muchos daños ambientales, en donde el frecuente problema es el desconocimiento en el tiempo o de incerteza temporal del daño ambiental, pues éste retarda<sup>453</sup> sus efectos nocivos en el medio ambiente o en las personas. Las agresiones al medio ambiente son, por tanto, daños que se hacen manifiestos sólo después de un largo período de tiempo, con consecuencia de una reacción retardada a la emisión o contaminación, dificultando la prueba de la causalidad<sup>454</sup>. El daño ambiental, en estos casos, tarda en manifestarse, y sólo al conocerse el mismo es cuando es posible plantearse las acciones de responsabilidad correspondiente, mayormente, cuando la actividad que lo provocó ha desaparecido, y ya no están los causantes del daño ambiental, o le han sucedido otros responsables, incrementado el efecto acumulativo de la responsabilidad del daño ambiental y la dificultad practica de lograr conocer el nexo causal del mismo. Estas, son razones importantes, que demuestran que la teoría de la equivalencia no resuelve la problemática para establecer el nexo causal de los daños ambientales, pues

---

<sup>452</sup> En reiterada doctrina jurisprudencial española, se advierte diversos criterios para determinar el nexo causal la teoría de la equivalencia: i) si bien se requiere el requisito de la causalidad, se puede apreciar, que, en la misma, sin mencionarla, se adopta una postura cercana a la teoría de equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, *al exigir la sucesión ininterrumpida de causas y efectos*. (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 10-3-1987, R. J. A., ref. 1426); ii) con claridad tan meridiana como en la siguiente: «aún en la teoría del riesgo, la de objetividad en la responsabilidad y la de la inversión de la carga de la prueba, en la aplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil es preciso acreditar el nexo causal de la acción u omisión con el resultado letal. (Sentencia de fecha 27-10-1988, en A.C., tomo 1989-1, ref. 209). DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “*La Relación de Causalidad en la Órbita del Derecho de Daños*”, Op. Cit., pág. 94.

<sup>453</sup> ESTEVE PARDO, José, “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 97-100.

<sup>454</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36-37.

es imposible conocerse certeramente la sucesión ininterrumpida de las causas y efectos de los daños ambientales.

## 2.2.- La teoría de la causalidad adecuada.

La teoría de la causalidad adecuada es la que mejor respuesta al problema de la causalidad desde el punto de vista de la responsabilidad civil clásica. Esta doctrina parte del criterio de previsibilidad, la misma que recurre a la experiencia de la vida misma, observando lo que de ordinario acontece. La causa para esta teoría “será únicamente la condición que *según el curso natural y ordinario de los cosas*, es idónea para producir de por sí misma el resultado; siendo que las demás condiciones, antecedentes o factores, son en sí mismos considerados irrelevantes de ese resultado<sup>455</sup>. Realizándose un juicio o cálculo de probabilidades *ex post facto*, en donde lo importante es determinar si la acción u omisión del presunto agente fue por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas.

El problema es que no todos los acontecimientos son las causas de la producción del daño, y por tanto no todas las causas tienen la misma relevancia en la producción del mismo. Siendo ello así, el daño se tiene que asociar a aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos ha sido su causa directa e inmediata. Todos los demás hechos son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad.<sup>456</sup> Sólo se es responsable de un daño en el caso de que la conducta sea causa normalmente generadora del resultado, y haya además una previsibilidad subjetiva del agente o un criterio objetivo de previsibilidad racional, en donde se concluya con certeza cuál es la causa que determinó la existencia del daño.

En ese sentido, se sostiene que, cualquiera sea el factor de imputación o atribución: subjetivo u objetivo; cualquiera sea la gravedad del reproche, la actuación a sabiendas o con intención de causar un perjuicio ambiental, si no hay una adecuada relación de causalidad, si el perjuicio es extraño o ajeno al obrar del agente, no existe responsabilidad<sup>457</sup>. Por lo que, en la causalidad adecuada sólo se es responsable cuando la producción del daño es aceptada como normalmente probable, esto es, para un observador experimentado de acuerdo a la experiencia general, para causar un resultado dañoso, o el aumento significativo del riesgo de que se produjera.

El sistema de responsabilidad civil en el derecho peruano, al igual que la mayoría del derecho comparado se mueve en el escenario de la teoría de la causa adecuada, establecido en el artículo 1985 en el Código Civil peruano <sup>458</sup>, según el cual, para determinar la responsabilidad debe existir *relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido*. Por lo que, el sistema de responsabilidad civil opta por la causa adecuada, la misma que al ser aplicada para resolver el nexo causal del daño ambiental, ocasionará serios problemas, pues dicha teoría es posible ser aplicada, en los casos de daños tradicionales, los mismos

---

<sup>455</sup> RAMÍREZ, Orlando Jorge, “*Indemnización de Daños y Perjuicios, Actos Ilícitos e Incumplimiento Contractual*, Op. Cit., pág. 90-93.

<sup>456</sup> En la doctrina y jurisprudencia anglosajonas ha encontrado eco la teoría conocida como «de la causalidad próxima», cuya formulación se remonta a BACÓN, constituye una reacción contra el intento de llevar a cabo un exhaustivo análisis de todas las causas que intervienen en cualquier suceso de la realidad y reconoce relevancia (a efectos de atribuir o rechazar la responsabilidad) sólo a la causa más próxima en el tiempo, esto es, a la inmediatamente anterior a la producción del daño. Todas las demás, por remotas se consideran intrascendentes a efectos jurídicos. DE CUEVILLAS MATIZA, Ignacio, “*La Relación de Causalidad en la Órbita del Derecho de Daños*”, Op. Cit., pág. 94.

<sup>457</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y Otro, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 109.

<sup>458</sup> CÓDIGO CIVIL, Ministerio de Justicia, Décimo Sexta Edición Oficial, 2015, Lima- Perú, pág. 578.

que suceden mayormente en una situación de normalidad, escenario en el que no suceden los daños ambientales, pues naturaleza *sui generis* imposibilita conocer con certeza absoluta el curso normal de su causa de los mismos. La doctrina jurisprudencial en el Perú<sup>459</sup>, de manera reiterada aplica la teoría de la causalidad adecuada<sup>460</sup>, para establecer el nexo causal de la responsabilidad civil extracontractual. Tal situación amerita un cambio legislativo en el derecho peruano, que resuelva con eficacia la problemática causal del daño ambiental.

Asimismo, a nivel de Latinoamérica, el sistema de responsabilidad civil argentino en el artículo 901 de su Código Civil opta también por el principio de *casualidad adecuada*<sup>461</sup>, no sólo respecto de los daños comunes sino también para resolver la relación de causalidad de los daños ambientales, en donde se sostiene que la relación de causalidad implica que cada uno de los momentos que integran o constituyen las partes o aspectos de su actuación total, desde el hecho o el acto inicial hasta la producción del resultado, aparezcan perfectamente enlazados a manera de eslabonar una cadena, de forma que el acto anterior condicione, al “acto resultado”. Es por ello, que el derecho comparado, en su mayoría opta por aplicar la teoría de la causa adecuada como la única solución a la problemática causal del daño ambiental, pues se considera a la causa adecuada como aquella que, aun concurriendo con otras, sea la decisiva y la determinante del evento dañoso. En donde, no cabe imputar objetivamente un concreto acontecimiento dañoso a la conducta del demandado, pues la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable por un observador experimentado<sup>462</sup>. Puntualizándose, además, que esa necesidad de una cumplida acreditación del nexo causal no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la aplicación del sistema objetivo de responsabilidad o instituciones jurídicas como la inversión de la carga de la prueba.

La aplicación de la teoría de la causa adecuada, también parece ser la tendencia del sistema de responsabilidad civil español en materia de daño ambiental. Así a nivel doctrinario, autores como REGLERO, destacan la importancia de la llamada teoría de la causalidad adecuada (también conocida bajo la denominación de causa eficiente); la misma que viene, además a constituir la dimensión jurídica (imputación causal u objetiva) de la relación causal.<sup>463</sup> En donde el presupuesto indispensable para

---

<sup>459</sup> El actor está obligado a probar fehacientemente la existencia de los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre el hacer del demandado y el resultado dañoso producido, para que proceda la indemnización por acto ilícito. - Ejecutoria del 7 de octubre de 1977.- Exp. No. 732-77. Revista de Jurisprudencia Peruana N° 406, noviembre de 1977, Lima –Perú. pág.1363. En: BALBIN GUADALUPE, Augusto, “*La Responsabilidad Extracontractual (Art. 1969 al 1988 del Nuevo Código Civil Peruano de 1984) Concordancias – Comentario Jurisprudencia*”, Editorial INKARI E.I.R.L, Primera Edición, Lima, 1985, pág. 298.

<sup>460</sup> Res. N° 726-S Lima, once de setiembre de mil novecientos noventaiocho. VISTOS; interviniendo como ponente el señor Torres Carrasco; por los fundamentos de la sentencia recurrida; y CONSIDERANDO, además: PRIMERO: Que, en primer término, para la procedencia de una acción indemnizatoria debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, lo que ciertamente no se encuentra acreditado en autos [...]. MESINAS MONTERO, Federico, “*Leasing Vehicular y Responsabilidad por Daños a Terceros*”. En: Revista “Cuadernos Jurisprudenciales – La Responsabilidad Civil Extracontractual”, Año 2, N° 13, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pág. 20.

<sup>461</sup> El Código Civil argentino, ha receptado el principio de *casualidad adecuada*, es decir, ha trazado como directiva, aquella que selecciona – luego de un análisis retrospectivo- cuál es el factor de entre los múltiples que ocurren, que normalmente desencadenan las consecuencias dañosas, teniendo en cuenta las normas de experiencia, esto es: “según el curso de las cosas” al decir del artículo 901 del Código Civil. VENTINI, Juan Carlos, “*Responsabilidad por daños contractual y extracontractual*”, Editorial Juris, Argentina, 1990, pág. 14.

<sup>462</sup> Como es sabido, la causalidad adecuada no suele entender como un complemento corrección de los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones sino como un criterio distinto, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en Alemania igual que ocurre en Francia. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit, pág. 292-315.

<sup>463</sup> Esta teoría parte de la base de la equivalencia de las condiciones, en un plano meramente físico o material (nomológico-ontológico). Para la determinación la existencia de la relación causal entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante es de aplicación el principio de la causalidad adecuada, según el cual el resultado debe ser una consecuencia natural, adecuada y

atribuir la responsabilidad, es que exista una relación de causalidad material entre el daño cuya reparación se reclama y la actividad del agente<sup>464</sup>. En ese sentido también se pronuncia ALVAREZ LATA, la causa adecuada es aquélla que, aun concurriendo con otras, es la decisiva y la determinante del evento dañoso<sup>465</sup>. Esto es, si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, y, por tanto, se halla en relación causal con ella, y en ello se fundamenta el deber de indemnizar<sup>466</sup>, de tal manera que debe haber una certeza absoluta de quien realizó la actividad dañosa.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial española<sup>467</sup> se resiste a aceptar que no es posible establecer la certeza de la relación causal en materia de daño ambiental<sup>468</sup>, y es terminante al exigir la imprescindible prueba legal de su indiscutible certeza, precisándose que se debe establecer la certeza del nexo causal, y por tanto, el resultado probatorio referente al nexo causal, no puede ser sustituido por deducciones, conjeturas o probabilidades. Lo que se busca es hallar la causa-efecto<sup>469</sup> del daño de manera casi perfecta, en donde la causa-efecto debe estar enlazado a manera de una cadena, de forma que el acto anterior condicione al posterior hasta que llegue o se produzca el resultado. Al respecto, RUDA observa que el propio Tribunal Supremo español ha reconocido que una demostración exacta desde un punto de vista científico -natural es inalcanzable. En casos como un incendio forestal, por ejemplo, no suele haber una prueba con seguridad excluyente de toda duda, sino conforme a las exigencias racionales de la lógica y de las ciencias del espíritu<sup>470</sup>. Situación problemática, que pone en aprietos, a la teoría de la causa adecuada, la misma que justamente se fundamenta en la experiencia, en lo observado y en lo que de ordinario sucede.

---

suficiente de la determinación de la voluntad. En cada caso concreto debe verse si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, Op. Cit., pág. 310-331.

<sup>464</sup> REGLERO CAMPOS, L., Fernando, *“El Nexos Causal. las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Concurrencia de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil”*, Op. Cit., pág. 335.

<sup>465</sup> La doctrina jurisprudencial española, se orienta por la teoría de la causa adecuada. Así en un caso en concreto, que en cuanto a los elementos del nexo causal y a su lógica trabazón para fijar la causa adecuada y determinante del daño producido por las fábricas de los demandados en la finca agrícola del actor, que determinó el deterioro y disminución agrícola de la cosecha, causa incluso reconocida por los demandados, sin que por su parte hubieran acreditado la eficacia de otras concausas. (STS 14 julio 1982, [RJ 1982, 4237]). ALVAREZ LATA, Natalia, *“La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, en Tratado de Responsabilidad Civil”*, Op. Cit., pág. 1729-1734.

<sup>466</sup> GOMA SALCEDO, José Enrique, *“Instituciones de Derecho Civil y Foráneo”*, Op. Cit., pág. 914.

<sup>467</sup> ¿Certeza en la prueba del Nexos Causal? En un caso, concreto, la doctrina jurisprudencial española, sostiene que no se ha demostrado la relación causal concreta y precisa, no habiendo sido posible determinar cuál fuera la verdadera causa de dicho daño. Toda vez que no aparece probado en autos que la temperatura de las aguas, haya determinado la pérdida de las plantas del actor. El resultado probatorio referente al nexo causal, no puede ser sustituido por deducciones, conjeturas o probabilidades, la doctrina jurisprudencial es terminante al exigir la imprescindible prueba legal de su indiscutible certeza (STS 28 junio 1979). CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *“La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo”*, Op. Cit., pág. 207-209.

<sup>468</sup> El resultado probatorio referente al nexo causal, no puede ser sustituido por deducciones, conjeturas o probabilidades, pues la doctrina jurisprudencial es terminante al exigir la imprescindible prueba legal de su indiscutible certeza. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *“La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo”*, Op. Cit., pág. 207-209.

<sup>469</sup> Esta parece ser la teoría aceptada por la jurisprudencia española, en cuanto determina, así, en sentencia de 10 marzo 1987, que «constituye una cuestión claramente jurídica, la llamada «relación de causalidad», requisito indispensable para que puedan ser imputados al agente las consecuencias del daño originado, e implica o supone que cada uno de los momentos que integran o constituyen las partes o aspectos de su actuación total, desde el hecho o el acto inicial hasta la producción del resultado, aparezcan perfectamente enlazados a manera de eslabonar una cadena, de forma que el acto anterior condicione al posterior hasta que llegue o se produzca el resultado». MORENO TRUJILLO, Eulalia, *“La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro”*, Op. Cit., pág. 255.

<sup>470</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, *“El Daño Ecológico Puro”*, Op. Cit., pág. 315 -321.

Lo intrincado de los procesos que tienen lugar en el medio ambiente natural determina que las hipótesis resulten con frecuencia imposibles de comprobar experimentalmente y a menudo una verdadera laguna en la prueba del mismo, una incertidumbre etiológica general o absoluta determinada por lo limitado del conocimiento humano<sup>471</sup>. Por lo que, establecer el nexo causal con una certeza absoluta puede convertirse en un imposible alcanzar, en razón, a que, el nexo causal del daño ambiental ocasionado a un ecosistema exige conocer el equilibrio ecológico existente antes del daño, y de esa manera poder comprobar la causa de las alteraciones ecológicas.

De todo lo anotado, sostenemos la tesis que en materia de responsabilidad por el daño ambiental es imposible conocer con certeza el nexo causal del daño ambiental, pues la experiencia señala que hay una imposibilidad práctica de conocer los daños ambientales a cabalidad, en razón a las circunstancias *suigeneris* del mismo, como por ejemplo: el fenómeno de latencia, la pluralidad de agentes contaminantes, la naturaleza acumulativa del daño ambiental, entre otros factores; que determinan que sea sumamente imposible enlazar de manera perfecta la cadena causal, por lo que dicha teoría no constituye un referente positivo para determinar la relación causal del daño ambiental.

Siendo ello así, con el fin de encarar con propiedad los llamados “riesgos del desarrollo”, se hace necesario flexibilizar la probanza de la relación causal, partiendo por aceptar que los conocimientos científicos y tecnológicos en materia ambiental son todavía incompletos en muchos aspectos<sup>472</sup>, que existe incertidumbre científica para conocer los efectos nocivos de las actividades contaminantes en el medio ambiente, en la salud del ser humano, que son muchas veces daños imprevisibles e inciertos<sup>473</sup>, y que la ciencia no tiene conocimientos científicos exactos sobre los efectos nocivos del daño ambiental en el medio ambiente. Siendo ello así, la relación de causalidad del daño ambiental debe determinarse a través de soluciones jurídicas modernas como: la teoría de la causalidad jurídica, la teoría de la facilitación de la prueba, la teoría de la causalidad probabilística, las presunciones jurídicas, entre otros mecanismos de solución jurídicas, las mismas que se hace necesario analizarlas.

### **2.2.1.- Teoría de la causa adecuada y la problemática causal del daño ambiental.**

La teoría de la causa adecuada aplicada a la relación de causalidad del daño ambiental determina dificultades teóricas y prácticas, pues según esta opción teórica, se trata de resolver la relación de causalidad, determinando si la concurrencia del daño era de esperarse en el ámbito del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. La causa entonces, será únicamente la condición que “según el curso natural y ordinario de las cosas” es idónea para producir por sí misma el resultado.

Esta teoría aplicada en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental debe corresponder con la actividad que lo originó, esto es, el resultado lesivo debe ser adecuado a esa actuación, sólo en esta situación de correspondencia entre la causa y el resultado hay relación causal y, en consecuencia, hay

---

<sup>471</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>472</sup> Así, los instrumentos de medida utilizados para determinar los umbrales de polución dan resultados cuya habilidad es sólo aproximativa, con un margen de error de más o menos un 20 por 100(...) pues el recurrir al experto no constituye solución milagrosa suficiente para eliminar las incertidumbres. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la reparación del daño)*”, Op. Cit., pág. 75.

<sup>473</sup> ESTEVE PARDO, José, “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 97-100.



deber de indemnizar, caso contrario el daño ambiental quedará impune por la imposibilidad de conocer con certeza el nexo causal. La causalidad adecuada, por tanto, no se suele entender como un complemento a la corrección de los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones; sino como un criterio distinto para la declaración del nexo causal del daño ambiental, en donde, es preciso la existencia de una prueba determinante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos.

En el plano jurídico, no todos los antecedentes causales de un resultado dañoso tienen la misma relevancia, esto es, no todas las causas son el resultado necesario de otra causa, pues a veces el resultado solamente está en el plano de la probabilidad, en ese sentido la teoría de la adecuación no toma en consideración la posibilidad de que ocurra el daño, sino la certeza de que suceda el mismo. Esta es la razón por la que esta teoría no logra explicar a cabalidad la causalidad del daño ambiental, porque casi siempre, no se conoce con certeza cuál fue la causa, sino que mayormente se debe a un cúmulo de causas.

En la teoría de la causa adecuada, se debe hacer *ex post facto* un juicio o cálculo de probabilidades, prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, y por tanto habrá de preguntarse si la acción u omisión del presunto agente contaminante, fue por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas, dado que esta posición parte de la base de la equivalencia de las condiciones, en un plano meramente físico o material (nomológico-ontológico), en donde el nexo causal es, un requisito inexcusable para el nacimiento de la responsabilidad, sea cual fuere el sistema aplicable, lo que imposibilita su aplicación a la problemática causal por los daños ambientales, pues no todos los antecedentes causales de un resultado dañoso tienen la misma relevancia.

La ineptitud de la concepción de la causalidad adecuada para enfrentarse a los riesgos ecológicos, obedece a diversos factores, así hay elementos cuya presencia en el conocimiento y apreciación de los efectos medioambientales de las actividades económicas y sociales, agravan notablemente los juicios acerca de la relación causa-efecto<sup>474</sup>. En este escenario aspirar a un conocimiento completamente exacto de estos fenómenos ambientales, es casi imposible, por lo limitado del conocimiento humano sobre el daño ambiental, prácticamente inexistente, escaso, ambiguo y poco concluyente y aún en evolución, lo que no permite un juicio de certeza de la causalidad.

Los efectos medioambientales negativos son, además, en muchos casos, resultado de la actuación conjunta de diversos factores agresivos, algunos de los cuales pueden ser identificables como producto de una cierta actividad humana o de una empresa concreta, no obstante, otros son de origen natural o simplemente desconocido<sup>475</sup>. Asimismo, la “polución progresiva” o daño ambiental progresivo se manifiesta a través de la concatenación en el tiempo de los hechos dañosos, esto es, no sólo es causa de la actividad humana en un solo momento, sino que es producto de la confluencia de múltiples y diversas causas<sup>476</sup>. Esta situación crea una verdadera “catarata” de perjuicios ambientales que la doctrina conoce bajo el nombre de efectos o daños ambientales indirectos<sup>477</sup>, en donde el daño ambiental es originado por

---

<sup>474</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36-37.

<sup>475</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36-37.

<sup>476</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil,*” en “*Homenaje al profesor Dr. José Luis La Cruz Bermejo*”, José Luis La Cruz Bermejo, Edit. J. M. Bosch, España, 1992, pág. 207.

<sup>477</sup> De CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “*La Relación En La Órbita Del Derecho De Daños*”, Op. Cit., pág. 43.

las múltiples acciones humanas que se mezclan entre ellas, lo que imposibilita determinar con exactitud el nexo causal del daño ambiental.

El propio entorno ambiental es el que con frecuencia amplifica los daños ocasionados por los agentes contaminantes, por procesos naturales -vientos, lluvias o avenidas de agua- que pueden contribuir a la ocurrencia del daño ambiental.<sup>478</sup> Así, la sentencia emitida por el Tribunal Supremo español de fecha 18 junio 1996 (RJ 1996, 5101) estableció que «está perfectamente delimitada la relación de causa-efecto, originada por el mantenimiento ilícito de una situación de peligro o potencialidad indebida de los riesgos que desencadenaron sin control las lluvias, fenómeno causal que en el último eslabón de la cadena únicamente sirvió para confirmar "*in actu*" la imprevisión culposa de los hechos que acaecieron<sup>479</sup>. Corresponde entonces a la jurisprudencia, en los casos concretos, determinar la responsabilidad del agente contaminante, cuando la misma no sólo se origina en su propia actividad sino por el entorno ambiental, cuyos fenómenos causales sirven muchas veces para acelerar la ocurrencia del daño ambiental. En estos casos, los agentes contaminantes deben asumir responsabilidad objetiva o directa bajo la premisa de que la naturaleza no ocasionaría mayor daño si no tuviera el antecedente de la existencia de actividades riesgosas para el medio ambiente.

A lo anotado, se suma la pluralidad de agentes contaminantes, pues en estos casos, cuando el daño es consecuencia del efecto acumulativo de las actividades de varios sujetos es casi imposible determinar cuál de dichas actividades es la causante del daño concreto<sup>480</sup>. Un ejemplo de ello, es lo que ocurre en el caso de las emisiones a la atmósfera que causan la lluvia ácida, cuyos efectos lesivos al medio ambiente se manifiestan hasta pasado un cierto tiempo<sup>481</sup>, lo que hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales de este concepto. Tal situación determina sin remedio recurrir a otras teorías, conceptos, que ayuden a resolver el problema de la causalidad en el daño ambiental.

Así, la aplicación de la teoría probabilística y jurídica de la casualidad, son opciones pragmáticas, las mismas que unidas a soluciones como la facilitación de la prueba, muestran un panorama optimista, toda

---

<sup>478</sup> ESTEVE PARDO, José, " *Derecho del Medio Ambiente*", Op. Cit., pág. 97-100.

<sup>479</sup> La STS de 18 junio 1996 (RJ 1996, 5101) condenó al explotador de una cantera por los daños materiales causados en fincas e inmuebles, a causa del arrastre de materiales de aquella debido a lluvias torrenciales. La cantera estaba ubicada a ciento sesenta metros del linde del casco urbano, lo que suponía una infracción de preceptos reglamentarios. En el recurso de casación (el titular de la explotación fue condenado en ambas instancias) el demandado alegó que la finalidad de la prohibición de la explotación de la cantera no era de seguridad, sino de evitar que se triturara piedra y se levantaran nubes de polvo en sus alrededores. El TS desestimó el motivo declarando que «si bien la causa efectiva del desastre no fue la cercanía de la cantera (...), sino la inesperada lluvia torrencial que, por inesperada era imprevisible», es razonable suponer que «desaparecida la causa principal que contravenía lo dispuesto en las leyes, las subsiguientes no hubieran producido el efecto dañino que ocurrió». (...) Los daños producidos son, pues, consecuencia de aquella Previsión negligente. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, " *El Nexo Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Ocurrencia de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil*", Op. Cit., pág. 329.

<sup>480</sup> Le plus souvent, les pollutions de l'eau ou de l'air ou les nuisances inhérentes à des bruits excessifs proviennent de Traction conjuguée d'auteurs divers, sans qu'on puisse les rattacher précisément aux uns ou aux autres. (...) Mais, compte tenu de l'ampleur des dommages écologiques, du coût de leur réparation et d'impossibilité fréquente des actions récursoires contre d'autres exploitants, souvent disparus ou insolubles, un tel mécanisme est manifestement inapproprié (...). En toute matière, il ne saurait y avoir de responsabilité sans que soit établi un lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage. Or, la manifestation des dommages écologiques est souvent diffuse et tardive et leur appréciation suppose de longues expertises onéreuses et complexes. Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile. En Droit Français Et La Mise* », En Euvre Du Droit De L'environnement, Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, « *L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-Respect* », Op. Cit, page 163-168.

<sup>481</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, Hutchinson, Tomás, y otros, " *Daño Ambiental*", Tomo II, Op. Cit., pág. 129-130.

vez que, si la prueba del nexo causal es científicamente imposible, no cabe exigirla al demandante, pues la responsabilidad existe por la mera creación de un riesgo. La generalización de este criterio podría ser útil también en relación con otros daños -incluidos los ecológicos puros- cuya etiología es aún desconocida<sup>482</sup>. De hecho, aspirar a un conocimiento completamente exacto del fenómeno del daño ambiental es poco realista, pues como se aprecia, la lógica de las cosas, el sentido común hace necesario recurrir a otros mecanismos de solución, pues esta teoría de la causa adecuada no se elaboró pensando en la relación causal del daño ambiental, sino en la relación de los daños clásicos. De todo lo anotado, es necesario reconocer que, en materia de responsabilidad por el daño ambiental, la prueba del nexo causal es científicamente imposible, y, por tanto, para su determinación es necesario optar por la teoría de la probabilidad, a la teoría jurídica de la causalidad, a la flexibilidad de la prueba, entre otras soluciones.

### **2.2.2. La relación de causalidad, en relación a la responsabilidad objetiva de los daños ambientales.**

En lo que respecta a la relación de causalidad del daño al medio ambiente, según qué sistema de responsabilidad se aplique (subjetivo u objetivo) tiene diferentes connotaciones jurídicas, así, en el sistema de responsabilidad objetiva cuyo ámbito material de aplicación viene delimitado por la norma especial, la figura de la causa jurídicamente relevante (causalidad adecuada) pierde parte de su significado tradicional, en la medida en que desaparece el inevitable paso subjetivo del sistema general, permaneciendo tan sólo su dimensión física o material<sup>483</sup> y por tanto, la imputación del daño se desvincula por completo de todo ropaje de subjetividad, adquiriendo una dimensión estrictamente objetiva y puramente jurídica. Ello se debe porque, en la responsabilidad objetiva no es necesario preguntarse acerca de la culpabilidad del agente, sino, simplemente analizar objetivamente la actividad del agente contaminante, esto es que, el hecho dañoso se haya verificado dentro del ámbito de aplicación de la ley especial que constituye un sistema objetivo de responsabilidad.

La relación de causalidad no se interrumpe en el sistema objetivo de responsabilidad, como si sucede en los esquemas de responsabilidad subjetiva en donde la culpa del agente implica una especie de atracción causal de todos los efectos que de él derivan<sup>484</sup>, rompiéndose la cadena causal a falta de culpa. En el sistema objetivo, en cambio, la relación de causalidad es continua, pues entre el hecho y el daño ha mediado otra causa próxima<sup>485</sup>. Por lo que es una responsabilidad inmediata, en donde se presume la relación casual en función de la actividad que se realiza y no de la culpabilidad.

Dada la complejidad del tema, un sector de la doctrina señala, sostiene que hay necesidad de distinguir como categorías independientes: *la relación causal* y *la imputación objetiva*, en razón a que desde el punto de vista clásico, la concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente contrastable a determinar según los métodos de las ciencias naturales; y otra cosa distinta es la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva; esto es, que un resultado es objetivamente

---

<sup>482</sup> No obstante, el criterio de la causalidad próxima parece criticable, ya que confunde una cuestión relacionada con la previsibilidad del daño -y, por ende, con la culpa- con la causalidad. Como se ha puesto de relieve, ni en el plano naturalista ni en el lógico puede encontrarse diferencia sustancial entre causa próxima y *causa*. El término «próximo» carece además de un significado preciso desde un punto de vista lógico o científico. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>483</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 1729-1734.

<sup>484</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 267-269.

<sup>485</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 267-269.

atribuible imputable a una acción<sup>486</sup>. Al respecto, es necesario distinguir la relación causal de la imputación objetiva como categorías independientes, toda vez que en el primer supuesto lo que se determina es la concurrencia o no de causalidad empíricamente o jurídicamente contrastable, y en el segundo caso corresponde que para determinar la responsabilidad se requiera de una categoría puramente normativa consistente en: la imputación objetivamente atribuible a una acción de un resultado dañoso<sup>487</sup>. Opción jurídica, que deberá ser asumida<sup>488</sup>, pues el principal problema que entraña la relación de causalidad en este punto es el de compatibilizar el razonable objetivo de indemnizar a las víctimas de los daños con la necesidad de atribuir la responsabilidad al agente contaminante en cuya conducta se hallará, probadamente, la «causa» del daño ambiental, por lo que ambas categorías en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, se entrelazan de manera complementaria.

Otra de las respuestas a la discusión, es que un sector de la doctrina, opta por el presupuesto de la causalidad, y en menor medida en la autoría y el daño, siendo preciso dejar de lado la construcción clásica de la responsabilidad civil para adoptar un régimen especial y autónomo de responsabilidad ambiental<sup>489</sup>. El daño ambiental, para esta opción teórica, es una realidad que rebasa la conducta del agente contaminante, dado que es irrelevante conocer si la acción u omisión del presunto agente fue por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas, sino que una vez que el daño ambiental se manifiesta, por el sólo hecho de poner en riesgo el ambiente con sus actividades económicas, los agentes contaminantes deben ser responsables.

Lo que sucede es que, sentada la responsabilidad objetiva, con independencia de la culpa del agente o de su ausencia, la sola utilización de los medios o instrumentos en sí peligrosos, implica una especie de atracción causal de todos los efectos que de él deriven. Lo que se requiere es que la consecuencia lesiva esté en íntima relación con la actividad regida por los principios de responsabilidad objetiva<sup>490</sup>. Tal como se observa, el nexo causal se presume como consecuencia de la realización de la actividad contaminante, la causalidad por tanto no se interrumpe, no son importantes las demás causas por muy relevantes que sean, sólo importa saber que realizó las actividades riesgosas.

El principal problema que entraña la relación de causalidad en este punto, es el de compatibilizar el razonable objetivo de indemnizar a las víctimas de los daños con la necesidad de atribuir la responsabilidad a aquel demandado en cuya conducta se hallara probadamente la «causa» del desenlace acaecido. Aceptando que no hay conocimiento científico perfecto sobre el medio ambiente, y menos sobre el daño ambiental, la probabilidad de la conducta y la imputación objetiva, justamente son instituciones que tratan de resolver la imposibilidad práctica de conocer de manera cierta la relación de causalidad. Así, por ejemplo, en la «contaminación por sinergia», en los casos de concurrencia de varios agentes contaminantes, hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los

---

<sup>486</sup> REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*El Nexo Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. “La Ocurrencia de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil”*”, Op. Cit., pág. 309.

<sup>487</sup> REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*El Nexo Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Ocurrencia de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil”*”, Op. Cit., pág. 309.

<sup>488</sup> La llamada «contaminación por sinergia», es decir, el caso de concurrencia de varios agentes contaminantes, hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales de este concepto. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas Provisiones Sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la Reparación del Daño)*”, 1era Ed. Editorial Civitas, Madrid, Op. Cit., pág. 85.

<sup>489</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y Otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 108.

<sup>490</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 267-269.

términos tradicionales de este concepto<sup>491</sup> por lo que deberá establecerse probabilística y objetivamente. Abunda en la tesis que la teoría de la causa adecuada no resuelve la problemática causal de los daños ambientales, en ese sentido, es determinar si el presupuesto de la causalidad adecuada resuelve o no la problemática causal en el campo de la responsabilidad civil del daño ambiental.

### **2.3.-Hacia una causalidad jurídica en la responsabilidad objetiva de los daños ambientales.**

Respecto a la teoría de la causalidad jurídica aplicada como solución para probar el nexo causal del daño ambiental, se observa que el tema reviste una especial importancia, toda vez que, de la causalidad en sentido estricto, natural o científico se pasa a un plano distinto, en el que se trata de imputar o atribuir los daños ambientales al responsable desde un punto de vista jurídico, esto es, a través del criterio de imputación automático y objetivo.

Partiendo del hecho que el daño ambiental se manifiesta a través de radiaciones ionizantes, emisiones y disposiciones de sustancias peligrosas, accidentes de derramamiento de hidrocarburos, buques, entre otros fenómenos ambientales, los mismos que pueden dar origen a una agresión al medio ambiente cuya magnitud unido al fenómeno de latencia dificulta el establecimiento de la relación de causalidad<sup>492</sup>. Es por ello, que dicha problemática tiene que resolverse renunciando a la utilización de la idea física de la “causa” tal y como proviene del campo de la ciencia de la naturaleza y de la lógica, aceptando la tesis que el derecho puede resolver lo que a la ciencia aún no le es posible resolver.

Por lo que, la *teoría de la causalidad jurídica* propone que es necesario renunciar a la utilización de la idea física de la “causa” tal y como proviene del campo de las ciencias de la naturaleza y de la lógica, y entender la causalidad jurídica como criterio de atribución de responsabilidad.<sup>493</sup> Esto es pasar de la causalidad en sentido estricto, natural o científico a un plano distinto, en el que se trata de imputar o atribuir los daños a una persona desde un punto de vista jurídico;<sup>494</sup> en donde el establecimiento de presunciones jurídicas del nexo causal y la aplicación del principio de equidad, resultan ser de suma importancia, para establecer la relación de causalidad entre el responsable y el daño ambiental ocasionado.

Se hace necesario aceptar el concepto del nexo causal como un término jurídico para imputar a un sujeto el daño y no tanto la causa física del resultado<sup>495</sup>, centrándose en encontrar un título jurídico para imputar a un sujeto el daño ambiental y no tanto un dato puramente fáctico. Posición obligada, frente a la imposibilidad fáctica de establecer inequívocamente la relación causal del daño ambiental, y que determina un cambio del paradigma clásico de la relación de causalidad fáctica hacia la causalidad jurídica, como una forma de solucionar las dificultades prácticas para establecer la relación causal en el daño ambiental.

Esto pone de relieve que, con frecuencia el juicio fáctico de causalidad se complica de sobremanera y el criterio de la «*conditio sine qua non*» deviene en insuficiente y es necesario que se complemente o

---

491 DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas Provisiones Sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la Reparación del Daño)*”, 1era Ed. Editorial Civitas, Madrid, Op. Cit., pág. 85.

492 LUQUIN BERGARECHE RAQUEL, “*Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*”, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra-España, 2004, pág. 143-147.

493 LUQUIN BERGARECHE RAQUEL, “*Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*”, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004, pág. 143-147.

494 RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

495 ARBUÉS SALAZAR, Juan José, LABRADA BERNARD; Jesús, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, El Pool Español de Riesgos Medioambientales*”, Op. Cit., pág. 16.

incluso se sustituya por otro u otros, en los que priman los aspectos valorativos o normativos. Imputando los daños a una persona desde un punto de vista jurídico, en donde se trata de una cuestión puramente de opción de las normas, esto es, a través de la imputación objetiva<sup>496</sup>, entendiendo el concepto del nexo causal como un término jurídico y no como un dato puramente fáctico. Ésta es una de las soluciones para lograr determinar el nexo causal en materia ambiental, por la dificultad práctica que significa determinarlo desde el punto de vista estricto, natural o científico, a fin de no dejar en indefensión a los individuos víctimas del daño, y también al medio ambiente.

En consecuencia, la causalidad jurídica como criterio de atribución de responsabilidad no es una teoría científica, pues lo que se valora es la aptitud para poder imputársele el daño ocasionado al agente contaminante, de acuerdo con criterios de mayor o menor probabilidad<sup>497</sup>. Siendo ésta la posición más aceptable, pues la realidad compleja de la relación causal del daño ambiental ha obligado a la búsqueda de una solución vía modificación del tratamiento jurídico dominante, de la causalidad fáctica a la jurídica, como criterio de atribución de responsabilidad, la misma que se hace necesario implementar en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental en el derecho peruano.

#### **2.4.- Hacia una causalidad probabilística en la responsabilidad objetiva de los daños ambientales.**

La tendencia actual es considerar que, cuando no sea posible lograr certeza o exactitud para resolver la problemática causal ambiental se debe optar por la probabilidad de su existencia, no estando obligado a demostrar esa relación con exactitud científica cuando no fuera posible una prueba directa, siendo que, se hace necesario tener la convicción de que existe una “*probabilidad*” determinante, esto es, no se busca la certeza o exactitud de la relación de causalidad, sino una razonable probabilidad de su existencia.

La teoría de *la causalidad probabilística*, es una forma de determinar la causalidad y de avanzada, defendida por juristas y economistas norteamericanos (acogida ya por algunas decisiones judiciales de este país en los años 80), que consiste en reconocer la inevitabilidad de la incertidumbre causal y aceptar la responsabilidad *meramente probabilística*<sup>498</sup>, opción que considera que por las especiales características del daño ambiental la relación de causalidad resultará ser la probabilidad jurídica en mayor grado que la certidumbre científica<sup>499</sup>, apostando por establecer el nexo causal de la responsabilidad

---

<sup>496</sup> La cuestión ya no es estrictamente causal, sino de imputación objetiva, como hoy es ampliamente reconocido, no sólo por la doctrina sino también por el TS (...). Los criterios que se utilizan para dicha imputación son diversos. En ocasiones se sigue el criterio de la causalidad próxima (proximate causation), conforme al cual solo existe nexo causal si el daño es suficientemente próximo a una persona razonable que, de haber estado en el lugar de la víctima antes de que el daño se produjese, lo habría podido prever. Este criterio es uno de los que aplica el FIDAC decidir hasta qué punto se resarce el daño patrimonial puro derivado de la contaminación marina por hidrocarburos, como en parte ya se ha visto. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>497</sup> LUQUIN BERGARECHE Raquel, “*Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*”, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004, pág. 143-147.

<sup>498</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>499</sup> Véase, ARBUÉS SALAZAR, Juan José, Labrada Bernard; Jesús, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, El Pool Español de Riesgos Medioambientales*”, Op. Cit. pág. 16; DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la reparación del daño), Op. Cit., pág. 75; GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36; ESTEVE PARDO, José, “*Derecho Del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 109., DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la reparación del daño), Op. Cit., pág. 75.; GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Hutchinson, Tomás, y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 129-130.; De CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “*La Relación en la Órbita del Derecho de Daños*”, Op. Cit., pág. 43.

<sup>499</sup> ESTEVE PARDO, José, “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 97-100.

ambiental puramente probabilística. Esto significa que no es necesario demostrar el nexo causal con exactitud científica, estricta exigible certeza o exactitud, sino que basta con que el juez llegue a la convicción de que existe una “*probabilidad*” determinante<sup>500</sup>; una suficiente y razonable probabilidad de su existencia, medible con un criterio flexible atendiendo a las circunstancias del caso en concreto, aunque el nexo causal fuese inseguro, debe ser probable frente a la imposibilidad de alcanzar la certeza absoluta.

La posibilidad, dice TARUFFO, de que el libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración; y, vinculando al juez con la carga de criterio intersubjetivamente controlables. El estándar de la probabilidad prevalente, se funda en algunas premisas principales<sup>501</sup>: a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la casa; b) que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; c) que se considere racional la elección que toma como “verdadera” la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; d) que se utilice como clave, de la lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino *un concepto específico de probabilidad*, como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles. Por lo que, el estándar de probabilidad prevalente nos otorga el criterio de decisión racional para la elección que ha de tomar el juez, fundado en estas premisas, en la medida que nos ayuda a determinar cuál es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional.

El estándar de la probabilidad prevalente, asimilado al fundamento para establecer la relación de causalidad, parte por reconocer la inevitabilidad de la incertidumbre causal, esto es, aceptar la responsabilidad *meramente probabilística*; posición fundamentada en el hecho de que en materia ambiental, la evidencia de una relación causal entre el daño causado y el generador de hecho es particularmente difícil y por tanto, el atractivo de esa presunción probabilística es necesaria a tener en cuenta por el grado de incertidumbre que caracteriza el establecer el nexo causal del daño ambiental. Por lo que, esta teoría será de suma utilidad para establecer el nexo causal del daño ambiental, optándose por la probabilidad jurídica en mayor grado que la certidumbre científica, renunciando a la utilización de la idea física de la “causa” tal y como proviene del campo de la ciencias de la naturaleza y de la lógica, y entender a la causalidad probabilística, y como criterio de atribución de responsabilidad intersubjetivamente controlable, en cuanto, lo que se valora es “su aptitud para poder imputársele el daño ocasionado”, de acuerdo con criterios de mayor o menor probabilidad considerándose, por tanto, suficiente una razonable existencia del nexo causal.

---

<sup>500</sup> Un procedimiento práctico para obviar este inconveniente es aceptar como prueba la producida en otros juicios, lo que requiere el debido control de las partes para no afectar la garantía de la defensa en juicio (Art. 18 CN). También el cálculo de probabilidades lo puede hacer el legislador y establecer presunciones legales como ha hecho con las enfermedades profesionales (Ley 9688). Con un criterio similar la ley japonesa del 5 de octubre de 1973 extendió la presunción de responsabilidad al daño sufrido por quienes habitasen un área contigua al establecimiento contaminante, por lo que para tener derecho a la indemnización basta acreditar ser habitante del área y padecer la enfermedad. VALLS, Mario, “*Temas de Derecho Ambiental*”, GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (compilador), “*Responsabilidad ambiental*”, Op. Cit., pág. 196-197.

<sup>501</sup> TARUFFO, Michelle, “*La prueba, Artículos y Conferencias*”, Monografías Jurídicas Universitarias, Editorial Metropolitana, Chile, pág. 103- 105.

Para formar un criterio probabilístico se debe partir por reconocer que la actividad contaminante es el causante del daño ambiental, realizando para ello un cálculo de probabilidades y para lo cual se puede recurrir a mecanismos procesales, como: las presunciones legales, la inversión de la carga de la prueba, la aplicación de máximas de experiencia, las normas lógicas, la apreciación de un cierto grado de verosimilitud en relación con las pruebas suministradas por las partes, los dictámenes de los peritos ambientales, entre otras instituciones jurídicas de naturaleza procesal, que ayudarán a determinar el nexo causal del daño ambiental, solamente con un grado de probabilidad predominante.

La doctrina, propone varios procedimientos prácticos para resolver el inconveniente de no poder determinar con certeza el nexo causal del daño ambiental, formando su criterio en base a las probabilidades; así, por ejemplo, si un grupo de vecinos de una fábrica que procesa amianto contrae asbestosis, se puede presumir que ese mineral de algún modo llegó a sus organismos<sup>502</sup>. En ese sentido, la responsabilidad *meramente probabilística*, constituye una valiosa solución para lograr la reparación del daño ambiental, en base a razonamientos lógicos. Así, el juez puede fundar su decisión sobre los hechos que aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. Basta con que, de acuerdo a la naturaleza de las cosas, no sea posible aplicar una prueba directa y se llegue a la convicción de que existe una “probabilidad” determinante<sup>503</sup>. Así, en el campo de la probabilidad, la certeza absoluta deja paso a mecanismos de decisión en la incertidumbre de carácter colectivo, de los que puede ser un ejemplo la prueba epidemiológica.<sup>504</sup> Es una nueva visión de la relación de causalidad, cuando sea imposible esperar su certeza o exactitud, la probabilidad de la existencia del nexo causal es la única solución para no dejar impunes los daños ambientales.

No se necesita establecer una conexión causal directa entre el daño y los agentes contaminantes, pues su evidencia, resulta particularmente difícil porque a menudo hay más de una simple certeza o probabilidad<sup>505</sup>. Así,

---

<sup>502</sup> También el cálculo de probabilidades lo puede hacer el legislador y establecer presunciones legales como ha hecho con las enfermedades profesionales (Ley 9688) (...). Con un criterio similar la ley japonesa del 5 de octubre de 1973 extendió la presunción de responsabilidad al daño sufrido por quienes habitan en un área contigua al establecimiento contaminante, y por tanto para tener derecho a la indemnización basta acreditar ser habitante del área y padecer la enfermedad”. VALLS, Mario, “*Temas de Derecho Ambiental en Responsabilidad Ambiental*”, Op. Cit., pág. 196-197.

<sup>503</sup> Éste es el criterio que sigue la Directiva sobre la responsabilidad civil por los daños causados al ambiente por los residuos, en donde dispone que basta con que el demandante establezca la existencia de una considerable probabilidad de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o los perjuicios causados al ambiente (...). En nuestro Derecho resulta difícil admitir la *inversión de la carga de la prueba del nexo causal*, a falta de una norma expresa. Por eso, aunque hoy parezca exagerada esta afirmación, la tendencia a la inversión de la carga de la prueba existe y se irá instalando poco a poco, comenzando por los residuos tóxicos y peligrosos para ir avanzando a otras áreas. MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás; ALBERTO DONNA, Edgardo, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 129-133.

<sup>504</sup> Una buena muestra de este enfoque se muestra en los llamados grandes procesos civiles por contaminación que hubo en Japón (sobre todo, los llamados casos *Minamata* e *Itai-Itai*. En ellos, los Tribunales admitieron este tipo de prueba como una vía para responder frente a daños catastróficos con miles de víctimas que de otro modo no hubiesen podido probar el nexo causal. En uno de estos casos, las víctimas, que padecían afecciones de las vías respiratorias, consiguieron indemnizaciones de las empresas demandadas, emisoras de SO<sub>2</sub> la base de la prueba de la correlación estadística existente entre la concentración de dicha sustancia en el aire y las enfermedades respiratorias que aquéllas sufrían. De este modo, los tribunales japoneses han admitido la prueba epidemiológica si el factor peligroso incrementó el riesgo que los demandantes contrajesen cierta enfermedad. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>505</sup> En matière environnementale, la preuve du lien de causalité entre le dommage et le fait générateur invoque, s'avère particulièrement difficile, car on y est plus souvent confronté à de simples probabilité plus qu'à des certitudes. L'imputabilité de certaines affections sanitaires á des activités dangereuses ou à des émanations industrielles ne peut être, souvent, que présume et non prouvée. Il en est surtout ainsi pour la réparation du préjudice affectant des tiers par ricochet, en particulier lorsque des dommages écologiques avèrent causent, indirectement, préjudice á des particuliers (...). En matière d'environnement, le recours à une telle présomption est inévitable pour tenir compte de la part d'incertitude qui caractérise l'imputabilité des dommages aux activités incriminées, sauf à en exclure toute réparation. Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En (Euvre Du Droit De L'environnement, Sous La*



por ejemplo, las condiciones de salud en actividades peligrosas o humos industriales no pueden ser sino a menudo presumido y no probado, por el grado de incertidumbre que implica conocer el nexo causal.

En consecuencia, optar por la teoría de la probabilidad no es optar por una teoría científica, en cuanto lo que se valora es la posibilidad de lograr determinar el nexo causal del daño ambiental, de acuerdo con criterios de mayor o menor probabilidad<sup>506</sup>, por lo que el derecho está obligado a resolver un asunto que la ciencia no puede aún resolver, optando por no obligar una certeza o exactitud de la relación de causalidad<sup>507</sup> sino la probabilidad jurídica en mayor grado que la certidumbre científica<sup>508</sup>. Es una situación más acorde al derecho que a la ciencia exacta, que aún desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de los daños ambientales<sup>509</sup> en materia ambiental, bastando con la convicción de que existe una “probabilidad” determinante<sup>510</sup> del nexo causal en base a la aplicación de la lógica en relación a los hechos acaecidos<sup>511</sup>, tendencia valiosa, pues a través de ella se logra finalmente establecer el nexo causal del daño ambiental y por ende imputar la responsabilidad al agente contaminante.

La posición expuesta, no es pacífica, pues se observa que en la mayoría del derecho comparado se insiste en exigir la certeza del nexo causal del daño ambiental<sup>512</sup>, en esa línea de análisis un sector de la doctrina hace notar los límites<sup>513</sup> de la probabilidad como solución a la dificultad para establecer el nexo causal del

---

*Direction De Sandrine Mal Jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-Respect », Editions La Documentation Française, 2000 – Paris, page 163-168.*

<sup>506</sup> LUQUIN BERGARECHE RAQUEL, “*Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*”, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004, pág. 143-147.

<sup>507</sup> Sectores en los que el desarrollo científico y tecnológico es particularmente intenso, ignorándose en muchos casos cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas, difícil acceso a los medios, materiales o documentos probatorios, etc. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*El Nexo Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Concurrencia de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 340.

<sup>508</sup> Las dificultades observadas (...) con carácter previo debe estimarse el concepto del nexo causal como un término jurídico y no como un dato puramente fáctico, ARBUES SALAZAR, Juan José, Labrada Bernard; Jesús, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, El Pool Español de Riesgos Medioambientales*”, Op. Cit., pág. 16.

<sup>509</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas Previsiones Sobre el futuro de la Responsabilidad Civil*” (con especial atención a la reparación del daño), Op. Cit., pág. 75-77.

<sup>510</sup> Hay que compatibilizar el razonable objetivo de indemnizar a las víctimas de los daños con necesidad de atribuir la responsabilidad a aquel demandado en cuya conducta se hallara, probadamente, la «causa» del desenlace acaecido. La llamada «contaminación por sinergia», es decir, el caso de concurrencia de varios agentes contaminantes, hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales de este concepto. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil*” (con especial atención a la reparación del daño), Op. Cit., pág. 79-80.

<sup>511</sup> MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*”, Op. Cit., pág. 245-246.

<sup>512</sup> i) GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por daño Ecológico: Ventajas, Costes y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 35-45; ii) la doctrina jurisprudencial, sostiene, que se debe demostrar la relación causal concreta y precisa. En un caso concreto, el TS, sostiene que al no aparecer probado en autos que la temperatura de las aguas provenientes de la azucarera haya sido la causa real, verdadera y eficiente de la pérdida de las plantas del actor. El resultado probatorio referente al nexo causal, *no puede ser sustituido por deducciones, conjeturas o probabilidades*, pues la doctrina jurisprudencial es terminante al exigir la “imprescindible prueba legal de su indiscutible certeza” (STS 28 de junio 1979). CABANLLAS SANCHEZ, Antonio, “*Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*”, Editorial José María Bosch S.A, Coordinación a cargo del Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Volumen Primero, Barcelona – España, 1992, pág. 208-209.

<sup>513</sup> Nevertheless, it has its limits. First, it is not enough to show that the damage is of the kind generally associated with operators like the defendant, as Cambridge Water Co. V Eastern Counties Leather illustrates. Secondly, there are practical and evidential limits: there must be evidence linking the defendant's operations with the damage caused, and proving causation is often technically difficult and very costly. Thirdly, and rather obviously, the rule is of no practical use where environmental damage has a vast number of small contributors (e.g. low level ozone pollution from motor vehicles). STUART BELL LLB Hons,

daño ambiental. No obstante, al ser técnicamente difícil, muy costoso y muchas veces no hay más que optar por una solución. RUDA propone hipotéticamente, algunas reglas de probabilidad, resumidas en pie de página,<sup>514</sup> en donde se observa, que las desventajas son menos en contraste con las ventajas, pues la probabilidad evita la impunidad, debido a que los agentes contaminantes no podrán evadir su responsabilidad, en los casos en que por su dificultad práctica no sea posible establecer exactamente la relación de causalidad.

En razón a lo expuesto es que la teoría de la probabilidad viene ganando paulatinamente adeptos a nivel mundial, especialmente en el sistema jurídico americano<sup>515</sup>. Tesis, que ya ha sido acogida por: i) La legislación americana en el sistema jurídico de responsabilidad ambiental CERCLA (The Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act)<sup>516</sup>, en donde no se requiere que el demandante este obligado a establecer una relación causal específica,<sup>517</sup> esto es, no se necesita establecer una conexión causal directa entre el daño y los agentes contaminantes. Asimismo, la ley ambiental sueca de 1986, opta por establecer la probabilidad de la relación causal predominante aplicada para los casos típicos de molestia<sup>518</sup>, prácticas jurídicas que constituyen referentes importantes justificados especialmente en

---

Barrister and Donald Mc Giuvrav LLB Hons, MA, “, *Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Edited BALL & BELL ON, Op. Cit., page. 278-279.

<sup>514</sup>i) *Una primera posibilidad* consistiría en entender probado el nexo causal cuando la probabilidad de que exista sea mayor que la probabilidad, esto es, cuando es probable en más de un 50%; ii) *En segundo lugar*, una presunción legal de nexo causal aplicable en procesos sobre responsabilidad medioambiental, alivia el camino para una facilitación probatoria mediante una reducción del estándar de prueba en dicho ámbito; iii) *En tercer lugar*, el umbral del 51% puede resultar una meta inalcanzable en muchos casos de daños al medio ambiente, debido a lo complejo de los cursos causales y número incontable de las fuentes de contaminación, puede constituir un parapeto que ponga a los autores de daños medioambientales a salvo de toda responsabilidad; iv) *En cuarto lugar*, la carga la prueba del nexo causal debe hacerlo la persona que lleva a cabo una actividad tiene la carga de probar los riesgos asociados a la misma; v) *En quinto y último lugar*, la regla sería responder por el 100% del daño a quien sólo fuese probable que lo causó en un 51%, cualquier probabilidad superior al 50% se convierte automáticamente en una certeza, que permite que el jugador condene al demandado a reparar el 100% del daño. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 315 -321.

<sup>515</sup> Posición de avanzada y defendida por juristas y economistas norteamericanos -y acogida ya por algunas decisiones judiciales de este país en los años 80-, que consiste en reconocer la inevitabilidad de la incertidumbre causal y aceptar la responsabilidad meramente probabilística; esto es, que la obligación de indemnizar los daños y el importe de la suma indemnizatoria se establezcan en proporción a la probabilidad de que la acción del demandado haya causado el daño sufrido por el demandante. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 292-315.

<sup>516</sup> *Legislative History*. The legislative history also supports the Government's position that CERCLA does not require the plaintiff to establish a specific causal relationship between a generator's waste and the release or the plaintiff's incurrance of response costs. It appears that the early House of Representatives' version of CERCLA imposed liability upon those persons who "caused or contributed to the release or threatened release." H.R. 7020, 96th Cong., 2d Sess. § 3071(a) (D), 126 Cong. Rec. 26,779. However, the version ultimately passed by Congress deleted the causation requirement and instead imposed liability upon a *class* of responsible persons without regard to whether the person specifically caused or contributed to the release and the resultant response costs. See 126 Cong. Rec. 31,981-82. 3. KUNDIS CRAIG, Robin, “*Environmental Law in Context*”-Cases and Materials, Second Edition, Edited American Casebook Series- Thomson- West 2005, United States of America, page 28-129.

<sup>517</sup> *Jurisprudence*. Further, virtually every court that has considered this question has held that a CERCLA plaintiff need not establish a direct causal connection between the defendant's hazardous substances and the release or the plaintiff's incurrance of response costs. Decisions rejecting a causation requirement between the defendant's waste and the release or the incurrance of response costs are well-reasoned, consistent with the plain language of the statute and consistent with the legislative history of CERCLA. Accordingly, we reject Alcan's argument that the Government must prove that Alcan's emulsion deposited in the Borehole caused the release or caused the Government to incur response costs. Rather, the Government must simply prove that the defendant's hazardous substances were deposited at the site from which there was a release and that the *release* caused the incurrance of response costs. KUNDIS CRAIG, Robin, “*Environmental Law in Context*”-Op. Cit., page. 128-129.

<sup>518</sup> In Sweden, section 3, paragraph 3 of the Environmental Damage Act 1986 states that an environmental interference shall be held to have caused the damage or injury if, in view of the nature of the interference and the effects, other possible causes, and other circumstances, there is a predominant probability for such a causal connection. The statutory rule applies in typical nuisance cases, but not when the claim is based on sudden occurrences, where the causal chain may be more evident. In general, in environmental liability cases, probability or risk assessment can help to overcome problems of proof. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 141-142.

aquellas situaciones donde sería imposible precisar la contribución exacta de cualquier contaminador. Por su parte el sistema europeo de responsabilidad, establecido en la Directiva sobre la Responsabilidad Civil por los daños causados al ambiente 2004<sup>519</sup>, constituye un avance importante en materia reparación del daño ambiental, replicado además a nivel internacional en la Convención Europea sobre Responsabilidad Civil por los Daños y Perjuicios, en donde se permite que el examen de la prueba de la causalidad tenga en cuenta *el riesgo probable* de daño inherente a la actividad peligrosa en cuestión<sup>520</sup>, esto es, ya no se exige la certeza del nexo causal. Sistemas que constituyen referentes importantes, por el reconocimiento de la inevitabilidad de la incertidumbre causal, para el nexo causal de los daños ambientales.

Se hace necesario, por tanto, reconocer que en la responsabilidad civil por el daño ambiental no estamos, frente a un laboratorio científico, en donde para determinar la relación causa efecto de un daño ambiental, se trata de encontrar la certidumbre total, sino que estamos frente a una institución jurídica, en donde se hace necesario, que tal decisión deba basarse en una mera probabilidad de su existencia. Así, por ejemplo, en la llamada «contaminación por sinergia», es decir, el caso de concurrencia de varios agentes contaminantes, hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales de este concepto<sup>521</sup>. Al respecto, la doctrina jurisprudencial española viene optando por aplicar el criterio de probabilidad para establecer el nexo causal<sup>522</sup>. Solución inevitable por las especiales características del daño ambiental, principalmente por la falta de intermediación espacial y temporal entre la fuente del perjuicio y quien lo sufre, así como la dispersión de fuentes emisoras y el distinto efecto de la emisión dañosa. A ello se agrega la dificultad práctica de la víctima del daño ambiental que no suele estar en condiciones materiales y de conocimiento, para afrontar eficazmente la carga de la prueba del nexo causal.

Por todo lo anotado, considerando que en el derecho peruano se ha optado por acoger la teoría de la causa adecuada, la misma que no resuelve la problemática del nexo causal, le toca al legislador implementar un sistema de responsabilidad por el daño ambiental, en donde se opte por la probabilidad para resolver la problemática causal ambiental, en donde no se obligue a demostrar esa relación con exactitud científica;

---

<sup>519</sup> La misma que dispone que basta con que el demandante establezca la existencia de una considerable probabilidad de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o los perjuicios causados al ambiente. ARBUÉS, SALAZAR, Juan José y otro, “*El Signo de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 16.

<sup>520</sup> European Convention on Civil Liability. The Council of Europe opened for signature on 21 June 1993 a Convention on Civil Liability for Damages Resulting from the Exercise of Activities Dangerous for the Environment that establishes general standards for indemnification of those injured by hazardous activities and products. The Convention seeks to ease the burden of proof on persons seeking reparations and broadly to impose responsibility. From the perspective of the plaintiff, there are several favorable provisions. Article 10 provides that, in examining the proof of causality, a judge in any case falling within the terms of the Convention should take into account the probable risk of damage inherent in the dangerous activity in question. Moreover, the statute of limitations is rather long. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 151-153.

<sup>521</sup> DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil*” (con especial atención a la reparación del daño), Op. Cit., pág. 79-80.

<sup>522</sup> La doctrina jurisprudencial, precisa en un caso en concreto, realiza una análisis de probabilidad para establecer el nexo causal, la misma que por su importancia se cita: «que si bien es verdad que los valores de dióxido de azufre y polvo sedimento que se encuentran en una determinada zona, es lógico, el resultado de sumar los aportes correspondientes a todos los emisores que en ella existen, y que en los alrededores de Soto de Ribera, en un radio de unos cinco kilómetros existen otros focos de contaminantes, la consideración de que antes de entrar en funcionamiento Central Termoeléctrica a que este litigio se refiere, no se habían producido *daños perceptibles en la zona hoy afectada*, unida a las cifras de *consumos medios diarios de carbón y fuel-oil* que en la misma se hacen y a los cálculos sobre la magnitud de las emisiones de ceniza y anhídrido sulfuroso por la chimenea (...) lleva a la conclusión de que las otras aportaciones de sustancias contaminadores son prácticamente irrelevantes. Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 3 noviembre 1978. MORENO TRUJILLO, Eulalia, *La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*, Op. Cit. pág. 245-246.

sino que sea suficiente tener la convicción de que existe una razonable probabilidad de su existencia, que le permitan al juez tener una participación activa en cada caso en concreto y determinar el nexo causal, no siempre de manera cierta, sino tener la convicción de que existe una “probabilidad” determinante.

## **2.5.- La flexibilización de los mecanismos procesales de la prueba y la causalidad del daño ambiental.**

El problema referido a la prueba del nexo causal en el supuesto de daños ambientales ofrece límites prácticos para demostrar el vínculo causal entre los actos de una persona o empresa y el daño ambiental producido. Ello se debe principalmente porque hay múltiples fuentes contaminantes: contaminación difusa, efectos acumulados a través del tiempo, o acciones indirectas de los agentes contaminantes<sup>523</sup>. Estas y otras cuestiones sumamente enmarañadas, obligan a la doctrina especializada a referirse a este tema como uno de espinosa conceptualización<sup>524</sup>, obligando a introducir significativas modulaciones en el tratamiento de los principios procesales de la prueba, aplicables a la actividad probatoria a fin de recomponer de algún modo el equilibrio entre las partes<sup>525</sup> y alejándose de la versión clásica de probanza del nexo de causalidad.

El asunto es que cuando estamos frente a un daño ambiental, cuanto más exigente sea el criterio adoptado por el juzgador en materia probatoria de la relación causal más complicado será que la parte soporte la carga de la prueba de dicho nexo<sup>526</sup>, más aún en un proceso judicial de naturaleza civil<sup>527</sup> en donde son las partes las que deben probar. Frente a dicha realidad, existe un sector de la doctrina que reconoce que una demostración exacta del nexo causal del daño ambiental, desde un punto de vista científico -natural es inalcanzable. Así, por ejemplo, en casos como un incendio forestal, no cabe una prueba excluyente de toda duda,<sup>528</sup> por lo que corresponde flexibilizar los principios procesales de la prueba para lograr establecer el nexo causal del daño ambiental.

Así, en los casos de responsabilidad por el daño ambiental, existe dificultad para obtener la información, debido al celo de las empresas y a la recurrente protección que la ley les brinda, lo que dificulta extraordinariamente, la actividad probatoria del daño ambiental. De esta manera, los agentes contaminantes a pesar que tienen superioridad de información de la empresa, obstruyen revelarla bajo justificaciones como el de la confidencialidad y recurriendo a protecciones de tipo legal, como es, el secreto industrial<sup>529</sup>, que dificultan extraordinariamente, cuando no imposibilitan del todo, la actividad probatoria del nexo causal. Actitud inmóvil de los agentes contaminantes, por su marcada conducta procesal obstruccionista con consecuencias fatales para la investigación procesal del nexo causal del daño ambiental.

---

<sup>523</sup> In all cases where someone is alleged to be responsible for environmental harm, there is a problem of proof: it is necessary to show a causal link between the acts of a person or company sought to be held liable and the harm that has occurred. This can be difficult when there are multiple sources, a cumulative effect or diffuse pollution, especially over time, or where the action is indirect. The degree of required proximity between the causes and harm must also be decided. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, *“Manual of European Environmental Law”*, Op. Cit., page. 140-141.

<sup>524</sup> De CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *“La Relación En La Órbita Del Derecho De Daños”*, Op. Cit., pág. 43.

<sup>525</sup> ESTEVE PARDO, José, *“Derecho del Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 112.

<sup>526</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, *“El Daño Ecológico Puro”*, Op. Cit, pág. 315 -321.

<sup>527</sup> ABURES, SALAZAR, Juan José y otro, *“El Signo de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 16.

<sup>528</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, *“El Daño Ecológico Puro”*, Op. Cit, pág. 315 -321.

<sup>529</sup> ESTEVE PARDO, José, *“Derecho del Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 97-100.

Tal situación determina que en muchos casos sea difícil identificar, por ejemplo, una enfermedad o una reducción en la salud, la misma que podría atribuirse a un número de diversos factores además de la contaminación. Y aunque podría establecerse un vínculo entre la enfermedad y un agente contaminante, resulta ser difícil en muchos casos, por ejemplo, determinar qué empresa es responsable de los daños<sup>530</sup>. En razón a lo precedentemente expuesto, la prueba exigida para establecer el nexo causal obliga a que se acuda a criterios razonables para recomponer los equilibrios y situaciones de desventaja ante los márgenes de incertidumbre en la causalidad de muchos daños ambientales, optándose por la relajación de los rigores probatorios en los casos de márgenes insuperables de incertidumbre o complejidad técnica<sup>531</sup>, optando por flexibilizar los principios procesales de la prueba, a través del uso de mecanismos procesales no tan rígidos.

Por lo que, la flexibilización de los principios procesales de la prueba, se fundamentan en que la facilitación de la prueba del nexo causal<sup>532</sup> ayudan a lograr el objetivo de establecer el nexo causal del daño ambiental. La flexibilización probatoria, es un nuevo paradigma en materia de responsabilidad por el daño ambiental, consistente en que la prueba del nexo causal no debe ser rígida, de esta manera se flexibiliza los rigores probatorios. La doctrina de manera reiterada aborda esta problemática<sup>533</sup>, pronunciándose a favor de instituciones como: la inversión de la carga de la prueba; la verosimilitud o probabilidad; las presunciones iuris tantum; entre otros mecanismos probatorios de solución probatoria del nexo causal.

En esta medida, urge que el legislador peruano, en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental recurra a mecanismos procesales flexibles consistentes en: la facilitación de la actividad probatoria, la presunción o inversión de la carga de la prueba, la posibilidad de obtener la información por parte del titular de la instalación responsable del daño, las fórmulas probatorias no rigurosas y menos concluyentes como las pruebas indiciarias, la verosimilitud o probabilidad del nexo causal, entre otros mecanismos procesales, que ayuden a establecer el nexo causal del daño ambiental. También, se hace necesario, dotar al juez de mecanismos procesales coercitivos, como son los apercibimientos, multas considerables, denuncias penales y hasta el cierre de la instalación, en caso de que el titular de la empresa se niegue a compartir la información relacionada con la responsabilidad de un daño ambiental, con el fin de establecer la existencia del nexo causal con cierto grado de razonabilidad.

---

<sup>530</sup> The following reasons have been suggested to explain this result. First, a specific polluter could in many cases be difficult to identify. A disease or a reduction in health could be attributed to a number of different factors besides the pollution. Even if a link between a pollutant and the disease could be established, it turned out to be difficult in many cases to determine which firm was responsible for the damage. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “*The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?*”, Compiler SWANSON, Timothy, “*An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*”, Op. Cit., page 245-247.

<sup>531</sup> *Facilitar la información* en algunos casos la jurisprudencia ha establecido un sistema de cooperación probatoria: es el accionante, la víctima del año, quien debe probar la relación de causalidad, pero el titular de la instalación a la que se apunta como posible causante debe facilitar la información y el conocimiento técnico sin que pueda cerrarse apelando a la confidencialidad y otros valores que ceden a favor de la finalidad probatoria y de la protección de la posición de la víctima. *Fórmulas probatorias no rigurosas*. En otros casos lo que se produce es la admisión de fórmulas probatorias menos rigurosas y, también es cierto, menos concluyentes. Se trata de la admisión de la prueba por indicios o prueba indiciaria, ya que, como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia, «al no ser siempre posible una prueba directa, el prescindir de la indiciaria conduciría a impunidad de una grave indefensión y la sociedad puede quedar inerte ante situaciones de esta clase, que la dinámica del desarrollo industrial plantea cada vez con mayor frecuencia. ESTEVE PARDO, José, “*Derecho del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 110.

<sup>532</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 36-37.

<sup>533</sup> DE TRAZEGNIES FERNANDO, Enrique, Op. Cit., pág. 15.

### 2.5.1.- La prueba del nexo causal del daño ambiental no debe ser rígida.

La prueba exigida para establecer el nexo causal de la responsabilidad civil por el daño ambiental, no puede tener la misma rigidez que tiene para determinar la responsabilidad ordinaria, debido a que el daño ambiental por sus características especiales difiere del daño común, como son la progresividad del mismo, su naturaleza difusa, por el fenómeno de latencia, entre otras diferencias sustanciales, determina que no se pueda exigir la plena prueba de nexo causal, sino que más bien obliga a acudir a los denominados criterios razonables para probar con ellos el nexo causal a través de mecanismos probatorios flexibles.

El problema es que, el sistema de responsabilidad civil general peruano establecido en el Código Civil de 1984, aplicable supletoriamente a los casos de daños ambientales, es rotundo en sostener que las acciones de responsabilidad civil únicamente pueden prosperar en el entendido que haya una prueba fehaciente sobre el daño cierto y que se acredite el nexo causal. Esta posición, aplicado a la responsabilidad ambiental, no basta con alegar que existe un determinado daño ambiental, ni siquiera probar que se sufre de una afección, en cuya virtud se corra el peligro de perder la vida, si no se prueba fehacientemente el nexo causal.

En la doctrina jurisprudencial colombiana la circunstancia de hallarse enfermo y a la vez desenvolverse en un ambiente contaminado sería una mera probabilidad que no puede llevar al juez a la entera certidumbre sobre esa relación causal, por cuanto también podría ser que la enfermedad hubiese sido provocado por otras causas diferentes<sup>534</sup>. Se acepta de manera casi unánime, que, si se declara fundada la obligación de reparar, sin determinar fehacientemente el nexo causal, dicho fallo se habrá motivado en la sospecha, en el error judicial, se cometería una injusticia, consistente en atribuir a determinado sujeto una obligación sin haber probado certeramente el nexo causal.

Y es que, en el sistema clásico de responsabilidad por el daño ambiental se muestra reticente para flexibilizar la rigidez probatoria, pues se sostiene que es dudoso que se pretenda que un juez considere probado el nexo causal sobre la base de una mera probabilidad<sup>535</sup>. A fin de resolver esta problemática, es un imperativo recurrir a la flexibilidad de la prueba con el fin de evitar que las víctimas se queden en indefensión por falta de probanza certera del nexo causal. Y ello porque, en la práctica la determinación de la causalidad ambiental en el marco del concreto proceso judicial, no es una investigación científica sino una tarea absolutamente crucial, ligado específicamente a reglas rígidas de tipo procesal. A ello se aúna el hecho, que algunos jueces que han de decidir las cuestiones causales en el seno de un proceso por daños ecológicos son únicamente expertos en derecho y carecen, por tanto, de una mínima formación científica en materia medio ambiental, y no tienen pericia para interpretar y evaluar la evidencia científica presentada.<sup>536</sup> Frente a ello, corresponde al legislador peruano otorgar las facultades necesarias a los jueces para suplir las dificultades advertidas en materia de probanza de la relación de causalidad, permitiéndole recurrir al uso de mecanismos flexibles y no rígidos en materia de probanza del nexo causal del daño ambiental.

---

<sup>534</sup> En un caso de daño ambiental con efectos en la salud, el Hospital San Rafael, mediante oficio de enero 24 de 1992, respondió en lo pertinente: "Con los datos estadísticos e Historias Clínicas del Hospital no es posible establecer relación directa entre los casos de intoxicación presentados durante 1991 y la actividad de aplicación aérea. De igual manera los registros que sé llevan sobre malformaciones *congénitas aún no permiten determinar la relación causa efecto entre los mismos y la actividad de fumigación*" (folios 87 y 88). (folios 89 y 90). (Corte Constitucional). GONZALES VILLA, Julio Enrique, "*Derecho ambiental colombiano*", Tomo I, Op. Cit., pág. 160-161.

<sup>535</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, "*El Daño Ecológico Puro*", Op. Cit, pág. 333-334.

<sup>536</sup> GÓMEZ, Fernando, "*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costos y Alternativas*", Op. Cit., pág. 36.

### 2.5.2.- La inversión de la carga de la prueba y el nexo causal del daño ambiental.

Parece claro que, en materia de responsabilidad por daño ambiental se debe acudir a la inversión de la carga de la prueba para probar el nexo causal en favor de las víctimas de los daños ambientales, pues se trata de una obligación sumamente difícil y hasta imposible, como ya se ha anotado, por la naturaleza *sui generis* de los daños ambientales, en donde se discuten cuestiones tecnológicas de alta complejidad y la víctima aparece insuficientemente informada<sup>537</sup>. Esta tendencia legislativa que asume el derecho comparado en su mayoría, consistente en trasladar la carga probatoria a los agentes causantes del daño ambiental, pues está en mejores condiciones de hacerlo, que las víctimas del daño ambiental; ello, por su superioridad de conocimientos técnicos e información, con los que desarrolla su actividad, y además porque cuenta con la información que obra en su instalación, y porque es quien creó el riesgo, entonces debe soportar la carga de la prueba, facilitando las cosas al demandante.

Se observa que en el derecho peruano, si bien, cabe destacarse como positivo dentro de la tendencia de objetivar la responsabilidad civil extracontractual el uso de la institución jurídica consistente en la inversión de la carga de la prueba, establecido en el artículo 1969 del Código Civil peruano, el cual, dispone que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor, lo que libera a la víctima de la prueba de demostrar fehacientemente en un proceso judicial el dolo o culpa del agente contaminante; el problema es que, el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental no libera a la víctima, de la necesidad de demostrar *la relación de causalidad entre el hecho y el daño*<sup>538</sup>, por lo que, la inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad por el daño ambiental en el derecho peruano no se encuentra acorde a la tendencia del derecho moderno.

En similar situación, el sistema de responsabilidad ambiental chileno aún no admite la inversión de la carga de la prueba del nexo causal, pues en dicho sistema conforme lo consagra el artículo 1698 del Código Civil chileno, le corresponde el peso de la prueba a quien alega la existencia de una obligación o su extinción<sup>539</sup>, norma de naturaleza general que se aplica a la responsabilidad civil ambiental. Opción jurídica incorrecta, pues el peso de la prueba debe recaer sobre quién va a ejecutar o está ejecutando una actividad ambientalmente peligrosa, y que produce un daño ambiental, y, por tanto, debe asumir dicha obligación probatoria.

Al respecto, DEVIS ECHANDIA<sup>540</sup> señala que probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos contemplados en la ley, los motivos o razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Probar es el proceso cognoscitivo en el cual, a través de la exposición y manejo de los medios de prueba (testimonios, documentos, indicios, etc.), las partes construyen los elementos de juicio (pruebas) que llevarán al juez a una convicción respecto de la ocurrencia de los hechos afirmados por las partes. Así, en relación a la probanza del nexo causal del agente contaminante, no siempre la víctima del daño ambiental cuenta con pruebas de cada uno de los elementos necesarios para la condena del infractor causante de un daño ambiental y en particular, para demostrar la existencia de una relación de causalidad entre los hechos detectados, la conducta típica que se pretende imputar y el agente imputado; ya sea porque el agente contaminante se ha desplazado a otra área, porque existe más de

---

<sup>537</sup> DE TRAZEGNIES FERNANDO, Enrique, Op. Cit., pág. 15.

<sup>538</sup> DE TRAZEGNIES FERNANDO, Enrique, Op. Cit., pág. 15

<sup>539</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, “*Manuel de derecho ambiental chileno*”, Op. Cit., pág. 128.

<sup>540</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. “*Teoría General de la Prueba Judicial*”. Víctor P. de Zavallía Editor, 5ª edición, Tomo I, 1981, Buenos Aires, pág. 29.

un agente contaminante que afecta el ecosistema o porque existen causas naturales ajenas a las que se condiciona la existencia de determinadas características en un ecosistema.

Por lo que, la carga de la prueba en este tipo de casos, sobre responsabilidad ambiental, debe recaer sobre quién tiene mejor acceso a la evidencia de un caso o una mayor facilidad de producirla, que es obviamente el agente contaminante, por lo que razonablemente debe ser aquel que debería tener la carga de producir una determinada evidencia. Ello, en virtud a las siguientes razones<sup>541</sup>: a) la producción de una determinada prueba tiene un costo, en ese sentido, es más eficiente socialmente que, quien la produce, esto es el causante del daño ambiental, puede obtenerla a un menor costo, que a la víctima del mismo; b) los que realizan actividades ambientalmente riesgosas tienen acceso a determinadas pruebas, relacionadas con su actividad, razón por la cual, resulta eficiente que sean aquellos que tiene acceso a dicha prueba que la produzcan; c) la situación anotada, respecto la información privilegiada que tienen las empresas sobre la ocurrencia de un daño ambiental determinado, podría incentivar comportamientos estratégicos por parte de los demandados para dificultar el acceso a la información que tienen para no ser responsables de la reparación de un daño ambiental; por lo que, corresponde invertir la carga de la prueba del nexo causal del daño ambiental a su autor, pues la atribución de la carga de la prueba a la víctima implica que ésta tenga que emplear más recursos en demostrar su caso. Esto quiere decir que, en materia ambiental, se hace necesario romper el clásico esquema de que *“quién demanda debe probar”*, y adquiere un papel preponderante la teoría de la carga de la prueba según la cual *“se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal o particular, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso”*, sin que importe si es el actor o el demandado.

La doctrina española moderna, argumenta que invertir la carga de la prueba de la relación causal de los daños ambientales, hace pesar sobre el demandado la prueba de la concurrencia de una circunstancia de exoneración que incida sobre la causalidad (la causa fue otra) o sobre la culpabilidad (el causante había actuado diligentemente), por lo que la obligación de probar el nexo causal, pesa sobre los agentes contaminantes que intervinieron en el proceso de edificación del daño ambiental <sup>542</sup>. La inversión de la carga de la prueba es útil en los casos cuando la probanza del nexo causal requiere hacer uso de una complejidad técnica, inasequible o de muy difícil acceso para el perjudicado. El avance doctrinal se va reflejando paulatinamente en el derecho español, aunque sólo sea de un modo aislado, pues en los casos de daño ambiental, tanto a nivel legislativo, como jurisprudencial, se sostiene que la creación de un riesgo permite invertir la carga de la prueba del nexo causal, exigiendo que el demandado procure la prueba con mayor facilidad que la víctima del daño ambiental, porque está más próximo a la llamada fuente probatoria<sup>543</sup>. En ese sentido, el derecho español, va asumiendo una posición tutelar en favor de las víctimas del daño ambiental, pues viene aplicando la inversión de la carga de la prueba.

Por todo lo anotado, es necesario que el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano invierta la carga de la prueba de la relación causal en favor de la víctima. Ello implica estandarizar en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, en donde la institución de la inversión de la carga de la

---

<sup>541</sup> HIGA César, FIESTAS Jerico, VIGO Diana, MACHUCA Ricardo, y MELGAR Eduardo. *“Análisis de la carga de la prueba en la Fiscalización Ambiental”*. Este artículo se basa en una ponencia presentada en la 21° Conferencia anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE), realizado en la Universidad del Pacífico, Revista de Derecho Administrativo- PUCP. Lima, Perú, 2017, pág. 364.

<sup>542</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *“Culpa y Riesgo en la Responsabilidad Civil Extracontractual, en La Responsabilidad del Derecho”*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 164.

<sup>543</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, *“El Daño Ecológico Puro”*, Op Cit., pág. 334-337.



prueba sea un mecanismo de solución para lograr con eficacia la prueba del nexo causal del daño ambiental.

### 2.5.3.- La presunción del nexo causal del daño ambiental.

Respecto a la presunción de causalidad se trata de un mecanismo importante para determinar el nexo causal del daño ambiental, según el cual, se logra la prueba de un hecho en base a la presunción de otro hecho, construyendo cómo han sucedido los mismos, permitiendo de esa manera resolver una situación de incertidumbre. Para ello es necesario que entre el hecho admitido o demostrado y el presunto exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Tanto la doctrina como las legislaciones admiten tanto la presunción judicial o legal. Respecto de la primera, la doctrina sostiene que se da, cuando el juez, en virtud de las máximas de la experiencia, estima que se da el grado de probabilidad necesario para suponer como ocurrido un hecho, y con ello como realizada su prueba (prueba *prima facie*); a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de presunciones de derecho, “no se requiere una contraprueba para privar de su fuerza a esta prueba”, pues queda desvirtuada si se demuestran hechos que hagan probable lo contrario, y entonces se aplican los principios Corrientes sobre carga de la prueba.<sup>544</sup> La presunción judicial, es la actividad mental del juez para considerar un hecho como probable, a través del uso de la lógica y de la experiencia para la apreciación de los hechos del proceso.

Respecto a la presunción legal, ECHANDÍA observa, que los hechos presumidos legalmente, son cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba, y tal es precisamente el objeto de las presunciones”<sup>545</sup>. Y ello es así, porque existen las presunciones legales iure et de jure y la presunción iuris tantum o relativas que admiten prueba en contrario. De lo que se trata es que estos conceptos, clásicos, puedan ser adecuados para efectos de la probanza del nexo causal en materia ambiental.

En el derecho peruano, se admite la presunción judicial, en general, como un mecanismo probatorio, el mismo que se encuentra establecido en el artículo 277 del Código Procesal Civil<sup>546</sup>, según el cual, la presunción es el razonamiento lógico-crítico a partir de uno o más hechos indicadores que lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. Y, asimismo, el artículo 281 del mismo cuerpo de leyes<sup>547</sup> establece que la presunción judicial, es el razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados. Tal como se observa, la presunción judicial es de suma importancia en materia de probanza del nexo causal en materia ambiental en el derecho peruano, pues ante la inexistencia, una presunción legal específica, de tipo absoluta, como relativa en materia de causalidad del daño ambiental, , que cumplan los requisitos exigidos en la norma, así tenemos que : a) *la presunción legal absoluta*, establecida en el artículo 278 del CPC, que establece que cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario y que el beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base : b) *la presunción legal relativa*, en materia de causalidad ambiental, tal y como está establecida en el artículo 279 del CPC, según la cual la

---

<sup>544</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, Editorial Víctor P. de Zavalia, Tomo I, Buenos Aires, pág. 179 -180.

<sup>545</sup>No es entonces que el hecho no pueda ser entonces objeto idóneo de prueba, como dicen *Lessona Y Florian*, sino que no necesita prueba, o que está excluido del tema de prueba DEVIS ECHANDÍA, Henando, “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, Editorial Víctor P. de Zavalia, Tomo I, Buenos Aires, pág. 204.

<sup>546</sup> <https://lpderecho.pe/texto-unico-ordenado-codigo-procesal-civil-actualizado/>

<sup>547</sup> <https://lpderecho.pe/texto-unico-ordenado-codigo-procesal-civil-actualizado/>

ley es la que presume una conclusión con carácter relativo, por lo que, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Siendo que la norma exige que el beneficiario ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso. Ante tal, situación, el juez peruano deberá recurrir a la presunción de tipo judicial, facultad que le otorga tanto el artículo 277 y 281 del CPC<sup>548</sup>, aplicar su razonamiento lógico-crítico partiendo del hecho relevante como lo es el daño ambiental y la presunta causa del mismo, que le lleven a concluir la certeza del nexo causal del daño ambiental, logrando un enlace preciso y directo entre el daño ambiental y la presunta causa, según las reglas del criterio humano.

Respecto del derecho español, RUDA precisa que parte de la doctrina ya se había pronunciado a favor de que el legislador estableciese una presunción del nexo causal. Asimismo, cabe una presunción meramente judicial, consistente en que el juzgador presuma la certeza, a los efectos de concluir en el proceso un hecho a partir de un hecho distinto que haya sido admitido o probado. Para ello, es necesario que entre el hecho admitido o demostrado y el presunto exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.<sup>549</sup> Así, la ley española de Responsabilidad Medioambiental 26/2007, en su artículo 3, establece la presunción consistente en que si una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III, establecido en la misma ley, ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo<sup>550</sup>. Se trata de una norma de suma importancia para el desarrollo de la responsabilidad medioambiental, toda vez que establece la presunción de responsabilidad de quien realiza la actividad económica o profesional, establecida en una lista de actividades y profesiones, por la propia ley, aun cuando la misma admite prueba en contrario.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Supremo español parece haber aplicado, la prueba del nexo causal por presunciones en algunos casos complejos en que parecía difícil probar de modo certero, por ejemplo cabe referirse a la STS 2ª de 12.5.1986, emitida en un caso de daños por incendio forestal en el que a falta de una prueba científica natural exacta el juez puede entender el nexo causal probado por presunciones con deducción que muestre la racional y lógica deducible dentro de tales parámetros epistemológicos<sup>551</sup>. Por lo que, se trata de un mecanismo procesal de suma importancia para

---

<sup>548</sup> <https://lpderecho.pe/texto-unico-ordenado-codigo-procesal-civil-actualizado/>

<sup>549</sup> En el español, sostiene RUDA, que la ley establece que las presunciones legales (art.385 LECiv) pueden ser legales o judiciales (art.385 LECiv). Ejemplo lo primero es la novedosa presunción de la LRM, según la cual se presumirá *iuris tantum* que una actividad típica (incluida en el Anexo III) causó daño o amenaza inminente de daño si es apropiada para causarlo, según la naturaleza intrínseca o la forma en que se desarrolló. Aparte de esa norma, sólo existe otra presunción legal. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 337-345.

<sup>550</sup> Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental

“Artículo 3 Ámbito de aplicación .1. Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo. (...)*; Anexo III Actividades a que hace referencia el artículo 3.1 .1. La explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Esto incluye todas las actividades enumeradas en su anexo I, salvo las instalaciones o partes de instalaciones utilizadas para la investigación, elaboración y prueba de nuevos productos y procesos. Igualmente incluye cualesquiera otras actividades y establecimientos sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. <https://www.boe.es/eli/es/1/2007/10/23/26/con>

<sup>551</sup> Igualmente puede incluirse aquí el supuesto de contaminantes de alimentos, en el hecho base consiste en la deficiente higiene de la cocina del restaurante permite entender probados por presunciones el nexo causal con respecto del daño consistente en una intoxicación con resultado mortal. (STS 2ª de 12.5.1986). RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 337-345.

efectos de establecer la relación causal del daño ambiental, pues los jueces pueden lograr finalmente resolver los conflictos sobre reparación de daños ambientales recurriendo a estos mecanismos procesales.

Igualmente, el derecho alemán, establece un complejo sistema de presunciones de causa<sup>552</sup> y jurídicas<sup>553</sup> y exenciones o exclusiones de tales presunciones. Así, la ley alemana de responsabilidad de 1991 (Gesetz über die Umwelthaftung/UmweltHG) por ejemplo existe una presunción general de causalidad que se aplica teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular, respecto de una instalación que ha sido capaz de causar el daño por la actividad ambientalmente peligrosa<sup>554</sup>. Se puede llegar a determinar la falsedad de la tesis del agente contaminante a partir de pruebas que determinen la potencialidad contaminante de cada instalación en concreto.

La presunción del nexo causal, puede delimitar su ámbito de aplicación en función del tipo de daños: daños personales, daños a las cosas, daños a los bosques, daños ecológicos puros, o también ser daños sectoriales, como daños ocasionados por la contaminación de las aguas, por las radiaciones nucleares, por la contaminación atmosférica, etc.,<sup>555</sup> convirtiéndose en una institución jurídica importante para efectos de establecer el nexo de causalidad entre el causante y el daño ambiental.

Hipotéticamente RUDA propone las siguientes presunciones aplicables a los casos de daños ambientales: i) que se presuma por cierto un hecho cuando otro distinto también se ha determinado y además quede probado. Consiste en la presunción del nexo causal según el cual se presuma que otro hecho (hecho presunto), sea cierto a los efectos de determinar el nexo causal del daño ambiental materia del proceso, justificado en los casos de dificultad probatoria en que no puede conocerse las circunstancias en que el demandado llevó a cabo su actividad, y de esa manera resolver una situación de incertidumbre.<sup>556</sup> Se trata de encadenar los hechos de tal manera, que la certeza de un hecho, determine la alta probabilidad de la certeza de otro hecho, el que originó el daño ambiental; ii) se presuma la certeza de la relación de causalidad de un daño ambiental, a partir de un *hecho demostrado* y un *hecho presunto* y que por tanto exista un enlace preciso y directo según las reglas del buen criterio, el mismo que haya sido admitido o probado. Para ello, es necesario que entre el hecho admitido o demostrado y el presunto exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Se trata de demostrar en este caso el actuar activo del juez, pues para lograr esta presunción deberá investigar a fondo tanto el hecho demostrado, como el hecho presunto, con la ayuda de todas las pruebas al alcance del proceso judicial, y lograr finalmente demostrar en un caso en concreto que el hecho del agente contaminante, es el que ha causado el daño

---

<sup>552</sup> In addition, the 1991 German Liability Act (Gesetz über die Umwelthaftung/UmweltHG) establishes a complex system of presumptions of cause, and exemptions or exclusions from such presumptions. There is a general presumption of cause that applies if taking into account the circumstances of each particular case; an installation is found to have been capable of causing the ensuing damage. The presumption of cause does not apply if the installation has operated in accordance with permits and conditions imposed under administrative law. Compliance is presumed if proper control measures were implemented, such as use of safety equipment and regular inspections. Avoidance of presumed liability can be a strong incentive to increased compliance with preventive measures. The German Liability Act provides the injured party with right to information from operators of installations and environmental authorities. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 141-142.

<sup>553</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, s/f, pág. 159.

<sup>554</sup> In addition, the 1991 German Liability Act (Gesetz über die Umwelthaftung/UmweltHG) establishes a complex system of presumptions of cause, and exemptions or exclusions from such presumptions. There is a general presumption of cause that applies. In: ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, “*MANUAL OF EUROPEAN ENVIRONMENTAL LAW*”, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 141-142.

<sup>555</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit, pág. 337-345.

<sup>556</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit, pág. 337-345.

ambiental; iii) se debe admitir la presunción rebatible (*iuria tantum, praesumptio iuris*) que admite prueba en contrario, cuando el demandado identifique al verdadero causante y pruebe más allá de toda duda que la responsabilidad no recae sobre el primero. Así, por ejemplo, se debe admitir la prueba en contrario, en los casos en que la instalación del demandado no causó el daño ambiental en cuestión o no es probable que la causase, sino que la responsabilidad recayera certeramente en un tercero<sup>557</sup>. Se tratan de presunciones, importantes que aportan al desarrollo de la responsabilidad por el daño ambiental en materia de probanza del nexo causal y que deben ser acogidas por la normatividad en esta materia.

Asimismo, en el sistema alemán, se establece la presunción de causalidad a favor de los demandantes (art. 6)<sup>558</sup>, mediante dicha norma se presume la relación de causalidad entre el daño ambiental y el agente contaminante, de esa manera, se facilita la probanza del nexo causal, constituyendo un avance importante en materia probatoria, ya que dada la naturaleza *suigeneris* del daño ambiental, es de muy difícil probanza la relación entre el daño y el causante del mismo.

El derecho moderno, irá llenando de contenido a las presunciones que sean necesarias<sup>559</sup>, para facilitar la determinación de la relación de causalidad de un daño ambiental y de esa manera establecer la responsabilidad del agente contaminante para que pueda asumir el pago de la reparación del daño ambiental<sup>560</sup>. Sin perjuicio que adicionalmente se les dote a todos los intervinientes de un proceso por responsabilidad por el daño ambiental de la posibilidad de aportar las pruebas que consideren pertinentes, que determinen al verdadero responsable. Aun cuando es sumamente complicado que las presunciones sean aceptadas en los sistemas procesales tradicionales, pues son reacios al cambio, no obstante, el derecho terminará aceptando de manera unánime dichas presunciones, porque es justo proteger a la víctima de los daños ambientales y al medio ambiente.

---

<sup>557</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 337-345.

<sup>558</sup> Environmental Liability Act of 10 December 1990 (Federal Law Gazette, Section 6 Presumption of cause.

If an installation is likely to cause the damage that occurred on the basis of the given facts of the individual case, it is presumed that the damage was caused by this installation. The like likelihood in the individual cases shall be evaluated on the basis of the operating procedures, the facilities used, the type and concentration of the substances used and released, the meteorological factors, the time and place the damage occurred and the type of damage as well as all the other given facts that speak for or against the causing of damage in the individual case. – [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_umwelthg/englisch\\_umwelthg.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_umwelthg/englisch_umwelthg.pdf)

<sup>559</sup> En un caso realizado por Tribunal Argentino de La Plata, Sala II- en el expediente número 91.869, del 27/04/93, sobre acción por daños y perjuicios daños ambientales producidos, la empresa *Copetro* fue demandada por María del Carmen Pinini de Pérez. La Sala declaró fundada la acción, y dispuso: el pago de los conceptos de daño físico y daño moral, así como el cese inmediato y para siempre, de los elementos contaminantes a la atmosfera, fundamentando principalmente que: i) la contaminación es potencialmente riesgosa. El polvillo de cualquier industria es coadyuvante. Copetro y otras fábricas pueden emitir material contaminador que podrían ser riesgosos y cancerígenos; ii) En relación con el nexo causal entre las emisiones de Copetro y sus efectos en la salud de los actores, la Sala determino asma y bronquitis que los menores sufrían se debía a que los agentes irritantes y alergógenos presentes en el ambiente, iii) En relación a las pruebas, el juez puede basarse en *presunciones* por encima de otras pruebas, inclusive en contra de la prueba testimonial. MARTÍNEZ, Isabel, “*El Acceso a la Justicia Ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la Década de 1990*”, Op. Cit., pág. 40-41.

<sup>560</sup> Sobre la base de esta dificultad, la ley japonesa del 5 de octubre de 1973 crea *presunciones* de responsabilidad para quienes habitan un área contigua al establecimiento contaminante. Así logra aliviarse la carga probatoria de la víctima, que sólo debe acreditar que padece la enfermedad y que vive en el área, sin necesidad de acreditar que la causa de su enfermedad está en la contaminación que provoca la fuente. Esto lleva a la necesidad de examinar la prueba de la relación causal entre la acción y el daño, en el derecho argentino, así la jurisprudencia, viene sosteniendo que cuando se trata de posibles daños al medio ambiente, la prueba debe tener un particular tratamiento, en cuanto la naturaleza de la agresión no se compadece con los sistemas habituales de análisis de las probanzas, dentro del sistema de apreciación por medio de la sana crítica se da mayor relieve a dos núcleos de determinación: a) el análisis comprensivo y no atómico de los elementos, y b) el valor excepcional que recibe *la prueba de presunciones*. PARELLADA, Carlos Alberto, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 267-268.

De todo lo anotado, pariendo de la tesis absolutamente comprobable, consistente en que, a través de la probanza de un hecho en base a la presunción de otro hecho, se puede construir la historia real de los sucesos, a partir de razonamientos lógicos y pruebas directas o indirectas, de esa manera resolver una situación de incertidumbre. En atención a ello, se hace necesario, que respecto al sistema de responsabilidad por el daño ambiental en el derecho peruano se llene el vacío advertido en materia de presunciones ambientales y se implemente las presunciones específicas del nexo causal del daño ambiental: i) Se presume la relación de causalidad entre el daño ambiental y el agente contaminante; ii) que se presume por cierto un hecho cuando otro distinto, también se ha determinado y además quede probado; iii) se presume un *hecho demostrado* y un *hecho presunto*, y que por tanto exista un enlace preciso y directo según las reglas del buen criterio, el mismo que haya sido admitido o probado; iv) la presunción rebatible (*iuria tantum, praesumptio iuris*) que admite prueba en contrario, entre otras, para lograr establecer el nexo causal de los daños ambientales. De esa manera, se logrará resolver las situaciones de incertidumbre, en materia de probanza del nexo causal por el daño ambiental bajo la cual se escudan los responsables directos de los daños ambientales evitando así la impunidad de los mismos.

#### **2.5.4.-La prueba indiciaria y el nexo causal del daño ambiental.**

Tal y como se ha venido sosteniendo, a fin de solucionar los desequilibrios y situaciones de desventaja que se presentan, debido a los márgenes de incerteza para determinar la relación de causalidad de los daños ambientales, se hace necesario optar por compatibilizar los rigores probatorios, a través de la admisión de la prueba por indicios o prueba indiciaria, en los casos que sea imposible contar con una prueba directa y concluyente del nexo causal. Al respecto la doctrina, sostiene que la prueba indiciaria es “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”<sup>561</sup>. La prueba del indicio es indirecta, pues tiene por objeto un hecho particular que si bien no califica como el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida, por sí solo o en conjunción con otros, sí nos sirve para inferirlo, por medio de las reglas de la ciencia o la experiencia.<sup>562</sup> Tal como se observa, del concepto de prueba indiciaria, se trata de una de las formas de relajación de los rigores probatorios en los casos de márgenes insuperables de incertidumbre o complejidad técnica y científica del daño ambiental.

En necesario, diferenciar el indicio de la presunción judicial, pues se trata de conceptos similares, no obstante, la doctrina y las normas les dan acepciones diferenciadas. Al respecto, ECHANDIA distingue al indicio de la presunción judicial diciendo del primero que es “el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógico-crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquel el hecho desconocido”, mientras que por otro lado define a la presunción judicial como aquel “principio lógico basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados que le sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera.”<sup>563</sup> Por lo que se entiende a la prueba indiciaria, como un método de prueba judicial, esto es como un juicio de hecho, y no como un medio probatorio.

---

<sup>561</sup>DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “*Teoría general de la prueba judicial*”, Tomo I, THEMIS, Bogotá, 2006, pág. 31.

<sup>562</sup>ZAVALETA RODRÍGUEZ, R.E (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Derecho & Sociedad* (50), 197-219. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388/20320>

<sup>563</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “*Teoría general de la prueba judicial*”, Tomo I, THEMIS, Bogotá, 2006, pág. 597-598.

En el derecho peruano, la prueba por indicios está establecida en el artículo 276 del Código Procesal Civil<sup>564</sup>, según el cual el indicio es el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, el cual adquiere significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia. Ello se logra a través de un enlace o nexo inferencial, el cual puede ser una ley científica o una máxima de la experiencia.<sup>565</sup> En ese sentido, en materia de responsabilidad ambiental, se trata de que el hecho cierto sería el daño ambiental, del cual debe obtenerse a través de una operación lógico-crítica, un argumento probatorio que permite inducir la causa del mismo, que sería el hecho desconocido y que se trata de probar justamente a través de un nexo inferencial, el mismo que es de suma importancia en esta materia, en donde la naturaleza del daño, obliga a hacer este tipo de inferencias. No obstante, en la legislación peruana no existe establecido este mecanismo procesal probatorio de manera específica en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, por lo que corresponde recurrir a la doctrina moderna.

Uno de los autores que se ha ocupado con especial dedicación al tema de la causalidad ambiental es RUDA<sup>566</sup>, quien se muestra favorable a aceptar las pruebas indiciarias, debido a que la opacidad probatoria no debe ser una estrategia defensiva que dificulte o impida la prueba de la relación de causalidad, la misma que debería ser establecida de manera transparente con ayuda de los agentes contaminantes, quienes a la hora de encarar una eventual acción de responsabilidad por daños deben colaborar con la probanza del nexo causal, caso contrario se debe recurrir a las pruebas indiciarias.

La admisión de la prueba indiciaria es útil en los casos que no es posible una prueba directa para probar el nexo causal, pues prescindir de la misma conduciría a la impunidad de los daños ambientales, dejando en una grave indefensión a las víctimas y al medio ambiente. Por lo que, la dinámica del desarrollo industrial y el aumento de los daños ambientales plantea cada vez con mayor frecuencia la flexibilidad de la prueba del nexo causal a través de la prueba indiciaria, dotándole al juez de la posibilidad de recurrir a dicho tipo de prueba. Siendo ello así, es necesario, que el legislador peruano, en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, establezca de manera específica la posibilidad de que el juez, en los casos que exista opacidad probatoria, o no exista una prueba directa para probar el nexo causal del daño ambiental, o cuando el agente contaminante dificulte o impidan la prueba de la relación de causalidad, deba recurrir a las pruebas indiciarias.

### **2.5.5.- La prueba científica, técnica y el nexo causal del daño Ambiental.**

Recurrir a la técnica y a la ciencia es un imperativo para probar el nexo del daño ambiental dada su naturaleza especial, por ejemplo, para medir los cambios climáticos, el nivel de ruido, las emisiones tóxicas, la contaminación ambiental, las variables de aire, la luminosidad, la temperatura, el ruido, entre otros fenómenos ambientales, por lo que, es imprescindible recurrir a las pruebas científicas y técnicas. A

---

<sup>564</sup> <https://lpderecho.pe/texto-unico-ordenado-codigo-procesal-civil-actualizado/>

<sup>565</sup> Se puede observar la referencia a esta estructura en el artículo 276, relativo al indicio (acto, circunstancia o signo – que conduce – al hecho desconocido), el artículo 277, que define a la presunción (hechos indicadores – que llevan – al hecho investigado), y el artículo 281, que alude a la presunción judicial (razonamiento que parte de un presupuesto acreditado – y mediante reglas de la experiencia o conocimientos del juez – contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados). (...) Así las cosas, los tres dispositivos legales antes acotados regulan la misma estructura probatoria; situación que no tiene nada de extraño si se tienen en cuenta que ella está implícita en las expresiones prueba indirecta, prueba indiciaria y prueba presuntiva. ZVALETA RODRÍGUEZ, R.E (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Derecho & Sociedad* (50), 197-219. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388/20320>

<sup>566</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro”, Op. Cit., pág. 292-315.

ello se aúna el hecho que algunas de las consecuencias dañosas se manifiestan con el transcurso de un largo periodo de tiempo, como, por ejemplo, la contaminación por sinergia, provocada por hechos múltiples y diversos, que con frecuencia son difíciles de determinar de forma aislada, lo que hace necesario recurrir a la prueba técnica y científica emitida por los expertos en materia ambiental ya sea pericial, documental, u oral de un técnico o un científico.

Se parte de que el daño ambiental es un fenómeno de naturaleza compleja, por lo que necesariamente requiere que el juez recurra a la ciencia y a la técnica para probar si se está frente a un daño ambiental o no, esto es probar si se excedieron los niveles, cantidades o concentraciones, que toleran un impacto ambiental.<sup>567</sup> En estos casos se requiere determinar la variación del clima, el nivel de ruido, medir las variables de aire, luminosidad, temperatura, etc.<sup>568</sup> y su incidencia sobre las personas, los animales, el patrimonio, o el medio ambiente, para lo cual, se hace necesario recurrir a la ayuda de la tecnología y de la ciencia en materia ambiental, a fin de ilustrar al juez, sobre asuntos relacionados con el fenómeno del daño ambiental, y con ello alcanzar condiciones óptimas para poder establecer el nexo causal entre las actividades del demandado y el daño ambiental investigado.

La práctica jurisprudencial<sup>569</sup> se viene orientando a probar la relación causal en base a las pruebas periciales, observándose que en algunos casos es la parte demandada la que se opone a la práctica de las pericias, por lo que corresponde aplicar los apercibimientos legales por la conducta procesal obstruccionista de los agentes contaminantes<sup>570</sup>, debiéndose hacer uso de los apremios procesales, y en caso de oposición reiterada, aplicar la presunción de certeza del nexo causal investigado.

Es de suma importancia la investigación constante y sin desmayo alguno, en estos temas referidos al fenómeno del daño ambiental, pues los agentes contaminantes evaden su responsabilidad justamente porque, muchas veces frente a la incertidumbre probatoria del nexo causal, por no recurrir a la ayuda técnica y científica del fenómeno del daño ambiental, se determina la impunidad del daño. Es necesario incentivar las investigaciones, especialmente en países vulnerables ambientalmente los mismos que por su

---

<sup>567</sup> Se determine la variación del clima, el nivel de ruido y su incidencia sobre las personas y los animales, es preciso medir las variables de aire, luminosidad, temperatura, ruido, etc. La complejidad de las verificaciones técnicas necesarias para poder conseguir esta demostración; algunas de las consecuencias dañosas se manifiestan con el transcurso de un largo periodo de tiempo; la contaminación no suele obedecer a una causa aislada, sino a la confluencia de varias (contaminación por sinergia), de tal manera que es provocada por hecho múltiples y diversos, que con frecuencia son difíciles de determinar de forma aislada. GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho ambiental colombiano*”, Op. Cit., pág. 161-164.

<sup>568</sup> La doctrina latinoamericana señala que con ayuda de las pruebas técnicas se puede llegar en casos concretos a resolver problemas de probanza para determinar la relación de causalidad de los daños ambientales ocasionados por ejemplo del glifosato con efectos en la salud de las personas, para lo cual se requiere por ejemplo materiales científicos como: i) monografías de la International Agency Research Cancer - World Health Organización; ii) la declaración de peritos químicos, biólogos, etc. ; iii) fichas toxicológica del Ministerio de Salud, pruebas estas que, permiten llegar a conclusiones valederas respecto a determinar si el glifosato causa o no daños graves e irreparables en la salud humana, entre otros. GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho ambiental colombiano*”, Op. Cit., pág. 161-164.

<sup>569</sup> La relación causal con el resultado producido no se presenta como juicio probabilístico, sino cierto, con base en material probatorio aportado al pleito y especialmente la *prueba pericial de los juzgadores de instancia han interpretado con la debida racionalidad lógica*. Una causa ha de ser adecuada y estar integrado de efectividad suficiente acto que la pone de manifiesto, para que del mismo se derive como conciencia necesaria el resultado dañoso producido. MARTÍNEZ, Isabel, “*El Acceso a la Justicia Ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la Década de 1990*”, Op. Cit., pág. 2542-2543.

<sup>570</sup> La doctrina jurisprudencial, en un caso concreto sobre daños de finca de cítricos por la contaminación producida por empresas de azulejos, por emanaciones de boro. Se discute la relación de causalidad entre la reducción de la producción y la actividad de la empresa. Se tiene por acreditada la causalidad dañosa que se atribuye a la demandada, aun cuando se hubiera redondeado de forma completa tal probatura con el dictamen pericial que se pretendió llevar a cabo, consistente en el estudio químico de composición de los humos emitidos. (SAP Castellón 21.10.2000 (RAC BD 264061/2001).DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op.Cit., pág. 87.

ubicación geográfica, detentan una vasta diversidad biológica y de ecosistemas, en donde los jueces están muchas veces desprovistos de la opinión científica y técnica, por lo que se hace casi imposible determinar el nexo causal del demandado y el daño ambiental, quedando finalmente en impunidad. Ante la problemática advertida, es preciso implementar en la legislación peruana la existencia de peritos expertos en temas ambientales asignados al Poder Judicial que permitan, en lo posible, que los procesos judiciales en esta materia estén dotados de conocimientos técnicos y científicos ambientales que permitan, a su vez, establecer el nexo causal del daño ambiental de manera eficiente.

### **3.- Los supuestos de ruptura del nexo causal en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental.**

Partimos de la tesis consistente en que, a partir de un enfoque moderno del derecho civil, es necesario limitar los supuestos de ruptura del nexo causal en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por el daño al medio ambiente. Resulta imprescindible abordar dicha problemática, con respecto a si las fracturas causales, deben o no ser incorporadas<sup>571</sup>, esto es, si es adecuado establecer los supuestos de ruptura del nexo causal en el caso de la responsabilidad civil por el daño ambiental. Observándose que actualmente no existe un solo sistema de responsabilidad civil que no contemple la posibilidad de establecer supuestos de ruptura causal para eximir de la responsabilidad al sujeto agente por el daño ambiental<sup>572</sup>. De esa manera se viene condicionando la responsabilidad a los supuestos de exoneración consistentes ya sea en la ausencia de nexo causal o en una “*exclusión de antijuricidad*” en sentido clásico, caso éste en que se habla de causas de justificación.

REY DE CASTRO, sostiene que en el derecho romano *la vis major*, o fuerza mayor, acentuaba especialmente la irresistibilidad del evento, lo cual aparece en la definición de Ulpiano: *Omnem vis cui resisti non potest*. En el *casus fortuitus*, o simplemente *casus*, se destacaba la imprevisibilidad del acontecimiento, según la respectiva definición del mismo jurisconsulto: *Casus quos nullum humanum consilium providere potest*. Entre los autores que distinguen ambas nociones, se encuentran quienes, partiendo del derecho romano, sólo advierten diferencias en lo teórico, mas no en la práctica del derecho.<sup>573</sup> Es casi unánime la doctrina en reconocer que *el caso fortuito* denota los hechos del hombre, particularmente el hecho de un tercero, corresponderían a la *fuerza mayor*, los hechos producidos por las fuerzas de la naturaleza (inundaciones, terremotos, tempestades, etc.), teniendo unos y otros el efecto de liberar de responsabilidad al demandado. Por lo que, el caso fortuito, la causa real será un fenómeno de la naturaleza, una inundación, un terremoto, etc. Y si estamos frente a la fuerza mayor la causa ajena será un acto de la autoridad como una prohibición repentina decretada por norma jurídica de una conducta antes permitida, o el hecho de un tercero y en el caso del hecho de la víctima, la causa ajena será precisamente el hecho de la propia víctima.

---

571 GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 129.

572 Específicamente en relación con los daños ecológicos puros, son casi –absolutos los regímenes vigentes en EUA– por su rigor– y claramente absoluto uno de los regímenes responsabilidad propuestos para proteger al medio antártico. Finalmente la Comisión de compensación de Naciones Unidas que resuelve las reclamaciones por daños medioambientales y otro tipo de derivados del invasión, ocupación de Kuwait por Irak ha entendido que Irak no se exonera de la responsabilidad por el simple hecho de que factores diferentes a la propia invasión y ocupación hayan contribuido a crear el daño medioambiental, hasta el punto de que llegue a sugerirse que la falta de nexo causal no es un obstáculo para que dicha comisión entienda que existe responsabilidad. Lo anterior es una solución drástica que la mayoría de ordenamientos ha preferido no seguir. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 379-383.

573 Habrá fuerza mayor cuantas veces, acaecido el suceso previsto, no pueda la persona que en él se encuentre, obrando jurídica y normalmente, evitarlo y vencerlo; el caso fortuito sería el acontecimiento insólito, imprevisto e irresistible. REY DE CASTRO, Alberto, “*La Responsabilidad Civil Extracontractual Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado*”, Lima, 1972, pág. 379.



Al respecto, el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano es excesivamente permisivo en la posibilidad de establecer las rupturas causales clásicas. Así, el Código Civil peruano, en el artículo 1972<sup>574</sup> precisa tres tipos de fracturas causales que el legislador admite: *caso fortuito*, *hecho determinante de tercero* y *hecho determinante de la víctima*, en los cuales se rompe el vínculo causal entre el causante aparente y la víctima; por consiguiente, no existiendo nexo o continuidad causal, no hay tampoco responsabilidad. La doctrina peruana sostiene que, en razón a ello<sup>575</sup> una fractura del nexo causal afecta la responsabilidad cualquiera que sea el factor de atribución empleado: culpa o riesgo, y además debilita el sistema de responsabilidad en materia ambiental. FONSECA, sostiene que en razón a que el daño ambiental es de suma importancia y de gravedad considerable, los eximentes de responsabilidad, no deben darse en los casos en donde se vea afectado el medio ambiente, sobre todo si por causa de esa afectación, se puede ver disminuida la calidad de vida de las personas por afectar no sólo la naturaleza.<sup>576</sup> En ese sentido, es necesario un cambio legislativo en materia de responsabilidad ambiental, en el derecho peruano, que se oriente a limitar los supuestos de ruptura del nexo causal, con el fin de evitar que los daños ambientales, bajo argumentos de defensa, basados en las rupturas causales clásicas, se queden sin ser reparados.

Por su parte, en el sistema europeo de responsabilidad por el daño ambiental establecido en la Directiva Sobre Responsabilidad Civil en el año 2004 también se establece ampliamente rupturas causales de responsabilidad para ciertas actividades, siendo que, las causas comunes de la exoneración de la responsabilidad que se encuentran en los regímenes de responsabilidad objetiva son: *a)* conflicto armado; *b)* fenómeno natural excepcional; *c)* cuando un operador logra establecer que no ha cometido ninguna falta, y en los casos en los que el evento o actividad que ha causado el daño haya sido expresamente autorizado y en cumplimiento de todas las condiciones del permiso<sup>577</sup>. Sistema permisivo en cuanto al establecimiento de causas de rupturas causales en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, situación delicada para el futuro de la reparación de los daños ambientales en el continente europeo.

Los supuestos de ruptura del nexo causal en el caso de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente determinan que cada vez que se le intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil por la supuesta producción de un daño ambiental, el mismo tendrá la posibilidad de liberarse de dicha responsabilidad si logra acreditar que el daño causado no fue consecuencia de su conducta, sino de una causa ajena, o lo que es lo mismo de otra causa, en los supuestos siguientes: *i)* la ausencia de nexo causal, cuando se trate de caso fortuito y fuerza mayor; y *ii)* las causas de justificación consistentes a su vez en: *a)* las actividades concurrentes, en los casos de culpa contributiva de la víctima, intervención dolosa de tercero, y la acción negligente de las autoridades públicas; *b)* el cumplimiento de normas, autorizaciones y órdenes; *c)* las circunstancias locales; y *d)* el riesgo del desarrollo, entre otras justificantes.

---

<sup>574</sup> Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. *Código Civil*, Asociación peruana de Ciencias Jurídicas y Capacitación, Tercera Edición, Tercera Edición, Lima Perú, 2020, pág. 399.

<sup>575</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La responsabilidad Extracontractual*”, Vol. IV, T. I, Op. Cit., T. II, pág. 338 - 339.

<sup>576</sup> FONSECA TAPIA, Cesar A., “*Manual de Derecho Ambiental*”, 1º Edición, Edit. Adrus, 2010, Lima-Perú, pág. 342-343.

<sup>577</sup> Un premier régime conserve en effet la responsabilité objective pour certaines activités professionnelles énumérées dans F annexe III (...) En plus d'intégrer les causes classiques d'exonération de la responsabilité qu'on trouve dans les régimes de responsabilité objective (conflit arme, phénomène naturel exceptionnel, fait d'un tiers), la Directive permet aussi d'exonérer un exploitant de toute responsabilité si ce dernier établit la preuve qu'il n'a commis aucune faute et que l'évènement ou l'activité a l'origine du dommage était expressément autorisé et respectait toutes les conditions de l'autorisation. JEAN MAURICE Arbour, Sophie Lavallee, « *Droit International De L'environnement* », Op. Cit., page 744-755.

Las fracturas causales se invocan consiguientemente siempre que el supuesto autor de una determinada conducta logre acreditar que no ha sido realmente el causante del daño imputado, sino que el mismo es consecuencia de otra causa. Se tiene la certeza que efectivamente ha producido el daño, no obstante, ha sido determinada por la fractura del eventual nexo de causalidad de otra conducta o causas, a la cual se le llama justamente fractura causal<sup>578</sup>. Lo que implica un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, en donde una de las conductas o causas habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido la misma, consecuencia de la otra conducta<sup>579</sup>. Ello implica que el demandado, tendrá la posibilidad de liberarse de la responsabilidad que se le atribuye, si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena, o de otra causa.

El asunto es que, en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, estos supuestos de exoneración de responsabilidad deben limitarse, siendo que en la doctrina moderna se plantea incluso su desaparición. Así, FONSECA sostiene que no podría acusarse ruptura de nexo causal por situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o imprudencia del afectado, en tanto que justificar la contaminación por ausencia de un vínculo subjetivo, no elimina posibilidad de reparar o retrotraer al estado anterior al ambiente, y en todo caso la asignación de responsabilidad debería implicar adicionalmente actividades restitutivas del equilibrio ambiental al momento anterior de producirse el daño, si fuera posible, como sanción civil adicional al pago de la indemnización por daños y perjuicios a las personas directamente perjudicadas<sup>580</sup>. Tendencia doctrinal, que se viene cimentando, a nivel normativo, en relación a la responsabilidad por el daño ambiental.

Así, el sistema americano de responsabilidad sobre sustancias peligrosas CERCLA (*The Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*) ha optado por limitar tres exoneraciones generales de responsabilidad: a) las causadas por un hecho natural; b) un acto de guerra; y c) una acción u omisión de un tercero, razón por la cual constituye un referente a seguir, pues aun cuando se trata de exoneraciones que deberían desaparecer, es uno de los pocos sistemas de responsabilidad que tiende a limitar exoneraciones<sup>581</sup>. Este sistema es mucho más restrictivo, aun cuando es discutible que se contemple que la acción u omisión de un tercero de lugar a una fractura causal, pues el sólo hecho de realizar actividades potencialmente contaminantes, debe determinar la responsabilidad solidaria con el tercero, a fin de no dejar en impunidad al daño ambiental.

De todo lo anotado, el alcance de cualquier régimen de responsabilidad viene condicionado por las causas de exoneración que prevea, no obstante, la tendencia positiva, aunque ciertamente aún incipiente, es a no establecer supuestos de ruptura del nexo causal por daño al medio ambiente<sup>582</sup>. Lo que se busca es prescindir de la exoneración por falta de nexo causal, ya sea por ruptura del nexo causal o por una

---

<sup>578</sup> En el ámbito extra contractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 35.

<sup>579</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 87.

<sup>580</sup> FONSECA TAPIA, César A., “*Manual de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 342-343.

<sup>581</sup> *Exceptions of Liability*. (1)an act of God;(2)an act of war; or(3)an act or omission of a third party other than an employee or agent of the defendant, or than one whose act or omission occurs in connection with a contractual relationship, existing directly or indirectly, with the defendant if the defendant establishes by a preponderance of the evidence that (a) he exercised due care with respect to the hazardous substance concerned, taking into consideration the characteristics of such hazardous substance, in light of all relevant facts and circumstances, and (b) he took precautions against foreseeable acts or omissions of any such third party and the consequences that could foresee-ably result from such acts or omissions. CERCLA, 107(b), 42 U. S.C., 9607(b). KUNDIS CRAIG, Robin, “*Environmental Law in Context*” Cases and Materials, Second Edition, Edited American Casebook Series- Thomson- West 2005, United States of America, page. 134-139.

<sup>582</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 379-383.

justificante del mismo, y convertir al responsable en absoluto, especialmente en relación con los daños ecológicos puros, por la trascendencia del bien jurídico protegido y por su gravísimo impacto en el medio ambiente, de tal modo que el sujeto responsable se convierte, en cierto modo, en un garante de la no producción del daño y en caso que ocurra el agente contaminante asuma la responsabilidad por el daño ambiental, por el sólo hecho de realizar las actividades contaminantes. En razón a lo expuesto, en materia de responsabilidad civil ambiental, se hace necesario evaluar si los conceptos de caso fortuito<sup>583</sup>, y la fuerza mayor<sup>584</sup>, deben o no ser incorporados<sup>585</sup>, para establecer la relación casual por el daño ambiental. Problemática, que se abordará a continuación.

### **3.1.-El caso fortuito en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.**

El caso fortuito es el peligro típico de la actividad, mientras que la fuerza mayor es el peligro atípico, por ejemplo, el descarrilamiento de un ferrocarril es un peligro típico, y por tanto se trata de un supuesto de caso fortuito, no lo es, un rayo o un terremoto, en este caso es un supuesto de fuerza mayor<sup>586</sup>. Un sector de la doctrina, sostiene que caso fortuito debe ser externo o ajeno al riesgo de la cosa o la actividad, debe tratarse de un acontecimiento imprevisible y exterior a ella, ya que si fuera interno se encontraría dentro del riesgo propio o específico de la cosa o de la actividad desarrollada.<sup>587</sup> De lo que se trata, es si dicho concepto clásico, es adecuado para ser utilizado como defensa causal, en los casos de responsabilidad por el daño ambiental.

Por ejemplo, pensemos, en el caso de una empresa minera que deja que los relaves mineros se acumulen sabiendo que, en caso de un terremoto, estos se desbordarán al río. Unos días más tarde se produce un terremoto y el relave minero, con el movimiento se desborda al río. No cabe duda de que el terremoto es un caso fortuito, pero, en la situación descrita, ¿fue acaso el terremoto la causa determinante o adecuada de que se desbordara los relaves mineros o lo fue la negligencia de la empresa minera en acumular los relaves de manera negligente? Es evidente que hubo negligencia de la empresa minera y que ésta tuvo participación en el hecho dañino. Ahora bien, para determinar la responsabilidad de la empresa minera será preciso contestar a la siguiente pregunta: Si los relaves mineros se hubieran deshecho de manera que no impactara negativamente en el medio ambiente, esto es si la empresa minera hubiera adoptado las precauciones ambientalmente responsables, ¿puede concluirse que el relave minero no hubiera caído al río y este no se hubiera contaminado aún con el terremoto? Si la respuesta es afirmativa, existe responsabilidad de la empresa minera. Tanto el terremoto como la negligencia de *la empresa minera* son causas del daño. Estamos, pues, en presencia de concausas cuya idoneidad y carácter determinante para provocar el resultado dañino, tienen que ser evaluadas. Si la falta de precauciones de la empresa minera en la acumulación de relaves mineros, es absolutamente decisiva, podría llegar quizá incluso a la conclusión de que el terremoto fue un hecho relevante porque su intervención causal no fue significativa. En tal caso, la empresa minera sería plenamente responsable a pesar de que aparentemente habría

---

<sup>583</sup>Pues “la presunción de culpa debe ser *iusuris et de iure*; el lesionante no puede demostrar su excusabilidad por caso fortuito”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Vol. IV, T. I, Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-Perú, 1995, pág. 331-332.

<sup>584</sup> VILLALTA NICUESA, Aura Esther, MÉNDEZ TOMAS, Rosa M., “*Acción de Responsabilidad extracontractual por Daños al Medio Ambiente*”, Edit, Bosh S.A., Barcelona, España, 2002, pág. 26.

<sup>585</sup> GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 129.

<sup>586</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Vol. IV – T I., Op. Cit., pág. 329-331.

<sup>587</sup> ACKERMAN, Mario E., ÁVILA, Juan J, MUGILLO, Roberto A., DIEZ, Fabiana, HISE, Mónica, LOVECE, Graciela, LUPETTI, Gustavo, PETRONE, Aldo, ROSELLO Graciela, SOBRINO, Augusto R., TOSTI Silvia, WEINCARTEN, Celia, YANNADUONI, Graciela, “*Teoría General de la Reparación de Daños*”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, 1997, pág. 153.

intervenido un caso fortuito clásico. Esta última hipótesis se presenta cuando el caso fortuito no es sino un hecho coexistente con el acto dañino, pero no tiene influencia causal.

En el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, la LGA, en el artículo 156 inciso b), norma que cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; puede alegarse dicho hecho como defensa causal, en los casos de responsabilidad por el daño ambiental; y, asimismo, el Código Civil peruano en el artículo 1972<sup>588</sup> precisa que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor. En el derecho peruano, la sección del Código Civil Peruano sobre responsabilidad extracontractual no aporta una definición propia del caso fortuito y fuerza mayor<sup>589</sup>. Es la parte del Código Civil peruano, dedicada al régimen de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones la que es singularmente prolífica al respecto<sup>590</sup>, por lo que, en términos generales, es aplicable la definición del artículo 1315: “caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible”. Dentro del orden jurídico peruano, en ambos casos lo esencial es lo mismo: se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible o irresistible. Y para todo efecto práctico, nuestro Código Civil considera el caso fortuito y fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad<sup>591</sup>. Por lo que, en materia de responsabilidad por el daño ambiental, se aplica de manera general este concepto, el mismo que sigue la tendencia del derecho clásico civil, según el cual, cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente, estamos en presencia del “caso fortuito o de la fuerza mayor”. Es que el accionar del sujeto, conforme al curso natural y ordinario de las cosas no podría llevar al resultado dañoso y por ello han sido otras las condiciones que produjeron el daño.<sup>592</sup> Esto es, el caso fortuito o fuerza mayor hacen inimputable a la conducta del demandado del resultado perjudicial, conceptos que en la responsabilidad por el daño ambiental peruano, se aplican. En ese sentido, nuestro sistema, no ha desarrollado la posibilidad de que, en los casos de responsabilidad por el daño ambiental, puedan limitarse la aplicación de la defensa causal por un hecho fortuito o fuerza mayor, por lo que se hace necesario recurrir al derecho moderno en esta materia.

Así en los casos en que suceda un daño ambiental que se ha desencadenado o agravado por un hecho fortuito, concurrente con la conducta negligente del productor, por no prevenir un peligro típico de la

---

<sup>588</sup> Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. *Código Civil*, Asociación peruana de Ciencias Jurídicas y Capacitación, Tercera Edición, Tercera Edición, Lima Perú, 2020, pág. 399.

<sup>589</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Vol. IV – T I., Op. Cit., pág. 330.

<sup>590</sup> En el Perú, aun cuando no es una práctica usual, se pueden encontrar ejemplos de virtual superación de la definición codificada en la ley civil, como es el caso del contrato de licencia para la explotación de hidrocarburos (Camisea) celebrado el 28 de noviembre del 2000, entre Petroperú S.A., en virtud de las facultades concedidas por la Ley N° 26221 y Pluspetrol Perú Corporation Hunt Oil Company of Perú L.L.C, SK Corporation e Hidrocarburos Andinos S.A.C. Hay en dicho contrato una explícita definición de caso fortuito o fuerza mayor (cláusula 1ª, 1,7) como “la causa no imputable a cualquiera de las Partes, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, que esté fuera del control razonable y que no pudiera ser prevista o que, habiendo sido prevista, no pudiera ser evitada”. Entre otros, están comprendidos en el párrafo anterior, incendios, terremotos, maremotos, avalanchas, tempestades, actos terroristas, de guerrillas, guerras (...) podrán ser invocados como Caso Fortuito o Fuerza Mayor. LEÓN, Leysser L., “*Responsabilidad Civil- Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*”, Editorial Normas Legales S.A.C, Trujillo, 2004, pág. 616- 617.

<sup>591</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad extracontractual*” Vol. IV, Tomo I, Fondo Editorial PUCO, Sexta Edición, 2001- Lima-Perú, Pág.330-331.

<sup>592</sup> Se define como “un acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto o previsto, pero inevitable, que imposibilita el cumplimiento de la obligación”. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén II, “*Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*”. En “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, 1984, pág. 86 – 87.

actividad ambientalmente riesgosa, es posible limitar el caso fortuito como defensa causal, y evitar exonerar de responsabilidad al agente contaminante, si se quiere, realmente proteger eficazmente a la víctima frente al daño ambiental y asimismo al medio ambiente. Como ya se ha anotado, el caso fortuito constituye una interrupción del nexo causal sólo cuando es idónea por "sí sola para determinar, como causa única el evento dañoso"; por lo que el caso fortuito adquiere actualidad cuando no se presenta puro sino combinado en otras causas originadas en el obrar humano. Pues puede suceder que el caso fortuito no sea tan contundente, sino que de alguna manera se combine con las causas introducidas por el demandado; y es esta combinación que produce el daño.

Así, el caso fortuito no sería la causa determinante del daño, sino que se sumaría a la secuela de causas, para agravarlas o complicarlas.<sup>593</sup> Si la situación no es pura, el caso fortuito puede aparecer combinado activamente ya sea con una causa simple del demandado, ya sea como una causa "culpable". Esto debe ser así, porque el bien que se pretende proteger es nada menos que el medio ambiente, vital para la existencia de la humanidad razón suficiente para que el derecho cierre toda posibilidad a cualquier legalismo para permitir la evasión de la responsabilidad de los agentes contaminantes, como lo es la institución del *caso fortuito*, pues es incongruente que sea la misma ley, la que lo exonere de responsabilidad justamente, cuando es la ley la que debe promover que el responsable asuma todos los pasivos por el sólo hecho de realizar la actividad ambientalmente riesgosa.

El agente dañador, por tanto, debe asumir el peligro típico de su actividad peligrosa para el medio ambiente, pues el daño no sucedería si no existiese dicha actividad, fundamento suficiente para que se elimine el *caso fortuito*<sup>594</sup> como supuesto de ruptura causal en la responsabilidad por los daños ambientales en los casos en que el caso fortuito no se presenta puro sino combinado en otras causas originadas por la negligencia del agente contaminante, combinándose así el hecho fortuito con las causas introducidas por el demandado. Ello con fin de evitar la impunidad de los responsables del daño ambiental, y que utilicen el caso fortuito un medio de defensa, para evadir su responsabilidad, que no es posible admitir en un sistema eficaz para reparar el daño ambiental, y en ese sentido debe orientarse el cambio legislativo del sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, en donde se precise que, en los casos en que el caso fortuito no sería la causa determinante del daño sino que se sumaría a la secuela de causas, para agravarlas o complicarlas, los agentes contaminantes por su conducta negligente, deben ser responsables de los daños ambientales.

### **3.2.- La fuerza mayor en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.**

La fuerza mayor, tradicionalmente, es un supuesto de ruptura del nexo causal, mediante el cual se le exime de responsabilidad al agente responsable de un daño ambiental, fundamentado en que el daño se

---

<sup>593</sup> Si el acontecimiento es absolutamente anónimo, no hay a quien reclamar; luego, nadie tiene necesidad de alegar el caso fortuito. Esta institución es una defensa, es decir, es una forma de rechazar la responsabilidad que alguien nos imputa. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "La Responsabilidad extracontractual" Vol. IV, Tomo I, Fondo Editorial PUCO, Sexta Edición, 2001- Lima-Perú, Pág. 348

<sup>594</sup> La doctrina jurisprudencial, en un caso en concreto, respecto, a los daños y perjuicios sufridos por una piscifactoría a la propiedad del actor se debían a un *hecho fortuito*, se estima que si existe la *relación de causalidad* exigida, por las pruebas que se practicaron en instancia, en especial las periciales, llegándose a determinar: i) La piscifactoría tenía unos focos de contaminación ocasionados por las obras realizadas en el río; ii) la evidente relación entre los trabajos de la empresa con el enturbiamiento de las aguas y consiguiente mortandad de las truchas, iii) la muerte de las truchas se deba a las lesiones que las sustancias irritantes contenidas en el agua enturbiada ocasionaron en las branquias y consiguiente asfixia; iv) entre el acto inicial negligente de *Agromán*, cual es el de depositar sin ningún cuidado materiales y verter hormigón en el río y la muerte masiva de las truchas se da aquella necesaria relación de causa a efecto, después corroborada por otras pruebas, entre ellas las *periciales*. (sentencia de fecha 13 de junio de 1988, TS). SÁNCHEZ – FRIERA GONZALES, María del Carmen, "La Responsabilidad Civil del Empresario por Deterioro del Medio Ambiente", Op. Cit., pág. 247-248.

produce a consecuencia de un suceso inevitable por acontecimiento extraordinario<sup>595</sup>. En el supuesto de ruptura causal, ÁLVAREZ LATA, observa que, en el caso de la concurrencia de fuerza mayor, no son pocas las ocasiones en que el daño está provocado o aumentado debido a la concurrencia de fuerzas de la naturaleza o acontecimientos meteorológicos<sup>596</sup>. Por lo que, la fuerza mayor es el peligro atípico, así por ejemplo un rayo o un terremoto<sup>597</sup>, las inundaciones, los aludes, las tempestades, los terremotos, etc. son hechos que presentan por sí mismos las notas características de la fuerza mayor<sup>598</sup>. Supuestos de exoneración optada explícita y generalmente en la normatividad clásica, no obstante, actualmente, las tendencias modernas de los diversos ordenamientos jurídicos están orientados a limitar su aplicación en los regímenes de responsabilidad civil por el daño ambiental, detallando en algunos casos con precisión las situaciones que producen dicha exoneración y dejando menos margen para su aplicación como defensa en materia de probanza del nexo causal ambiental.

Así, por ejemplo, puede suceder que como consecuencia de un terremoto los recipientes de una fábrica que contienen ácido se vuelcan sobre el río y contaminan las aguas<sup>599</sup>. Esto ocasiona cuantiosas pérdidas a los campesinos de la zona (que deteriora sus cultivos) y al Servicio del Agua Potable de una ciudad cercana (porque tiene que aplicar un costoso tratamiento especial al agua destinada al consumo urbano). Si se determina que los soportes de los tanques estaban corroídos, que el diseño de estos no era adecuado para soportar tal cantidad del ácido o cualquier otro hecho similar, tendríamos una causa imputable a la fábrica, aun cuando es el terremoto el que desencadenó el daño ambiental, dado que el ácido es una materia peligrosa, la fábrica deberá responder por no haber actuado diligentemente. Ello implicaría que, acreditado el nexo causal, la fábrica responde por los daños.

El problema es que dicho razonamiento en el sistema de responsabilidad ambiental peruano no ha sido aplicado en la problemática causal del daño ambiental, determinando la ineficacia de dicho sistema de responsabilidad, pues considera que la fuerza mayor es causal de exoneración de responsabilidad de acuerdo a la versión clásica de la responsabilidad civil extracontractual, tal y como lo establece el Código Civil peruano en el artículo 1972<sup>600</sup>, en donde se precisa que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o *fuerza mayor*. Por lo que el derecho peruano se mantiene aún en la versión tradicional de exoneración de responsabilidad, lo que amerita recurrir al

---

<sup>595</sup> VILLALTA NICUESA, Aura Esther, MÉNDEZ TOMAS, Rosa M., “Acción de Responsabilidad extracontractual por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 26.

<sup>596</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia; “Tratado de Responsabilidad Civil”; En: Reglero Campos, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-España, 2003, pág. 1733.

<sup>597</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Responsabilidad Extracontractual”, Vol. IV – T I, Op. Cit., pág. 329-331.

<sup>598</sup> No constituyen casos de fuerza mayor, como lo hemos insinuado la explosión de una caldera, la rotura del eje de un automóvil, el vaciamiento del fluido del sistema de frenos. Tampoco lo serán en la circulación automotriz, la niebla, el encandilamiento con los faros del coche que marcha en sentido contrario, ya que el hombre de ordinaria prudencia debe prever estos últimos acontecimientos, salvo que mediaran circunstancias excepcionales, por ejemplo, si la carretera presenta en un tramo, por su defectuosa construcción u otra causa, una superficie extraordinariamente resbaladiza (el responsable será la institución encargada del mantenimiento). Como lo hemos visto anteriormente, carecen de efecto eximente, en general, los vicios ocultos de los edificios y de las cosas inanimadas. REY DE CASTRO, Alberto, “La Responsabilidad Civil Extracontractual Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado”, Lima, 1972, pág. 384- 385.

<sup>599</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Responsabilidad extracontractual” Vol. IV, Tomo I, Fondo Editorial PUCO, Sexta Edición, 2001- Lima-Perú, Pág. 348

<sup>600</sup> Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. *Código Civil*, Asociación peruana de Ciencias Jurídicas y Capacitación, Tercera Edición, Tercera Edición, Lima Perú, 2020, pág. 399.

derecho moderno en donde se viene considerando la limitación de su aplicación como defensa causal en materia de responsabilidad por el daño ambiental.

En armonía con la doctrina relevante se observa los cuestionamientos<sup>601</sup> siguientes: i) cabe la exoneración por fuerza mayor cuando la norma en cuestión alude a ella textualmente, expresamente y sin lugar a dudas de cuál es la opción de legislador; ii) la ausencia de toda referencia explícita a la fuerza mayor podría sugerir que el legislador no ha optado por dicha posibilidad; iii) debe hacerse alusión a la fuerza mayor en la regulación del nexo causal, y no en la definición de daño; iv) la formulación tan variada que tiene en las distintas normas, pues se alude a algunos supuestos de fuerza mayor, y a otros no, y puede surgir la duda sobre si procede la exoneración en los supuestos de fuerza mayor no previstos; v) existe la necesidad de restringir el alcance de las causas de exoneración por fuerza mayor, en materia de responsabilidad por el daño ambiental, teniendo en cuenta que es una realidad el riesgo ambiental de las instalaciones o actividades ambientalmente peligrosas.

Se observa, que la tendencia de los diversos ordenamientos jurídicos coinciden en legislar sólo algunos supuestos de fuerza mayor y con carácter de excepcionalidad<sup>602</sup>, en materia de responsabilidad por el daño ambiental. El objetivo es limitar la aplicación de la ruptura del nexo causal del daño ambiental, fundamentado<sup>603</sup>, principalmente, en que es cuestionable que el derecho exonere de responsabilidad al agente contaminante, dada la importancia del bien a proteger como lo es el medio ambiente, así, se aboga para que dicha ruptura causal de responsabilidad no deba establecerse en los casos en donde se vea afectado el medio ambiente, sobre todo si por causa de esta afectación se puede ver disminuida la calidad de vida de las personas de hoy y del mañana.

Así, la fuerza mayor debe limitarse a supuestos excepcionales e inevitables, detallándose expresamente las situaciones que producen la exoneración, y mientras más detallada es la enumeración menos margen quedará para admitirla, proporcionando mayor claridad al sistema de responsabilidad de que se trate, de tal manera que se va limitando paulatinamente dichas rupturas causales hasta lograr la exclusión definitiva de los supuestos de exoneración de responsabilidad civil por el daño ambiental.

Es claro que en un régimen de responsabilidad en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, para que sea eficaz, debería eliminarse las causas de ruptura causal por fuerza mayor, a fin de darle coherencia al sistema, fundamentando el mismo en que, todo aquel que realiza actividades contaminantes y de riesgo para el medio ambiente, debe actuar con la diligencia debida, caso contrario debe ser responsable del daño ambiental ocasionado y en ese sentido debe orientarse el cambio legislativo del sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano. Así, en el clásico ejemplo, si un deslizamiento de lodo y piedras destruye todos los cultivos de un valle y el alud encuentra en su camino una avalancha de relave, originando un desborde mayor y multiplicando los daños, no hay razón por la que el dueño del

---

<sup>601</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, *“El Daño Ecológico Puro”*, Op. Cit, pág. 371-379.

<sup>602</sup> El código medioambiental suizo (...), la ley alemana de responsabilidad medioambiental (...), algunos proyectos ministeriales austriacos. En el resto de ámbitos o incluso a falta de una norma aplicable, la exoneración por fuerza mayor es una tendencia jurisprudencial (...). RUDA GONZÁLEZ, Albert, *“El Daño Ecológico Puro”*, Op. Cit, pág. 371-379.

<sup>603</sup> En un caso hipotético, si un deslizamiento de lodo y piedras destruye todos los cultivos de un valle se entiende que no tiene objeto buscar un responsable pues el daño en este caso es producido por la adversidad, pero si el mismo alud encuentra en su camino una avalancha de relave mal ubicada, originando un desborde mayor y multiplicando los daños no hay razón por la que el dueño de la mencionado relave no responda por los daños que le conciernen y menos aún se puede eximir de responsabilidad si como consecuencia de un hecho fortuito se produce un daño derivado del riesgo por el introducido. Por estas razones creemos que no podría acusarse ruptura de nexo causal por situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o imprudencia del afectado. FONSECA TAPIA, César A., *“Manual de Derecho Ambiental”*, Op. Cit., pág. 342-343.

relave no responda por los daños que le conciernen y menos aún se puede eximir de responsabilidad si como consecuencia de la fuerza mayor se produce un daño ambiental derivado del riesgo ambiental por él introducido, claro está que si no hubiera habido el relave, el daño ambiental, no se hubiera producido en tal medida.

Ello se justifica, en el hecho que, si no hubiera habido la actividad ambientalmente peligrosa, es imposible que se ocasione el daño ambiental, razón suficiente por lo que el agente contaminante debe asumir los costos del daño cuando su actuar negligente contribuyó a que suceda el hecho lesivo, aun cuando el desencadenamiento del daño ambiental se ha ocasionado por un acontecimiento extraordinario, esto es por fuerza mayor.

#### **4.- Las causas justificantes de responsabilidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.**

Cabe precisar que al igual que en el caso de la responsabilidad civil genérica, en la responsabilidad civil por daños al medio ambiente también se dan los supuestos de ruptura del nexo causal por causas justificantes o eximentes de responsabilidad, pues como ya se precisó, no existe un sólo sistema de responsabilidad por los daños ambientales que no contemple la posibilidad de eximir de responsabilidad al sujeto agente contaminador<sup>604</sup>.

Tal panorama, se ve reflejada en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano. La LGA, establece que ha eximido de responsabilidad por supuestos contemplados en el artículo 156: a) Cuando concurren una acción u *omisión dolosa de la persona* que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta ley; b) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado *por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable*, que haya tenido lugar con *el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo* que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión<sup>605</sup>. Tal como se aprecia, este artículo ha eximido de responsabilidad por supuestos que en el derecho comparado ya han sido superados, especialmente en los casos en que concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido el daño, por lo que el derecho peruano se encuentra desfasado en relación a la doctrina moderna<sup>606</sup>, que sostiene que la tendencia es evitar causas eximentes de responsabilidad.

Por su parte el Código Civil peruano, en su artículo 1971, establece los supuestos de eximencia de responsabilidad, consistentes en: i) El legítimo ejercicio regular de un derecho; ii) la legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o un bien ajeno; iii) la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro, y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. FONSECA señala que al analizar los supuestos eximentes de responsabilidad derivado del Código Civil nos encontramos con un problema derivado del trato equivalente que le da nuestro ordenamiento legal al sistema aquiliano y del riesgo creado, pues para ambos sistemas de responsabilidad no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho de legítima defensa o en daños causados por un estado de necesidad; no obstante, esto no debe ser aplicable,

---

<sup>604</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 379-383.

<sup>605</sup> En: “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 85.

<sup>606</sup> En matière d’environnement, encore faut-il, à cet égard, que les défendeurs n’établissent pas de cause d’exonération, cause étrangère ou faute d’un tiers ou de la victime. Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En (Œuvre Du Droit De L’environnement, Sous La Direction De Sandrine Mal jean-Dubois, « L’effectivité Du Droit Européen De L’environnement Contrôle De La Mise En Œuvre Et Sanction Du Non-Respect* », Éditions La Documentation Française, 2000 – Paris, page 163-168.



sobre todo cuando se trata de daños causados al medio ambiente, pues no es aceptable el hecho de que alguien por ejercer regularmente un derecho constituya esta causal de excepción de responsabilidad cuando es precisamente en el sistema de responsabilidad por riesgo creado que se le asigna el peso de la culpa a quien introdujo el riesgo o peligro o quien produjo el daño sin importar si el agente se encontraba o no ejerciendo regularmente su derecho. Tampoco hay responsabilidad en los sistemas subjetivos y de riesgo cuando el daño es causado en un estado de necesidad<sup>607</sup>. Por lo que, el Código Civil peruano no se ha adecuado a las peculiaridades del daño ambiental, sino que se encuentra rezagado en las causales de eximencia del daño común.

Por lo que, en el derecho peruano, no sólo existe la posibilidad de defenderse a través de rupturas causales como el hecho fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho determinante de la víctima, sino que a ello se agrega la acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible; cuando se deba a un suceso inevitable o irresistible; y cuando una acción y omisión se ha realizado de conformidad con la normativa aplicable, es por tanto, un sistema exageradamente extenso en la contemplación de supuestos de ruptura causal, lo que determina la impunidad de los daños ambientales y se aleja de la tendencia moderna<sup>608</sup> sostiene que en materia de causalidad ambiental se hace necesario cerrar la posibilidad de que los agentes contaminantes se liberen de la responsabilidad de reparar el daño ambiental bajo argumentos consistentes en supuestos de ruptura del nexo causal.

Por lo que, corresponde evaluar si deben descartarse las causas justificantes de responsabilidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente, consistentes en: a) *El hecho determinante de tercero*<sup>609</sup>, ¿es adecuado aplicar esta institución clásica en el supuesto de daños ecológicos puros?; b) *la concurrencia o existencia de culpa de la víctima*<sup>610</sup>, se hace necesario, analizar cuáles son los alcances de dicha institución respecto a la responsabilidad por daño ambiental; c) *el estado de necesidad*, partiendo que en el supuesto de daño ecológico puro, difícilmente puede identificarse a “esa otra persona”<sup>611</sup>. ¿se justificaría exonerar de responsabilidad al agente contaminante por estado de necesidad, si se opta por una responsabilidad de tipo absoluta?; d) *el interés de la víctima*<sup>612</sup>, ¿es posible exonerar la responsabilidad del agente contaminante si ha actuado en interés de la víctima en los casos de los daños ambientales puros?; e) la actuación *amparada por la ley o autorización*, ¿dicho cumplimiento constituye una causa de justificación?<sup>613</sup>. Toda esta problemática, corresponde ser analizada, de acuerdo a las modernas tendencias en materia de responsabilidad por el daño ambiental.

#### **4.1.- La concurrencia o existencia de una acción u omisión dolosa o imprudencia de la víctima en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.**

---

<sup>607</sup>La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental considera lícito desde un punto de vista moral del daño que se produce por un estado de necesidad, pero no hay razón para que dicho daño no deba ser indemnizado, es permitido por ejemplo que una persona afecta el patrimonio de otra por salvar su vida, pues la vida es más importante que cualquier bien patrimonial sin embargo no sería justo que el autor de la maniobra no reparara el daño que ha causado. FONSECA TAPIA, Cesar A., “Manual De Derecho Ambiental”, Op. Cit., pág. 342.

<sup>608</sup> *De legeferenda* puede considerarse conveniente la adopción, en una futura ley sobre responsabilidad por daño ambiental, de una presunción de causalidad semejante a la que aparece en la ley alemana. No creemos el ámbito de la responsabilidad por daño ambiental, esa presunción esté en contra del principio constitucional de presunción de inocencia. MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás; ALBERTO DONNA, Edgardo, “Daño Ambiental”, Tomo II, Op. Cit., pág. 129-133.

<sup>609</sup> El DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Responsabilidad Extracontractual”, Vol. IV – T I. Op. Cit., pág. 356 – 358.

<sup>610</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro”, Op. Cit., pág. 384-385.

<sup>611</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro”, Op. Cit., pág. 393-395

<sup>612</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro”, Op. Cit., pág. 395-397.

<sup>613</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro”, Op. Cit., pág. 405-407.

Respecto a la concurrencia o existencia de culpa de la víctima, se refiere a aquellas situaciones cuando la víctima ha contribuido a la causa del daño que padece. Podría decirse que la víctima siempre ha contribuido a la causa del daño, pues el nexo causal es necesariamente cosa de dos, no obstante, existe, casos en que la conducta de la víctima supone algo más en relación con la simple recepción pasiva de la conducta dañosa de la otra parte, sino que su contribución es grave y muchas veces determinante<sup>614</sup>. En estos casos, desde el punto de vista clásico de la responsabilidad civil, el autor del daño deberá responder por el daño que causó y no por más, pues se considera que la contribución de la víctima al daño debe reducir la responsabilidad del demandado.

En el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, la referida causal de exoneración de responsabilidad, es acogida en la Ley General del Ambiente (LGA) en donde en su artículo 156 inciso a) establece que se exime de responsabilidad al agente contaminante cuando concurran una acción u *omisión dolosa de la persona* que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con la referida ley<sup>615</sup>. Esto es, establece la eximencia de la responsabilidad de los agentes contaminantes cuando concurran una acción u omisión dolosa de la víctima del daño ambiental. Opción legislativa discutible en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, pues no es razonable eximir de responsabilidad al agente contaminante y en todo caso debe establecerse que la responsabilidad sea solidaria o mancomunada, tanto del agente contaminante, como de la víctima. Ello en razón a que el que realiza una actividad ambientalmente peligrosa, no se le debe eximir de responsabilidad de un daño ambiental, porque por el sólo hecho de realizar la referida actividad, lo hace potencialmente responsable de cualquier daño ambiental.

Por su parte el artículo 1972 del Código Civil peruano establece que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de la imprudencia de quien padece el daño. Esta norma aplicada de manera supletoria, en los casos de responsabilidad ambiental, por la naturaleza *sui generis* del daño ambiental, en la mayoría de los casos, no será posible distinguir las causas que produjeron el daño ambiental. Si partimos del principio de que las actividades ambientalmente riesgosas por sí mismas son un peligro para el medio ambiente, ello implica que el riesgo no desaparezca por la imprudencia de la víctima en la ocurrencia del daño ambiental, sólo implicaría en todo caso la graduación de la responsabilidad del agente contaminante, y en ningún caso la eliminación del carácter riesgoso intrínseco de los bienes o actividades riesgosas, en razón a que “la suma de ambas conductas nunca puede dar la sustracción de las mismas”<sup>616</sup>. Siendo ello así, al no desaparecer el riesgo potencial al medio ambiente, de los bienes o actividades riesgosas, en estos casos, lo más probable es que consideremos que los hechos de ambos por igual han llevado a la ocurrencia del daño ambiental.

Cabría preguntarse si la persona a quien el ordenamiento legitime para reclamar estos supuestos de hecho, determine si la conducta de la víctima debe tener alguna influencia sobre la responsabilidad<sup>617</sup>, o en todo caso asumir la responsabilidad solidaria o mancomunada con el agente contaminante. La doctrina no da

---

<sup>614</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 385-388.

<sup>615</sup> Artículo 156 de la Ley General del Ambiente, establece cuales son las causas eximentes de responsabilidad: i) Cuando concurran una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta ley; ii) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; iii) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión. “*Normas de Protección del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 85.

<sup>616</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Vol. IV – T I. Op. Cit., pág. 398.

<sup>617</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 379-383.

una respuesta uniforme, ÁLVAREZ LATA, observa que el nexo causal puede sufrir interferencias que lleguen a desvirtuar total o parcialmente la imputación objetiva de responsabilidad, como es, por la culpa de la víctima. Con respecto a esta causa de exoneración (total o parcial), muchas veces concretada en la falta de cuidados o de precauciones por parte la víctima, algunos interesantes pronunciamientos, la han aplicado para reducir la indemnización a cargo del sujeto contaminante, poniéndose otra vez de relieve la pluralidad de elementos que pueden contribuir a la producción del daño ambiental.<sup>618</sup> Esta tendencia es apropiada en materia de responsabilidad ambiental, no sólo en los casos de los daños personales a los individuos o colectivos, sino también cuando se trata de los daños ecológicos puros. La doctrina señala que resulta difícil, si no imposible desde un punto de vista lógico, afirmar que sólo víctima contribuye a causar un daño ambiental, sino que también es el agente contaminante por realizar actividades riesgosas desde el punto de vista ambiental, desencadenado el daño ambiental, algunas veces por la una *acción u omisión dolosa o imprudencia* de la víctima, por ejemplo en el caso de los incendios, o cuando la víctima opta de manera voluntaria, vivir al lado de una fábrica riesgosa desde el punto de vista ambiental etc. Ante tal situación, es necesario, un cambio de enfoque en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, pues en estos casos, no deben eximir de responsabilidad a los agentes contaminantes, y en todo caso corresponde la graduación de dicha responsabilidad, la que deberá ser solidariamente o mancomunadamente compartida con la víctima que actuó de manera imprudente, culposa o dolosamente.

#### **4.2.- En relación, a la actuación amparada por la ley o una autorización en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.**

Es conocido en la responsabilidad civil tradicional que el cumplimiento de un mandato de la administración o el cumplimiento de un deber legalmente previsto excluye de responsabilidad al causante del daño. Esta posición tradicional del derecho civil aplicada a la responsabilidad civil por el daño ambiental es discutible, porque aun cuando el agente contaminante cumpla la normatividad vigente y cause un daño ambiental debe ser responsable del mismo, por el sólo hecho de realizar actividades ambientalmente peligrosas. En ese sentido no debe permitir al causante del daño ambiental argumentar que la actuación es amparada por la ley o por una autorización para ser exonerado de responsabilidad, más aun si, “ninguna de estas normas crea una excepción para los casos en que la responsabilidad sea objetiva, y posiblemente ningún imperativo lógico obligue ello”<sup>619</sup>, pues aún, en esos casos es deber del que ha realizado la actividad riesgosa responsabilizarse por todo daño ambiental que ocasione.

En el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, la LGA, establece que se exime de responsabilidad por supuestos contemplados en el artículo 156 en el inciso c) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión “*no contraria a la normativa aplicable*”, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión<sup>620</sup>. Esto es, el daño ambiental ocurre pese a que se ha cumplido con la normatividad aplicable a determinada actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa. El asunto, es que, en relación, a la actuación amparada por la ley o una autorización, la administración pública debe ser vigilante, de que el cumplimiento de dicha normatividad no comporte comporten o provoquen un daño ambiental.

---

<sup>618</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; En: Reglero Campos, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-España, 2003. pág. 1733.

<sup>619</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 405-407.

<sup>620</sup> En: “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 85.

En atención a ello, el cumplimiento de la ley no debe constituir una causa de justificación del daño, por lo que, si un sujeto privado o un colectivo que lleva a cabo una conducta permitida por el ordenamiento jurídico, conforme a lo que el mismo dispone, y pese a todo dicha conducta provoca un daño al medio ambiente, en estos casos no es posible que deba ser eximido de responsabilidad por un daño ambiental, pues el hecho de que se autorice una determinada conducta no es suficiente para que al que realiza una actividad lesiva para el medio ambiente se le exonere de responsabilidad, en razón a que una vez ocurrido el daño ambiental, no hay ley, ni autorización alguna que lo pueda justificar, pues el medio ambiente es un bien jurídico que debe protegerse en toda circunstancia.

En ese sentido, cuando la Administración Pública con sus propias decisiones realiza actividades en favor de la colectividad, a costa del medio ambiente, como por ejemplo, al modernizar una playa la llena de malecones de cemento ocasionando un impacto ambiental negativo al mar, o cuando convierte en un vertedero de basura o desagüe a un río, tanto que, muchas veces ocasiona daños ecológicos irreversibles, cabría plantearse si el cumplimiento de sus propias normas constituyen una causa de justificación de ocasionar dichos daños ambientales, obviamente que la respuesta es negativa, pues el medio ambiente es un bien jurídicamente protegido, que no puede estar a merced de la conducta contaminante de cualquier decisión administrativa.

Por lo que, no es posible la exonerar de responsabilidad al agente contaminante, bajo pretexto de cumplimiento de autorización legal tanto expresa como implícita, en ese sentido se orienta el sistema de responsabilidad civil argentino, en donde la tendencia es no tolerar los daños ambientales aun cuando los mismos sean causados incluso en cumplimiento de las normas administrativas de seguridad.<sup>621</sup> Posición positiva, pues siempre que se cause un daño al medio ambiente debe ser reparado, ya que, aun cuando exista una autorización administrativa, no significa que el agente contaminante quede autorizado *ipso facto* para dañar el medio ambiente.

#### **4.3.-El hecho determinante de un tercero en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.**

La liberación de una eventual responsabilidad probando que el daño obedeció a un hecho determinante de tercero es otro caso de fractura causal del nexo causal. Por lo que el demandado por daños y perjuicios puede exonerarse acreditando que no fue realmente el agente que causo el daño, que la “causa” del accidente fue una tercera persona o la propia víctima y que no tuvo sino una participación circunstancial de los hechos<sup>622</sup>. Estamos ante la interrupción de la relación de causalidad, establecida en los sistemas clásicos de responsabilidad civil, en donde se observa que, el autor de un daño no está obligado a la reparación cuando el mismo, fue consecuencia del hecho determinante de tercero y como consecuencia de ello se exonera, de responsabilidad a quien no fue autor directo de un daño, liberando de esa manera al presunto agente, pues el verdadero productor del daño fue un tercero,<sup>623</sup> en estos casos, debe probarse que

---

<sup>621</sup> La doctrina jurisprudencial ha sido concluyente para quien resulta imposible aceptar que, como consecuencia de una actividad o de una omisión de las autoridades a cargo del poder de policía de vigilancia del cumplimiento de las normas administrativas de seguridad, *pueda tolerarse la violación de no dañar por parte del contaminante*. (C. Nacional Civil, sala I, 30/VI/94, Dante Duarte vs. Opalinas Hurlingham, L. L., T. 1995-C, p. 361, con nota de Jorge Bustamante Alsina y D. J. T. 1995, 1, p. 863). La eventual autorización administrativa que pudiere haber obtenido el establecimiento industrial respecto del cual se demuestra actividad contaminante *no obsta para que se disponga la cesación de las molestias y/o daños*. (Cía. Civ. y Com. La Plata, sala II, 27-IV-93, María del Carmen Pinini de Pérez en contra de Copetro S. A. JA, T. 1993-III, p. 368 y Supl. L.L. 25/VIII/93). PARELLADA, Carlos Alberto, “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 273-275.

<sup>622</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Responsabilidad Extracontractual”, Vol. IV – T I. Op. Cit., pág.356.

<sup>623</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Responsabilidad Extracontractual”, Vol. IV – T I. Op. Cit., pág. 356 – 358.

ciertamente el hecho del tercero fue determinante para que suceda el daño. Por lo que de lo que se trata es de analizar si en la responsabilidad por el daño al medio ambiente corresponde o no limitar la aplicación de la causa eximente de responsabilidad por el hecho determinante de tercero, o si esta institución jurídica debe ser eliminada.

En algunas legislaciones como en la peruana, no se establece expresamente la causal de eximente de responsabilidad por el hecho determinante de tercero en los sistemas de responsabilidad por el daño ambiental. Así la LGA<sup>624</sup>, peruana, no establece dicha causal de exoneración, no obstante, si el establece el sistema general de responsabilidad civil, establecidas en el artículo 1972 del Código Civil, en donde se norma que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia del hecho determinante de tercero. Por lo que la normatividad peruana, al establecer la referida interrupción de la relación de causalidad en el sistema general de responsabilidad, al ser aplicado dicho sistema a los casos de responsabilidad por el daño al medio ambiente igualmente se exonera de responsabilidad al presunto agente contaminante cuando el verdadero productor del daño fue un tercero.<sup>625</sup>No obstante en estos casos, consideramos que la interpretación debe ser restrictiva, en el sentido que sólo en los casos que la norma expresamente establezca el hecho de un tercero debe ser un eximente de responsabilidad para un agente contaminante, por el daño ambiental.

En razón a ello, los sistemas de responsabilidad por el daño al medio ambiente moderno se orientan a no establecer el hecho determinante de un tercero como eximente de responsabilidad, fundamentándose en el hecho que las actividades causantes del mismo son en sí mismas riesgosas, en donde el que las realiza por ese sólo hecho lo hace responsable de cualquier daño ambiental que produzca la referida actividad y por tanto la intervención de un tercero no debe eximir de responsabilidad sino convertir al tercero en responsable solidario o en todo caso mancomunado. Ejemplo de ello es el derecho argentino, en donde se precisa en el artículo 46° de la Ley de residuos peligrosos 24051<sup>626</sup> que *la causa ajena no es eximente de responsabilidad*, por lo que se puede demostrar la culpa de un tercero, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso, en contraposición al sistema clásico de responsabilidad civil, en donde normalmente dicho hecho sería causal de exoneración de responsabilidad. Esta norma se trata sin duda de un buen referente, de cómo es posible que se elimine el hecho determinante de un tercero en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.

Partiendo de considerar que las actividades causantes del daño ambiental son en sí mismas riesgosas, el agente contaminante, debe ser responsable solidariamente cuando el hecho de un tercero es el que desencadena el daño ambiental. Es por ello, cuestionable la posición clásica referida a si el hecho determinante de un tercero deba ser considerado como causa de ruptura del nexo causal en la responsabilidad por el daño ambiental, pues de lo que se trata es que todos los intervinientes en la producción del daño deben ser conjunta o solidariamente responsables. Así, por ejemplo, la intervención de un tercero no debe exonerar de responsabilidad a las empresas con relaciones societarias, a los consorcios, a los grupos económicos<sup>627</sup>, pues estos no deben ser considerados como terceros, sino como

---

<sup>624</sup> "Normas de Protección del Medio Ambiente", Op. Cit., pág. 85.

<sup>625</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "La Responsabilidad Extracontractual", Vol. IV – T I. Op. Cit., pág. 356 – 358.

<sup>626</sup> Ley de residuos peligrosos 24051. art. 46: En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos" (art. 47 L. R. Peligrosos: Tampoco constituye eximente (...) demostrar la culpa de un tercero, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso. PARELLADA, Carlos Alberto, "Responsabilidad por daños al medio ambiente", Op. Cit., pág. 273-275.

<sup>627</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, "Daño Ambiental", Tomo II, Op. Cit., pág. 116.

parte de la actividad económica. Tampoco se debe considerar tercero, a aquel que realiza la actividad principal, en todo caso, sólo cuando aniquile la propia capacidad de acción, por ser un hecho extraordinario ajeno a dicha actividad, y por tanto limitarse su aplicación restrictiva a esos casos como excepción, pues en los demás casos, si un tercero contribuye a la causa de un daño ambiental, no se puede alegar un hecho determinante de tercero, en razón a que es un riesgo que está dentro de la actividad de la navegación, por lo que en estos casos se debe optar por la responsabilidad solidaria.

De igual manera, el tercero también puede ser considerado el Estado, así por ejemplo, en casos en que la respuesta de la administración pública ante la catástrofes medioambientales, como ha sucedido en los incidentes de Aznalcollar, Chernobil o el *Prestige*.<sup>628</sup> En estos casos, no obstante, que la intervención de los Estados contribuyó a agravar el daño ambiental, no puede dar origen a que los demandados, argumenten como una mecánica de defensa recurrente en incidentes de contaminación como un hecho determinante de un tercero, en los casos citados, considerado el Estado como un tercero, pues se tratan, en puridad de hechos determinantes posteriores al suceso principal, y por tanto no deben suponer una exoneración de responsabilidad por el daño ambiental.

Así, en un caso hipotético, en el que un buque transportador de petróleo choca con otro buque imprudente, ocasionando derramamiento de hidrocarburos no se puede alegar hecho determinante de tercero, pues es un riesgo que está dentro del riesgo típico, dentro de la actividad de la navegación la posibilidad de chocar con otro barco y por tanto todos los intervinientes del daño, deben asumir responsabilidad conjunta o solidaria, tanto buque transportador de petróleo como el que choca imprudentemente. En consecuencia, en los supuestos de daños ambientales, la intervención de un tercero a quien se le acusa de contribuir a causar o agravar el daño ambiental, no debe eximir de responsabilidad al agente contaminante, pues en todo caso, lo que corresponde es aplicar la solidaridad o la mancomunidad de la responsabilidad de todos los intervinientes en la producción del daño ambiental y de esa manera evitar que dicho mecanismo de defensa recurrente, deje en impunidad a los daños ambientales.

Asimismo, en los supuestos de daños causados por una pluralidad de agentes contaminantes, llamado también «*contaminación por sinergia*», en estos casos, tampoco debe establecerse la institución del hecho determinante de tercero como causa eximente de responsabilidad, pues todos deben asumir conjunta y solidariamente su responsabilidad. Toda vez que son casos en los que hay impacto combinado de las actividades, autorizadas o no, causando daños ambientales; en los supuestos en donde intervienen varios sujetos estatales (nación, provincias, municipios, y aún de varios sujetos internacionales). En estos casos, existe dificultad para atribuir el daño ambiental a un autor o autores concretos, en relación a su participación o cuota de cada una de las causas en la efectiva producción del daño ambiental.

Sucede también que en los casos de daños ambientales manifestados tras un largo período de tiempo debe investigarse la participación o cuota de cada una de las causas en la efectiva producción del daño, y además determinarse a los responsables del mismo, apreciándose dificultad para atribuir el daño a una conducta concreta, debido principalmente a que el origen del daño ambiental, no es ocasionado por un sólo responsable o por una sola causa de lesiones ambientales, sino que con mayor frecuencia, el daño ambiental es el resultado de la acción de una pluralidad de agentes contaminantes cuyas relaciones entre

---

<sup>628</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit., pág. 379-383.

ellos suelen ser muy enrevesadas, sobre todo si son varios los operadores que han maniobrado en el mismo sitio, por lo que, puede ser imposible caracterizar un vínculo entre el autor y la lesión de la víctima o identificar a ambos.

De todo lo anotado, es necesario que, en los supuestos de daños causados por pluralidad de agentes contaminantes todos los intervinientes en la producción del daño no deben ser considerados como terceros, sino como parte de la actividad económica y conjunta o solidariamente responsables. Tampoco se debe considerar tercero, a aquel que realiza la actividad principal en razón a que es un riesgo que está dentro de la actividad ambientalmente peligrosa, por lo que deben asumir igualmente toda su responsabilidad solidariamente, en todo caso, con el tercero que contribuye a la causa de un daño ambiental, y en ese sentido debe orientarse el cambio legislativo del sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano.

#### **4.4.- Cuando el demandado haya actuado en interés de la víctima o en cumplimiento de un mandato de la administración en el caso de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.**

Otras posibles causas de exoneración amparadas en la doctrina moderna, sostenidas en especial por RUDA, son: i) Cuando el demandado haya actuado en interés de la víctima en el caso de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente; ii) el cumplimiento de un mandato de la administración en materia de responsabilidad por el daño ambiental.

Así, una posible causa de exoneración, está en el hecho de que el demandado haya actuado en interés de la víctima por lo que ésta se aprovechará de la conducta dañosa realizada por el agente contaminante. Por ejemplo, los transportistas justifican la emisión de dióxido de carbono, porque las víctimas de dichas emisiones, se beneficiarán finalmente con el traslado de las mismas a su centro de trabajo, o también que las actividades nucleares permiten la protección bélica de determinado país, y por tanto son socialmente útil.

En el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, la LGA ni el Código Civil establecen expresamente que se exime de responsabilidad ante ocurrencia de un daño ambiental cuando el demandado haya actuado en interés de la víctima. Por lo que corresponde recurrir a la doctrina, el tema es que en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental el derecho debe estar en estado de alerta constante, y evitar cualquier justificación que exima o atenúe la responsabilidad del agente contaminante, por lo que, en los casos hipotéticos propuestos, el transportista debe asumir toda la responsabilidad que implica poner en riesgo la salud de los habitantes de una ciudad, pues como señala la doctrina, el simple hecho de que una actividad sea positiva o beneficiosa para la colectividad no es suficiente para exonerar al causante del daño<sup>629</sup>, y además dicha exoneración no debe depender del hecho de que hubiese habido una situación de emergencia o de que la víctima hubiese consentido de modo real e inequívoca la actividad, porque la tendencia va en el sentido de limitar las exoneraciones al máximo posible, en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental.

En armonía con la tesis sostenida a lo largo de la presente investigación, el derecho debe evitar cualquier justificación que permita eximir o atenuar la responsabilidad del agente contaminante, de todos los intervinientes de dicha actividad, incluido el Estado, fundamentado en el hecho que, no puede ser motivo de eximencia de responsabilidad, cuando el demandado haya actuado en interés de la víctima, pues el

---

<sup>629</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit, pág. 395-397.

bien jurídico protegido es el medio ambiente y por tanto debe estar en todo momento protegido. En ese sentido, se hace necesario un cambio de enfoque en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano, pues el hecho de que el agente contaminante haya actuado en interés de la víctima no debe ser causa de exoneración, pues su conducta deriva en un provecho de la conducta dañosa realizada, por lo que, el simple hecho de que una actividad sea positiva o beneficiosa para la colectividad no es suficiente para exonerar al causante del daño, con el fin de evitar cualquier justificación que exima o atenúe la responsabilidad del agente contaminante.

Otra posible causa de exoneración amparada en la doctrina moderna, y sostenida por RUDA, es respecto, al cumplimiento de un mandato de la administración en materia de responsabilidad por el daño ambiental. En los ordenamientos jurídicos clásicos de responsabilidad civil, el mandato de la administración expresado en una autorización para que funcione una actividad, excluye la responsabilidad del daño ocasionado. Así, si un fabricante causa daño con su producto por haberse ceñido a normas imperativas directamente causantes del defecto, no responderá del mismo. No obstante, en la doctrina moderna, hay disparidad de criterios con respecto a si el cumplimiento de un mandato de la Administración constituye una causa de justificación en relación a los daños ambientales, aun cuando se trate de un mandato obligatorio, como, por ejemplo, en el caso en que la administración obligase al responsable de ciertos residuos a depositarlos en cierto lugar y de cierto modo, ocasionando con ello un daño ambiental.

Asimismo, en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano establecido en la LGA ni el Código Civil establecen expresamente que se exime de responsabilidad ante ocurrencia de un daño ambiental relacionado con el cumplimiento de un mandato de la administración en materia de responsabilidad por el daño ambiental, por lo que corresponde recurrir a la doctrina.

El derecho sobre responsabilidad civil, en materia ambiental son casuales de justificaciones, para eximir de responsabilidad: i) el deber de actuar sea especial, de modo que el mandato se refiriera en concreto a la actividad dañosa; ii) el cumplimiento del mandato sea razonable según las circunstancias; iii) que la autoridad ordenante sea legítima; iv) el mandato puede referirse tanto al deber de realizar cierta actividad como el modo de ejecución. Lo cierto es que ningún mandato público ni privado, puede determinar la exoneración de la responsabilidad, cuando se está frente a un daño ambiental, aun cuando se tratase de órdenes como realizar actividades relacionadas con la descontaminación.

Por lo que, aun cuando mayoritariamente el derecho comparado sostiene que el agente contaminante no responde del daño ambiental si actuó en cumplimiento de una disposición obligatoria de la autoridad a condición de que la causa sea exclusivamente al realizar dicho cumplimiento<sup>630</sup>; cuando se trata de determinar la responsabilidad de un daño ambiental, no es positiva esta causa de justificación, pues es del todo incoherente liberar de responsabilidad al que ocasione daño al medio ambiente, pues la presencia de un daño ambiental, en cumplimiento de un mandatos no sólo deben tener connotación de tipo penal, sino también civil.

Siendo así, tanto la autoridad administrativa que emitió el mandato, como el agente contaminante, deben ser responsables del daño ambiental, pues de lo que se trata es que los daños ambientales no queden impunes, cerrando toda posibilidad de exoneración de responsabilidad, asumiendo todos los intervinientes de las actividades ambientalmente peligrosas los costos de la reparación del daño ambiental, y en ese sentido debe orientarse la normatividad peruana.

---

<sup>630</sup> RUDA GONZÁLEZ, Albert, “*El Daño Ecológico Puro*”, Op. Cit, pág. 405-407.



## CAPITULO III

### *“El Factor de Atribución en la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental”*

#### **1.- La responsabilidad subjetiva y objetiva en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.**

En el sistema peruano, se rige por un sistema dual de responsabilidad ambiental, establecido en el Código Civil de 1984, como en la Ley General del Ambiente 2006 (LGA)<sup>631</sup>, el mismo que se caracteriza por lo siguiente: i) El régimen de responsabilidad subjetiva para los casos en que las actividades ambientales no son ni riesgosas, ni peligrosas; ii) la aplicación del sistema objetivo de responsabilidad civil para actividades riesgosas y peligrosas; iii) responsabilidad civil con aplicación del Código Civil por remisión de las normas administrativas (sistema objetivo de responsabilidad civil para actividades riesgosas y peligrosas) y iv) responsabilidad civil con aplicación del Código Civil por remisión de las normas administrativas (Sistema Subjetivo de Responsabilidad Civil para actividades no riesgosas, ni peligrosas). Tal situación, se explica en parte porque el derecho peruano, como toda la mayoría de los derechos europeos y latinoamericanos no es ajeno a la tendencia de optar por un sistema mixto de responsabilidad en materia de responsabilidad ambiental.

La LGA derogó el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales de 1990, la misma que se fundamenta en el respeto del patrimonio ambiental<sup>632</sup>, y en materia de responsabilidad civil ambiental, se aplica a los casos derivados del incumplimiento de las normas administrativas de carácter ambiental, y en los demás casos rige la responsabilidad civil general establecida en el Código Civil. La LGA, básicamente recoge en sus primeros artículos los lineamientos de la política ambiental de nuestro país<sup>633</sup> y en el Título Preliminar la responsabilidad ambiental se ha establecido en su doble dimensión constitucionalmente amparada como un derecho y asimismo como un deber fundamental.<sup>634</sup> Asimismo, el principio IX, de la responsabilidad ambiental establece que: “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”<sup>635</sup>. Esto es, se trata de una norma que establece que los mismos daños ambientales, pueden dar lugar no solo a las responsabilidades administrativas, establecidas en la LGA, sino también responsabilidad de tipo civil o penal. Es importante precisar que, cuando el principio IX, se refiere a la responsabilidad civil, se está refiriendo al sistema de responsabilidad civil de carácter general, establecida en el Código Civil de 1984, dado en el sistema peruano de responsabilidad civil no existe una norma específica en ese sentido.

---

<sup>631</sup>Ley general del ambiente del Ambiente del 2006, en adelante LGA, “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

<sup>632</sup>PULGAR VIDAL, Manuel, “*Ley General de ambiente*”, Edit. CONAM Sociedad de Derecho Ambiental, Lima, 2006 s/p.

<sup>633</sup> El derecho garantice un ambiente adecuado y ecológicamente equilibrado para el desarrollo de la persona, consagrado en el artículo 2° inciso 22) de nuestra Constitución Política de 1993. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; Andía Chávez, Juan, “*Manual de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., s/p.

<sup>634</sup>Título Preliminar Derechos Y Principios. Art. I del Derecho y Deber Fundamental. Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país. Concordancia: Const. Art. 2 Inc. 22) Ley General de Salud (20-07-97) Art. I, II, IV y 103 En “*Normas de Protección del Medio Ambiente*” Op. Cit., pág. 15-17.

<sup>635</sup> “*Normas de Protección del Medio Ambiente*, Edit. RHODAS, 2010, Lima Perú, pág.22.

Al respecto, CARHUATOCTO, precisa que por el principio de responsabilidad ambiental cuando no sea posible la restauración, rehabilitación o reparación deberá compensarse en términos ambientales los daños generados, *sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales, a que hubiera lugar*.<sup>636</sup> Por lo que, es clara la posibilidad de que se puede accionar una responsabilidad civil, independientemente de las obligaciones de tipo administrativas que imponga a los privados o a los agentes públicos, consistentes en las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación o compensación de un daño ambiental. El referido principio, debe ser a su vez concordado con el artículo 138 de la LGA que se refiere a *la relación con otros regímenes de responsabilidad*. La referida norma establece que: “La *responsabilidad* administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente *es independiente de la responsabilidad civil* o penal que pudiera derivarse por *los mismos hechos*”<sup>637</sup>. Ello implica que, si se trata de un daño ambiental, este dará lugar no sólo a la responsabilidad administrativa, sino también a la responsabilidad civil o penal.

La remisión del derecho ambiental a la legislación civil peruana, en materia de reparación del daño ambiental, tiene su similitud, con el sistema de responsabilidad civil mexicano, el mismo que igualmente se rige tanto por el Código Civil mexicano y por la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente (1998), técnica legislativa que precede y sucede a la incorporación de dicha norma.<sup>638</sup> Sistema que, al igual que el sistema de responsabilidad peruano, opta por una responsabilidad civil ambiental asociada a otro tipo de responsabilidades, y que a su vez, se remite a la aplicación del Código Civil<sup>639</sup>. Así el artículo 203<sup>640</sup>, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente mexicana, establece el principio de responsabilidad ambiental, señalando que al margen de la responsabilidades penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, debe ser responsable civilmente de conformidad con lo establecido en el Código Civil determinando que la mayoría de los daños ambientales se rijan por esta norma de naturaleza general. Por lo que, tanto del principio IX, y del artículo 138 de la

---

<sup>636</sup>CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 62.

<sup>637</sup> “*Normas de Protección del Medio Ambiente*, Edit. RHODAS, 2010, Lima-Perú, pág. 80.

<sup>638</sup>A pesar de que México es un país en donde han tenido lugar relevantes accidentes ambientales, como por ejemplo la explotación de San Juanico, en el Estado de México (1984) o la del Sector Reforma en Guadalajara (1992), ni la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, aprobada por el Congreso de la Unión en 1988, ni sus reformas de 1996, 2000 y 2001 se ocuparon en ninguno de sus preceptos del establecimiento de un régimen específico para la reparación de los daños al ambiente(...). En efecto, ya en la Ley de Responsabilidad Civil por daños Nucleares se contempló una regla similar al señalarse que la responsabilidad derivada del manejo de la energía nuclear será objetiva. Con posterioridad a la LGEEPA fueron promulgadas la Ley Ambiental del Distrito Federal (2000), la Ley General de Vida Silvestre (2000), y la Ley Ambiental del Estado de Colima (2002) que también remiten a la aplicación del Código Civil en materia de responsabilidad por daños al ambiente, no obstante, las tres leyes citadas incorporan reglas novedosas que constituyen un régimen específico de responsabilidad por daños al ambiente diferente y complementario del regulado por el Código Civil. GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, “*La Responsabilidad por el Daño ambiental en México – El Paradigma de la Reparación*”, Op. Cit., pág. 144 – 146.

<sup>639</sup>Código Civil Mexicano: *artículo 203*: “sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable”. <http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/distrito-federal/codigo-civil-para-el-distrito-federal.pdf>

<sup>640</sup>La Ley General Del Equilibrio Ecológico y La Protección Al Medio Ambiente 22/12/06. Artículo 203: “Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, ser responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable. El término para demandar la responsabilidad ambiental, será de cinco años contados a partir del momento en que se produzca el acto, hecho u omisión correspondiente. Cuando por infracción a las disposiciones de esta Ley se hubieren ocasionado daños o perjuicios, los interesados podrán solicitar a la Secretaría, la formulación de un dictamen técnico al respecto, el cual tendrá valor de prueba; en caso de ser presentado enjuicio”. CARMONA LARA, María del Carmen, “*Notas Para El Análisis De La Responsabilidad Ambiental y El Principio de “quien contamina paga”, a la luz del derecho mexicano*”, En: “*La Responsabilidad Jurídica En El Derecho Ambiental*”, “*Instituto De Investigaciones Jurídicas De Petróleos mexicanos*, Op Cit, pág. 73-79.

LGA peruana se deriva el rol protagónico del Código Civil de 1984, en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental. Por lo que corresponde analizar el sistema peruano de responsabilidad ambiental, en sus dos dimensiones: el sistema subjetivo en el sistema peruano de responsabilidad ambiental y el sistema objetivo en el sistema peruano de responsabilidad ambiental, establecidos tanto en el Código Civil de 1984, como en la LGA.

### **1.1.- El sistema subjetivo en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.**

En el sistema peruano de responsabilidad ambiental, se rige por un subjetivo de responsabilidad, establecido en el Código Civil de 1984, como en la Ley General del Ambiente 2006 (LGA), el mismo que se caracteriza por lo siguiente: i) El sistema subjetivo de responsabilidad civil para actividades no riesgosas, ni peligrosas con aplicación del Código Civil y ii) el régimen de responsabilidad subjetiva para los casos en que las actividades ambientales no son ni riesgosas, ni peligrosas, por aplicación de la Ley General del Ambiente 2006 (LGA).

En principio, el sistema subjetivo de responsabilidad civil<sup>641</sup> para actividades no riesgosas, ni peligrosas, está establecido en el artículo 1969 del Código Civil peruano de 1984<sup>642</sup>, sustentado en el sistema de responsabilidad basada en el factor subjetivo de la culpa.<sup>643</sup> Esta situación, se explica en parte, porque el sistema de responsabilidad establecido en el Código Civil peruano, es de naturaleza general, aplicable a todo tipo de daños, por lo que, se hace necesario, una urgente modificación, estableciendo un sistema de responsabilidad específico para encarar la reparación de los daños ambientales.

El artículo 1969 del CC peruano, tiene su símil en el artículo 1.902 del Código Civil español, el mismo que atribuye responsabilidad a quien por acción u omisión causa un daño a otro *interviniendo culpa o negligencia*<sup>644</sup>, y a nivel de Latinoamérica, el artículo 1969 del CC peruano es similar al artículo 1185° del Código Civil venezolano,<sup>645</sup> en donde también se establece un sistema de responsabilidad subjetivo, pues señala que para establecerse la responsabilidad debe determinarse la culpa o el dolo.

En cuanto no se establezca un sistema específico sobre responsabilidad civil por el daño ambiental, se aplicarán las normas generales sobre responsabilidad civil del Código Civil para los casos no riesgosos, ni peligrosos anclado bajo conceptos subjetivos clásicos de responsabilidad, insuficientemente preparados

---

<sup>641</sup> Código Civil Peruano. El legislador ante la propuesta de la difusión de los daños decidió por el bricoleur conceptual de asimilar el principio informador de la culpa (art. 1969), y el factor de atribución objetivo, aunque todavía pensando subjetivamente. DONAYRE PINEDO, Miguel, “*Del Principio Informador del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*”, En Revista Derecho y Sociedad, Año 3, N°4, Consejo Editorial COLAPJE, LIMA-Perú.

<sup>642</sup> Código Civil artículo 1969°: “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Código Civil, Jurista Editores, Lima Perú, abril 2015, pág. 414.

por este epígrafe <sup>643</sup>La diferencia entre ambos factores atribución es evidente, y apunta principalmente a que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado por culpa, entiéndase el dolo o culpa, mientras que en el sistema objetivo de riesgo, además de las precondiciones lógicamente necesarias, sólo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado daño es una peligrosa, riesgosa sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad. TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 36-37.

<sup>644</sup>Quizá en esta materia más que en cualquier otra se debe volver a los postulados tradicionales de “ninguna responsabilidad sin culpa”, midiéndola no de acuerdo a criterios generales de diligencia, prudencia y pericia del hombre medio, sino la que va unida a las específicas obligaciones de conducta establecidas en las leyes o en las resoluciones adoptadas en aplicaciones de las mismas”. DIEZ PICAZO – GUTIÉRREZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en responsabilidad Civil Ambiental Penal, Civil y Administrativo*”, Op. Cit., pág. 148 – 161.

<sup>645</sup>Código Civil venezolano artículo 1185° del: “el que, con intención, o por negligencia, o por imprudencia, causa un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”. En [www.notarfor.com.ar](http://www.notarfor.com.ar).

para afrontar las complejas características presentes en la responsabilidad civil ambiental<sup>646</sup>, determinando que el derecho peruano carezca de un sistema claro y definido sobre responsabilidad civil, más aún si existen errores, omisiones y contradicciones respecto a los supuestos de responsabilidad, así como respecto a los mecanismos para determinar y reparar el daño.

Esta situación ha determinado que exista una propuesta de enmienda al libro del Código Civil de 1984, sobre responsabilidad civil, en donde, en dicho proyecto el art. 51° se refiere a la responsabilidad civil ambiental, cuyo fundamento es el sistema objetivo, en donde “los daños ecológicos serán reparados directamente por sus causantes”, como lo puntualiza Ángel YAGUEZ, al analizar esta propuesta legislativa: “en este texto existe una especie de traducción normativa del principio “el que contamina paga”,<sup>647</sup> lo que constituiría un avance legislativo, en caso de que llegue a normarse, no obstante, hasta la fecha no se ha emitido ningún cambio legislativo al respecto.

El ese sentido el Código Civil peruano tiene similitud, entre otros, con el Código Civil mexicano, toda vez que también opta por la responsabilidad dual de responsabilidad, así tenemos, que los artículos 1910 y 1914 del Código Civil mexicano, establece la responsabilidad subjetiva, en tanto que el artículo 1913, norma la responsabilidad objetiva<sup>648</sup>. No obstante, la doctrina mexicana sostiene que, ante la necesidad de obviar el requisito de la culpa a la hora de valorar por los tribunales la obligación de reparar el daño, se va orientando hacia la responsabilidad objetiva o por riesgo<sup>649</sup>. Por lo que, es justamente la tendencia que se observa en el derecho mexicano, hacia la responsabilidad objetiva.

Asimismo, el sistema subjetivo peruano de la responsabilidad ambiental se encuentra regido en la LGA, que establece un régimen de responsabilidad subjetiva para los casos de los daños ambientales ocasionados por infracción de esta norma, aplicable para las actividades ambientales que *no son ni riesgosas, ni peligrosas*, establecido en el artículo 145 de la LGA. Esta responsabilidad sólo obliga al

---

<sup>646</sup>FERNANDO G., Enrique; “*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*”, Op. Cit., pág. 10

<sup>647</sup>No obstante, me produce curiosidad el adverbio “directamente”, por cuanto no veo otra forma de reparación que no sea la “directa”, una vez determinado el causante del daño u obligado a responder. Es posible que en este adverbio “directamente” se quiera decir que todos los causantes del daño responden de forma solidaria, en cuyo caso se me ocurre el reparo de que el principio enunciado pueda ser innecesario a la luz del inciso primero del artículo del proyecto, en cuya virtud “si varios son responsables del daño, responderán solidariamente”. Es digno de todo elogio el propósito de dar entrada en el ordenamiento civil peruano a los llamados “daños al medio ambiente”, a cuyo fin entiendo que este artículo 51° del proyecto es un principio, pero opino que el objetivo de la norma tendría que estar más matizado. DE ÁNGEL YAGUEZ; “*Reflexiones sobre la propuesta enmienda de la Comisión de Responsabilidad Civil*”; “*en 10 años en el C.C. Peruano*”, 1995; Lima – Perú; Edit. Universidad de Lima; pág. 377.

<sup>648</sup>Código Civil mexicano: *artículo 1910*: “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. *artículo 1911*: “el incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922”; *artículo 1912*: “cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”; *artículo 1913*: “cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados”; *artículo 1914* : “cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización”; artículo 1915: “la reparación del daño debe consistir”. <http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/distrito-federal/codigo-civil-para-el-distrito-federal.pdf>

<sup>649</sup>CARMONA LARA, María del Carmen, y otros, “*Notas para el Análisis de la Responsabilidad Ambiental y el Principio de “quien contamina paga”, a la luz del derecho mexicano*”, - “*La Responsabilidad Jurídica En El Derecho Ambiental*”, “Instituto de Investigaciones Jurídicas de Petróleos mexicanos, Op. Cit., pág. 71.

agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y una restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa.

## 1.2.- El sistema objetivo en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.

El sistema objetivo de responsabilidad ambiental, en el sistema peruano de responsabilidad ambiental, se encuentra establecido en el Código Civil de 1984 como en la Ley General del Ambiente 2006 (LGA); sistema que se caracteriza por lo siguiente: i) responsabilidad civil con aplicación del Código Civil por remisión de las normas administrativas (sistema objetivo de responsabilidad civil para actividades riesgosas y peligrosas) ; ii) responsabilidad objetiva por aplicación de la Ley General del Ambiente 2006 (LGA)<sup>650</sup>, para actividades riesgosas y peligrosas,

El sistema objetivo de responsabilidad ambiental, establecido en el Código Civil peruano, se rige por el artículo 1970<sup>651</sup> del Código Civil que opta por establecer la responsabilidad objetiva<sup>652</sup>, desde el punto de vista general, para las actividades *riesgosas o peligrosas*<sup>653</sup>, bastando con acreditar el daño causado y la relación de causalidad, para que nazca la obligación legal de indemnizar a cargo del autor de la conducta dañosa. Hay que precisar que algunas actividades que sin ser peligrosas pueden adquirir esa cualidad por la forma en la que se usa o se desarrollan.<sup>654</sup> Actividades que si bien no están dentro de la clasificación de “peligrosas” ambientalmente pueden ser sumamente agresivas, por lo que la norma no debe limitar la responsabilidad a ciertas actividades, sino extenderla a todas las que finalmente ocasionen daño ambiental. Por lo que, el establecimiento del artículo 1970 del Código Civil, en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, es un gran avance en materia de responsabilidad ambiental, aun cuando no hay uniformidad en el planteamiento, pues por un lado se orienta hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva para actividades riesgosas y peligrosas y por otro lado se opta por el sistema subjetivo de responsabilidad civil para actividades no riesgosas, ni peligrosas.

Asimismo, se ha establecido un sistema objetivo de responsabilidad ambiental en la LGA, producto de las infracciones administrativas, en donde también se ha establecido la responsabilidad objetiva por el daño al medio ambiente según lo establecido en el art. 144 de la LGA<sup>655</sup>, que obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, y a asumir los costos contemplados en el artículo 142° precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del

---

<sup>650</sup>Ley general del ambiente del Ambiente del 2006, en adelante LGA, “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

<sup>651</sup>Este artículo es concordante con el art. 1970, del Código Civil Peruano de 1984, que establece: “aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Código Civil, Jurista Editores, Lima Perú, abril 2015, pág. 414.

<sup>652</sup> El sistema subjetivo de la responsabilidad civil extra contractual se encuentre regulada en el artículo 1969°, cuyo texto señala lo siguiente “Aquel que por dolo o culpa causen daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, mientras que el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970°, cuyo texto señala lo siguiente: “Aquel que, mediante un bien riesgoso peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa peligrosa, causó un daño a otro, está obligado a repararlo”. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 36.

<sup>653</sup>Artículo 1970° del Código Civil peruano: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Código Civil, Jurista Editores, Lima Perú, abril 2015, pág. 414.

<sup>654</sup> Una fábrica de harina que no es considerada como un peligro potencial puede causar mayores daños a terceros por la falta de medidas de seguridad o por la forma poco conveniente de actuar de sus dueños o representantes, daños que además pueden ser habituales o permanentes y que a la larga producirán una seria contaminación. CELI ARÉVALO, Marco A., “*Derecho ambiental*”, Op. Cit., pág. 155-156.

<sup>655</sup> Este artículo es concordante con el art. 1970, del Código Civil Peruano de 1984, que establece: “aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Código Civil, Jurista Editores, Lima Perú, abril 2015, pág. 414.

ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir<sup>656</sup>. Así la norma no sólo se refiere a actividades riesgosas, sino también a bienes riesgosos, por lo que, se trata de un amplio campo de aplicación.

Así, la LGA, representa un intento positivo de objetivización del sistema de responsabilidad por el daño ambiental en el derecho peruano, pues se observan dos hechos significativos: a) Expresamente se señala la obligación de reparar los daños ocasionados por la *actividad riesgosa o peligrosa* como podría ser la explotación de hidrocarburos, minería, pesquería, electrificación, procesos productivos o el manejo de material radioactivo; b) la imposición de asumir los costos que se derivan de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad. Es necesario resaltar, que no obstante, que la LGA limita la aplicación del sistema objetivo de responsabilidad a ciertas actividades: como al uso o aprovechamiento de un bien *ambientalmente riesgoso o peligro, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa*, ya es un avance importante, porque en estos ámbitos de actividades ambientalmente riesgosas, no hay dudas que estamos frente a una responsabilidad objetiva, y con las consecuencias que la misma implica, esto es, que el agente contaminante está obligado a “reparar” el daño ambiental.

En esa línea de análisis, el art. 142 de la LGA<sup>657</sup> contiene dos supuestos de hecho íntimamente relacionados, el primero de ellos referido a los efectos jurídicos de la producción del daño ambiental, así contiene la premisa inicial en el sentido que el daño al medio ambiente ocasionado por una persona (se entiende natural o jurídica, entre ellas el Estado) que realiza una actividad usando o aprovechando un bien, debe asumir los costos que se ocasionan para prevenir, mitigar dicho daño y en el segundo supuesto de hecho, referido a la definición del daño, no habiéndose normado de manera expresa *la reparación* del daño.

La LGA establece un sistema dual, rigiendo paralelamente el sistema de responsabilidad subjetiva y objetivo para algunos casos de las actividades ambientales, tal y como lo señala el artículo 144<sup>658</sup>(LGA) limitando la aplicación del sistema de responsabilidad objetivo<sup>659</sup>, y de acuerdo a la naturaleza de esta responsabilidad<sup>660</sup>, al ejercicio de actividades ambientalmente *riesgosas o peligrosas*, dejando al grueso

---

<sup>656</sup> “*Normas de Protección del Medio Ambiente*, Edit. RHODAS, 2010, Lima-Perú, pág 84-84.

<sup>657</sup>LGA peruana. Artículo 142 establece: “142.1. Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas. 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. “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

<sup>658</sup>Art. 144 de la LGA peruana. “La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligro, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142° precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir”. “*Normas de Protección del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 84-84.

<sup>659</sup>El artículo Art. 144, de la LGA, contiene dos hechos significativos: a) Expresamente se señala la obligación de reparar los daños ocasionados por la actividad riesgosa o peligrosa como podría ser la explotación de hidrocarburos, minería, pesquería, electrificación, procesos productivos o el manejo de material radioactivo. b) La imposición de asumir los costos que se deriva de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas. (...) se contempla una reparación civil que incluirá los costos de prevención, costos de restauración, así como una compensación económica a la población y personas afectada. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 165.

<sup>660</sup> Espinoza, Juan, “*Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual*”, Op. Cit. pág. 772.

de actividades que no sean *riesgosas ni peligrosas*, y muchas veces con impactos ambientales graves<sup>661</sup>, a merced del sistema de responsabilidad subjetivo establecido en el artículo 145 de la LGA. El problema, es que no se establece cuáles son las actividades que considera *riesgosas ni peligrosas*, por lo que, ese tema lo ha dejado a la interpretación de los operadores jurídicos y con ello a la subjetividad de los mismos, aunado a la existencia de dos factores de atribución, para un mismo hecho, como lo es el daño ambiental, el mismo que debe ser considerado como tal, independientemente del tipo de actividad que lo produzca. Tal como se observa, la LGA limita la aplicación del sistema objetivo de responsabilidad, sólo para las actividades ambientalmente *riesgosas o peligrosas* y para todas las demás actividades que no están comprendidas en esta naturaleza de actividades, que son la mayoría de actividades contaminantes el legislador peruano ha optado por la aplicación del sistema subjetivo de responsabilidad, en el artículo 145(LGA)<sup>662</sup>, en un mismo sistema y ante un mismo daño. En ese sentido, el Sistema de Responsabilidad previsto en el citado artículo sólo se puede aplicar a actividades que no son ni riesgosas, ni peligrosas, además no ha estableciendo cuales son dichas actividades.

Por lo que, se opta por un sistema dual de responsabilidades, el sistema subjetivo<sup>663</sup> para los casos que no son *riesgosos o peligrosos*, en aplicación del artículo 1969 del Código civil y en aplicación del sistema subjetivo de responsabilidad, en la LGA, en el artículo 145<sup>664</sup>, para todos aquellos casos que no estén comprendidos las actividades ambientalmente *riesgosas o peligrosas*, y para todas las demás actividades que no están comprendidas en esta naturaleza de actividades, esto es, de naturaleza *riesgosa o peligrosa* rige el sistema objetivo de responsabilidad. Por tanto, la reparación se rige por un sistema dual de responsabilidad, el sistema de responsabilidad subjetiva del Código Civil y de la LGA, y el sistema responsabilidad objetivo también establecido tanto en el Código Civil, como la LGA, para todas las actividades riesgosas o peligrosas.

Los autores peruanos creyentes en la bondad del sistema dual de responsabilidad, afirman que este no es perjudicial, justificando el mismo “en el sentido que sería un tanto difícil que los jueces acepten alegaciones de entidades contaminadoras solicitando se resuelva su caso aplicando el criterio de culpa por ejercer actividades *no riesgosas, ni peligrosas*”<sup>665</sup>. Toda vez que, para las actividades riesgosas o peligrosas se aplicará la responsabilidad objetiva y teniendo en cuenta que la mayoría de las naturalmente contaminantes lo serán, el sistema así planteado aparentemente no ofrecería dificultad alguna. El problema es que, el sistema de responsabilidad dual de responsabilidad mixto no da respuesta a los casos

---

<sup>661</sup>En el caso de la explotación de minerales en el Perú, tiene una serie de impactos negativos en el medio ambiente, y en muchos casos la contaminación que produce ha afectado seriamente la salud de las poblaciones y la capacidad de regeneración de los ecosistemas. Por ejemplo, durante decenios las operaciones mineras en la zona de Cerro de Pasco y La Oroya generaron niveles muy altos de contaminación de los ríos y el aire, además de problemas derivados de la acumulación de relaves. Sin embargo, estos daños son mitigados por el hecho de que la actividad minera se realiza principalmente en zonas desérticas o en altitudes mayores a los 3,000 msnm, que suelen estar poco habitadas y lejos de los ecosistemas vulnerables. AGENDA PERÚ, “*Gestión del Medio Ambiente y Recursos Naturales*”. *Agenda Perú: Agenda y Estrategia para el Siglo 21*. Informe final del Programa Ayuda., Perú, Lima, 2000.

<sup>662</sup>Art. 145 “*De la responsabilidad subjetiva*”: La responsabilidad en los casos no considerados en el Artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. “*Ley General del Ambiente*”, Op. Cit. pág. 141.

<sup>663</sup>. FERNANDO G. Enrique, “*Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*”, Lima, agosto 2000, Edit. Sociedad de Derecho Ambiental. pág. 12.

<sup>664</sup>Art. 145 “*De la responsabilidad subjetiva*”: La responsabilidad en los casos no considerados en el Artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. “*Ley General del Ambiente*”, Op. Cit. pág. 141.

<sup>665</sup>ESPINOZA, Juan. “*Derecho de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 773.

en que, no obstante que se realicen actividades no *riesgosas, ni peligrosas*, se ocasione un daño ambiental significativo o sensible. Por lo que, en buena cuenta, el sistema establecido en la LGA es una proyección del artículo 1969 del Código Civil, en donde se establece la clásica responsabilidad civil subjetiva, toda vez que consagra el criterio de la culpa para el grueso de actividades contaminantes que no son consideradas por la legislación o por la práctica como peligrosa o riesgosa, en estos casos, aún se debe probar la culpa o el dolo de la conducta del agente contaminante, para recién poder determinar su responsabilidad civil por la reparación del daño ambiental.

Asimismo, otro sistema de responsabilidad dual por el daño ambiental, a nivel de derecho comunitario europeo, es el establecido por el Parlamento y Consejo europeo, en la Directiva 2004/35/CE del 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, en donde, se ha establecido un sistema dual de responsabilidad: i) Responsabilidad objetiva en la medida en que el daño haya ocurrido debido a una de las actividades profesionales enumeradas en el anexo III de la Directiva y ii) Responsabilidad subjetiva, para específicos daños<sup>666</sup>. La doctrina sostiene que esta dualidad causará problemas en su aplicación para los Estados miembros, por su incoherencia interna, y por su falta de eficacia para enfrentar el daño ambiental, pues se ha protegido objetivamente sólo algunas actividades establecidas expresamente en la Directiva, siendo que las demás actividades están a merced del factor de atribución basado en la culpa. Ciertamente, este sistema mixto de responsabilidad adoptado por la Directiva 2004/35/CE<sup>667</sup> permite que a un operador se le exonere de responsabilidad de un daño ambiental si demuestra que no ha cometido *ninguna falta*, y que el evento o actividad que ha causado el daño haya sido expresamente autorizado y en cumplimiento de todas las condiciones del permiso otorgado por la Administración. MACRORY precisa que, el enfoque general de la Directiva es prever una responsabilidad objetiva en la medida en que el daño haya ocurrido debido a una de las actividades profesionales enumeradas en el anexo III de la Directiva. No obstante, para tipos específicos de daño, la Directiva prevé complementariamente la responsabilidad basada en la culpa<sup>668</sup>. Este enfoque basado en la culpa es discutible, por lo que los Estados miembros deben establecer medidas más estrictas en estos casos, o en su defecto, a través de la jurisprudencia.

De todo lo anotado, este sistema dual de responsabilidad, aplicado en el derecho peruano es de suma preocupación para el futuro de la reparación de los daños ambientales en nuestro país, pues se da un tratamiento diferente al mismo problema, por lo que, es un sistema ineficaz para la reparación de los

---

<sup>666</sup>The approach of the Directive, for a specific type of damage, the Directive provides for complementary fault-based liability: Article 3 (i.b) holds liable any person damaging natural habitats or species, if the damage is caused by any occupational activities other than those listed in Annex III, but only if the act was committed with fault or negligence. This mixture between a strict and a fault-based liability approach could cause some implementation problems for Member States. The fault-based approach is debatable in civil liability law, but is out of place in public law. As the Directive is based on Article 175(1) EC Treaty, Member States may introduce more stringent measures on the basis of Article 176 EC Treaty. MACRORY, Richard “*Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?*”, Op. Cit., page. 131-132.

<sup>667</sup>En plus d'intégrer les causes classiques d'exonération de la responsabilité qu'on trouve dans les régimes de responsabilité objective (conflit arme, phénomène naturel exceptionnel, fait d'un tiers), la *Directive* permet aussi d'exonérer un exploitant de toute responsabilité si ce dernier établit la preuve qu'il n'a commis aucune faute et que l'événement ou l'activité a l'origine du dommage était expressément autorisée et respectait toutes les conditions de l'autorisation. Le second régime maintient le concept de la faute pour toutes les activités non énumérées et qui sont la cause de dommages aux seuls espèces et habitats naturels protégés par la législation communautaire. Jean Maurice ARBOUR, Sophie LAVALLEE, « *Droit International De L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec-Canada, page. 744-755.

<sup>668</sup>This mixture between a strict and a fault-based liability approach could cause some implementation problems for Member States. ...The fault-based approach is debatable in civil liability law, but is out of place in public law. As the Directive is based on Article 175(1) EC Treaty, Member States may introduce more stringent measures on the basis of Article 176 EC Treaty. MACRORY, Richard “*Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?*”, Edited, Europa Law Publishing, 2006, Groningen/Amsterdam, page. 131-132.



daños ambientales, problemática que requiere respuestas coherentes y firmes. Por tanto, se puede afirmar que el derecho peruano, desde el punto de vista del factor de atribución, establece según los casos concretos, la responsabilidad subjetiva u objetiva, sistema ineficaz para lograr la reparación del daño ambiental porque su aplicación trae consecuencias incoherentes, situación que debe ser corregida por el legislador peruano. Al no existir un sistema objetivo de responsabilidad ambiental, aún se debe recurrir a los más viejos y conocidos principios del derecho civil, basados en la culpa y el dolo, en donde se dificulta la reparación de los daños ambientales, incluso en los casos en donde los agentes contaminantes “en uso de su derecho a explotar cierta actividad o a verter un contaminante que cause un perjuicio ecológico, aun dentro de las condiciones fijadas por las leyes, reglamentos, normas técnicas, resoluciones, ordenanzas, etc.”<sup>669</sup>. Corresponde al juez peruano determinar la responsabilidad civil por el daño ambiental, según los casos se optará por uno u otro sistema de responsabilidad, lo que necesariamente ocasionará problemas de aplicación para lograr la reparación del daño ambiental y, por tanto, su ineficacia.

## **2.- Los problemas que genera el sistema dual de responsabilidad en el sistema peruano de responsabilidad ambiental**

El sistema peruano de responsabilidad ambiental, además del sistema subjetivo de responsabilidad ha optado por un sistema objetivo de responsabilidad. Los dos sistemas de responsabilidad civil cuyos factores de atribución son totalmente diferentes, aparecen juntos para dar solución a la reparación del daño ambiental, siguiendo una especie de tradición. El asunto es que, esta especie de coexistencia entre el sistema subjetivo y objetivo, puede funcionar cuando estamos frente a la reparación de un daño tradicional o común, no obstante cuando se trata de ser adecuada para responder a la problemática del daño ambiental, surgen graves problemas, pues al yuxtaponer factores de atribución diversos, unas veces subjetivo y otras veces objetivo, según convenga la voluntad del legislador, da como resultado una respuesta jurídica débil e incoherente en la solución de la reparación de los daños ambientales, incentivando la impunidad de los agentes contaminantes.

Tal situación sostener la tesis consistente en que existe inadecuación del sistema dual de responsabilidad ambiental en el sistema peruano, lo que amerita, analizar la inadecuación del sistema subjetivo tradicional de responsabilidad, la responsabilidad dual como un problema para el sistema peruano de responsabilidad ambiental y la cuestión referida a la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad del agente del daño ambiental; temas que se analizaran a la luz de la doctrina y en especial de los diversos sistemas de responsabilidad del derecho comparado, con énfasis en el derecho español, colombiano y argentino.

### **2.1.-La inadecuación del sistema subjetivo tradicional en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.**

El problema mayor que se observa en el sistema peruano de responsabilidad ambiental es que, en parte, aún se inspira en el sistema subjetivo de responsabilidad civil tradicional, cuyo fundamento de responsabilidad se basa en la culpa, idea-base del llamado “principio de la culpa”, sistema que resulta ineficaz para resolver la problemática de la reparación del daño ambiental. Ello es así, porque el Código Civil Peruano de 1984, ha optado por normar la responsabilidad subjetiva en el sistema general de responsabilidad civil, aplicable supletoriamente en los casos de responsabilidad ambiental. Partiendo de

---

<sup>669</sup>BLANCO Alberto, QUINTERO, Uribe, “La Reparación del daño ambiental en Venezuela”, En, “Responsabilidad por daños al Medio Ambiente”, Op, Cit., pág. 76-81.

que, el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad es la culpa. El artículo 1969° del Código Civil, establece que sólo es responsable de la reparación de un daño el que lo ocasiona con *dolo o culpa*. Teniendo en cuenta que, los factores de atribución son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil<sup>670</sup> y que de acuerdo al código actual peruano son dos factores atribución: la culpa y el riesgo creado. Por lo que, se opta por el sistema subjetivo<sup>671</sup> para los casos que no son *riesgosos o peligrosos* Y además porque el legislador peruano ha optado por la aplicación del sistema subjetivo de responsabilidad en la LGA, en el artículo 145<sup>672</sup>, para todos aquellos casos que no estén comprendidos las actividades ambientalmente *riesgosas o peligrosas*, así para todas las demás actividades que no están comprendidas en esta naturaleza de actividades, que son la mayoría de actividades contaminantes, rige el sistema subjetivo de responsabilidad. Situación que pone en indefensión a las víctimas del daño ambiental, pues el agente contaminante sólo será responsable, en estos casos específicos en que no son actividades riesgosas ni peligrosas, si es que se prueba que el agente actuó con dolo o culpa, caso contrario si actuó con la debida diligencia, no será responsable del mismo. Razón por la cual, sostenemos la tesis consistente en que el sistema subjetivo no es idóneo para afrontar la problemática de la responsabilidad por el daño ambiental en el sistema peruano de responsabilidad ambiental, establecida en estas específicas normas.

Para fundamentar nuestra posición, partimos de precisar que el fundamento de la doctrina jurídica tradicional de responsabilidad civil subjetiva, tiene su origen en el liberalismo filosófico, del siglo XVIII, el mismo que rindió culto exagerado a la razón y a la voluntad, poniendo al ser humano como “elemento central de todas las valoraciones sociales y jurídicas”, con la consecuencia de que sólo podrá ser responsable de los daños que ocasione si ha sido fruto de su libre actuación, de su voluntad o de su negligencia<sup>673</sup>. Esta es la idea-base del llamado “principio de la culpa” que subyace en todos los códigos civiles europeos decimonónicos,<sup>674</sup> en donde la atribución de la responsabilidad se le otorga a quien por acción u omisión causa un daño a otro, cuando *interviene la culpa o negligencia*, y no a quien lo produce por otra circunstancia,<sup>675</sup> dejando en indefensión a la víctima del daño, en razón a que , en caso que el autor del daño actuó sin dolo o sin culpa, no será responsable del daño causado.

Históricamente esta teoría se construyó en una época en la que aún era impensable la existencia del fenómeno ambiental. Posición que resulta injusta frente a las víctimas de un daño ambiental, debido a que obviamente no tienen capacidad para defenderse de las actividades contaminantes y las sufren día a día, con la complicidad de los sistemas jurídicos que en nombre de la razón protegen en demasía los intereses

---

<sup>670</sup>TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 36.

<sup>671</sup>. FERNANDO G. Enrique, “*Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*”, Lima, agosto 2000, Edit. Sociedad de Derecho Ambiental. pág. 12.

<sup>672</sup>Art. 145 “*De la responsabilidad subjetiva*”: La responsabilidad en los casos no considerados en el Artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. “*Ley General del Ambiente*”, Op. Cit. pág. 141.

<sup>673</sup> La doctrina de la culpa como he dicho, ha venido inspirando las concepciones jurídicas de los ordenamientos de Europa continental, de tradición romanista. Y lo mismo ha ocurrido en el área del Derecho Anglosajón. En efecto uno de los principios clásicos del común law ha sido el de: “no hay responsabilidad sin culpa”. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, T. I., Op. Cit., pág. 126-127.

<sup>674</sup> Me refiero a la filosofía liberal, que haciendo del individuo el elemento central de todas las valoraciones sociales- y por tanto jurídicas- ve con repugnancia la posibilidad de que una persona sea juzgada responsable –con las consecuencias económicas que esto supone- de un daño que no ha sido fruto de su libre actuación, de su voluntad o de su negligencia. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado de Responsabilidad Civil*,” T. I., Op. Cit., pág. 126-127.

<sup>675</sup>Esto significa que la víctima se encuentra frente a un causante que le demuestra que no tiene derecho a la indemnización, aunque ella misma, la víctima tampoco haya tenido dolo ni culpa. DE TRAZEGNIES, Fernando; Op. Cit (T. I.), pág. 133.

económicos de los agentes contaminantes, con el gravísimo riesgo que ello representa para el medio ambiente que nos habita. Esta opción jurídica, demuestra una falta de sensibilidad o de entendimiento de la dimensión del daño ambiental, el cual debe ser preocupación de primera línea por los gravísimos efectos al medio ambiente, pues sólo basta que los agentes prueben su no culpabilidad y se liberarán de asumir los costos de la reparación del daño ambiental.

La teoría de la culpa tiene origen, en las ideas liberales inspiradas en el individualismo, por lo que protege al autor del daño, de tal manera que responsabilizar al mismo es casi inalcanzable, primando el dogma consistente en que “no hay responsabilidad *sin culpa*”, pues se “considera injusto que responda por tales daños si se actuó con la *diligencia debida*.”<sup>676</sup> Esta posición tropieza con la naturaleza fáctica e irresistible de los daños ambientales, los mismos que en su mayoría no se cometen con dolo o negligencia, sino que son consecuencia de accidentes, relacionado con los riesgos y peligros intrínsecos de las actividades contaminantes.

El sistema de responsabilidad ambiental peruano se ha encontrado, en esta materia, totalmente inspirada por el concepto de culpa: “el autor de un daño sólo responde cuando en su acción han intervenido voluntad de dañar o negligencia. Esta es la idea-base del llamado “principio de la culpa” que subyace también en todos los códigos civiles europeos decimonónicos”.<sup>677</sup> que hasta la fecha rinden culto al “principio de la culpa”,<sup>678</sup> ejemplo de ello, es el derecho italiano<sup>679</sup>, basada esencialmente en lo establecido en el artículo 2.043 en el Código Civil<sup>680</sup> norma que comprende el sistema de responsabilidad civil subjetivo<sup>681</sup> considerada norma de “genero estándar”<sup>682</sup>, esto es, se trata de la norma general de responsabilidad civil, en donde se establece un sistema basado en la culpa. Y además el artículo 844<sup>683</sup>

---

<sup>676</sup> El sistema subjetivo no es, a mi juicio, ni idóneo ni el más justo para resolver la inmensa mayoría de casos en los cuales se producen daños ambientales, que bajo la teoría de la culpa quedarían injustamente sin reparación. FERNANDO G., Enrique, “*La responsabilidad por el daño ambiental en el Perú*”, Op. Cit., pág. 12-14.

<sup>677</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado De Responsabilidad Civil*,” T.I. Edit. BOSH. S.A., Barcelona, 2008, pág. 126-127.

<sup>678</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado De Responsabilidad Civil*”, T. I., Op. Cit., pág. 129-134.

<sup>679</sup> En Italia, especialmente, la doctrina civilista, antes que, en la disciplina de la propiedad, prefiere situar la problemática del medio ambiente en el ámbito de los derechos de la personalidad. Siendo estrecho el nexo de unión existente entre la salud y el ambiente, y debiéndose superar la concepción económica de los bienes, solo tutelables por el ordenamiento jurídico cuando tienen un valor económicamente apreciable, la configuración de un derecho al ambiente entendido como interés de la persona constituye un paso apreciable. CABANILLAS SANCHEZ, “*Responsabilidad Civil por Daños a Personas o Cosas a Consecuencia de la Alteración del Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Asociación Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros Aida, Madrid, pág. 14.

<sup>680</sup> GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>681</sup> Código Civil Italiano. i) *Artículo 844*: “El propietario de una finca no puede impedir la emisión de humo o de calor, la exhalación el ruido, las vibraciones y similares derivados de la finca vecina, sino superan la tolerabilidad normal, y teniendo también en cuenta la condición del lugar. Al aplicar esta norma los tribunales deben equilibrar la exigencia de la producción con el derecho de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso”, ii) *Artículo 2.043* establece “cualquier acto doloso o culposo que ocasione a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el acto a resarcir el daño”. DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit, pág. 39-41.

<sup>682</sup> PAOLI, Nino, “*La Responsabilité Civile pour Le Dommage Environnemental En Italie* “, Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, « *L'Effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Couvre Et Sanction Du Non-Respect* », Editions La Documentation française, 2000 – Paris, page. 173-175.

<sup>683</sup> Le Code civil. Les insuffisances de ces lois de protection environnementale surtout, on a utilisé les instruments de droit civil pour la réparation et la prévention des dommages en général, sur la base de la discipline du Code civil de 1942 et du Code de procédure civile de 1940. Les instruments juridiques qui ont constitué la base des diverses techniques de protection, selon des approches différentes, ont été : 1) l'article 844 du Code civil sur les «immixtions» dans les propriétés voisines, qui tient compte en particulier des «intérêts de la production»; il a été interprètes au sens extensif, à l'égard de la protection d'autres droits réels et de jouissance concernant le fond endommagé, par rapport aux lois et mesures administratives (Salvi, 1979) (1), en le ramenant ensuite dans le cadre du droit de la responsabilité; 2) l'article 2043 du Code civil sur la responsabilité civile, considère comme une «norme générates» concernant le «dommage injuste» et utilise à l'égard des dommages à l'intégrité physique et à la sante; 3) l'article 700

del Código Civil italiano, aplicable en materia de daños ambientales, y que norma acerca de la "injerencia" en las propiedades vecinas derivados de la finca vecina, establece en el fondo un sistema subjetivo, pues debe ser concordado con el artículo 2043 del Código Civil italiano, el mismo que como ya se anotó es puramente subjetivo. Para su aplicación, se tiene en cuenta: i) La condición del lugar, ii) la existencia de la producción del daño en relación al derecho de la propiedad, iii) la prioridad de un determinado uso, iv) los parámetros de la tolerabilidad o no de los daños ambientales. La influencia del derecho italiano en el derecho peruano es notoria, lo que ha determinado que el concepto de culpa esté enraizado en el derecho civil peruano, haciéndose necesario un cambio de paradigmas.

Junto al Código Civil italiano, debe mencionarse a la Ley Italiana N° 349 del 8 de julio de 1986, porque es el primer antecedente tutelar del ambiente desde el derecho privado para la reparación de daños en general<sup>684</sup>, por la que, se crea el Ministerio del Ambiente y se dictan diversas normas en dicho ámbito. Norma de carácter esencialmente administrativa, que tiene también relevancia en la responsabilidad civil, pues los agentes causantes del daño sólo son responsables si el daño ha tenido lugar por *dolo o culpa* de su autor mediante la violación de las disposiciones legales y demás normas que les obliguen a adoptar un deber jurídico especial. CABANILLAS critica la Ley Italiana del 8 de Julio de 1986, en el sentido que configura una responsabilidad por el hecho doloso o culposo sin establecer, ni siquiera, la inversión de la carga de la prueba de la culpa.<sup>685</sup> Curiosamente, sostiene la doctrina, la Ley Italiana ha venido a interrumpir la tendencia manifestada en el resto de países e incluso como se ha dicho en el propio código civile al establecer un sistema de responsabilidad subjetiva del sujeto frente al Estado por los daños al medio ambiente. La ley exige por lo tanto la culpa del responsable, determinada por el incumplimiento de la legalidad vigente”<sup>686</sup>. Por lo que, el derecho peruano al optar por la aplicación del sistema subjetivo de responsabilidad en la LGA, en el artículo 145<sup>687</sup>, es similar al sistema italiano, el mismo que mayormente comprende un sistema subjetivo de responsabilidad, en contrario a la tendencia de los ordenamientos contemporáneos, criticable, pues el mismo no es un sistema eficaz para encarar la reparación del daño ambiental.

Esta corriente doctrinaria y legislativa sigue en boga a nivel del derecho latinoamericano, así el Código Civil de Chile, ha optado por el sistema subjetivo de responsabilidad civil por daño al ambiente, en el

---

du Code de procédure civile sur les mesures d'urgence, qui requièrent le titre d'un droit. PAOLI, Nino, “*La Responsabilité Civile pour Le Dommage Environnemental En Italie*”, Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, « *L'Effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Couvre Et Sanction Du Non-Respect* », Op. Cit., page. 173-175.

<sup>684</sup>La Ley Italiana n° 349 de 8 de julio de 1986 estableció: i) Un sistema de responsabilidad subjetiva, puesto que los agentes causantes del daño solo son responsables si el daño ha tenido lugar por dolo o culpa de su autor mediante la violación de las disposiciones legales y demás normas que les obliguen a adoptar un deber jurídico especial; ii) la acción de resarcimiento del daño ambiental solo puede ser ejercitada por el Estado y las entidades territoriales sobre las que haya incidido el daño; iii) las asociaciones y los ciudadanos que deseen que se ejercite el ejercicio de la acción por los sujetos legítimos, solo pueden denunciar los hechos lesivos para el medio ambiente que conozcan; iv) el juez, cuando no sea posible llevar a cabo una cuantificación detallada del daño, debe determinar su cuantía equitativamente teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual; v) en los supuestos de concurrencia de responsabilidad en varios causantes del mismo evento dañoso, cada uno de ellos responde en el límite de su propia responsabilidad. DIEZ – PICAZO. GIMÉNEZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental Penal, Civil y Administrativa*”, Op. Cit., pág. 118.

<sup>685</sup> La opción del legislador italiano difiere de la mayoritariamente adoptada por la doctrina, que considera que la objetivación de la responsabilidad por daño ambiental es fundamental para la eficacia del sistema de tutela del ambiente. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad Civil por Daños Ambientales, según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis la Cruz Rodrigo*”, Op. Cit., pág. 205-206.

<sup>686</sup>GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>687</sup>Art. 145 “*De la responsabilidad subjetiva*”: La responsabilidad en los casos no considerados en el Artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. “*Ley General del Ambiente*”, Op. Cit. pág. 141.

artículo 2314 de su Código Civil<sup>688</sup> norma que en concordancia con la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente 19300 (1994)<sup>689</sup> expresamente establece *la culpa o el dolo* como factor de atribución<sup>690</sup>, en esencia de naturaleza subjetivo, como única respuesta en la solución de la responsabilidad por el daño ambiental. Otro régimen subjetivo de responsabilidad civil por daño ambiental, es el sistema guatemalteco, establecido en el artículo 1645<sup>691</sup> del Código Civil guatemalteco, que establece que: “toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”, norma que establece que la responsabilidad se va a determinar sólo si media “intención, el descuido o la imprudencia”, y además, exceptúa de responsabilidad al agente contaminante si demuestra que el daño ambiental se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Asimismo, el artículo 1.648 del Código Civil guatemalteco, afirma rotundamente que la culpa se presume, no obstante, admite prueba en contrario. Tal como se observa, el derecho peruano tiene similitud con normas de los sistemas jurídicos latinoamericanos, los mismos que responden también a la influencia del derecho europeo, en donde el dogma de la responsabilidad subjetiva, aún subsiste.

En razón a esta situación, es necesario que el derecho civil peruano se sitúe la realidad actual y en sus circunstancias,<sup>692</sup> en donde el fenómeno del daño ambiental, está cada día contaminado nuestro medio ambiente, país que por su ubicación geográfica está considerado como un país vulnerable desde el punto de vista ambiental y en razón a esta necesidad urgente de proteger nuestro medio ambiente, opte por aplicar un modelo jurídico de responsabilidad civil por el daño ambiental sea práctico para resolver los problemas relacionados con la reparación del daño ambiental, y dejar de centrarse en las peculiaridades personales del agente contaminante, su patrón de referencia, su prudencia, su diligencia estándar, e incluso en su falta de tecnología y financiamiento disponible para evitar o paliar el daño<sup>693</sup>. De lo que se trata, es que el legislador peruano tome conciencia de la gravedad que el daño ambiental representa para los individuos y para el medio ambiente puro de nuestro país y ponerse en el lugar de la víctima del daño ambiental, más que en *el patrón abstracto del hombre prudente y diligente* de los agentes que contaminan

---

<sup>688</sup> Código Civil Chileno. *Artículo 2314*. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. [https://es.wikipedia.org/wiki/Código\\_Civil\\_de\\_Chile](https://es.wikipedia.org/wiki/Código_Civil_de_Chile).

<sup>689</sup> Este ordenamiento separa claramente al régimen específico de responsabilidad por el daño ambiental establecido por el mismo, de la acción indemnizatoria ordinaria regulada en el Código Civil. GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, “*La Responsabilidad por el Daño ambiental en México – El Paradigma de la Reparación*”. Op. Cit., pág. 128-131.

<sup>690</sup> Responsabilidad Civil por los Delitos y las Culpas”. Todos los artículos del Código Civil colombiano incluyen el concepto de culpa, ya sea que haya que probarla o sea que se presuma, es decir, todo se reduce a un problema de carga probatoria. GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, “*La Responsabilidad por el Daño ambiental en México – El Paradigma de la Reparación*”, Op. Cit., pág. 128-131.

<sup>691</sup> Por su parte el artículo 1.672 del Código Civil de Guatemala, establece que: “Los propietarios, arrendatarios, poseedores y, en general, las personas que se aprovechan de los bienes, responderán: inciso 3, por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; inciso 4, por el humo o gases que sean nocivos, perjudiquen o causen molestia a las personas o a las propiedades; inciso 5 por los desagües, acueductos, instalaciones, depósitos de agua, materiales o sustancias que humedezcan o perjudiquen la propiedad del vecino; e inciso 6.º por el ruido, trepidación, peso o movimiento de las máquinas, o por cualquier otra causa que origine el daños o perjuicio”. No obstante, deben concordarse con los artículos 1645 y artículo 1.648 del Código Civil guatemalteco, que consagran el sistema aquiliano. DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 46-47.

<sup>692</sup> MAZEAUD, Henri y león, y TUNC, André, “*Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*”, 6ª Edit. Nontcheestien, París, 1965, N° 421, pág. 492.

<sup>693</sup> La Constitución peruana, otorga a toda persona el derecho a ser diferente de conducirse de modo distinto, de desarrollarse de manera particular, de creer en valores distintos y someterse a tradiciones distintas *¿Cómo podría en ese contexto aplicarse válida y equivocadamente un solo patrón de hombre prudente y diligente a todas las personas?* Obsérvese lo peligroso que sería aplicar el concepto de culpa subjetiva a las agentes de actividades productivas contaminantes. DE TRAZEGNIES, Fernando, “*La responsabilidad Extracontractual*”, Op. Cit., pág. 16.

día a día nuestro medio ambiente, con consecuencias aún insospechadas, para el futuro de nuestro medio ambiente.

En tal sentido, ni el concepto de “*culpa objetiva*” mediante la cual se trata de estandarizar a los agentes contaminantes, sin considerar que la realidad cultural es muy diversa; ni la “*culpa subjetiva*” que se preocupa de las intenciones, aptitudes, características o cualidades personales del agente, logran ser una solución eficaz en materia de responsabilidad por el daño ambiental, pues propicia la evasión de la responsabilidad del agente contaminante, basadas en su subjetividad, incentivando conductas lesivas al medio ambiente. Haciéndose necesario considerar que el patrón de “hombre razonablemente prudente” no es un tema que deba merecer la atención frente al fenómeno del daño ambiental<sup>694</sup>, dado que el mismo debe ser siempre reparado.

Los defensores de la culpa, sostienen la tesis que al ser un elemento tan profundamente arraigado en la conciencia social, no es posible desecharlo, y que no se debe optar por posiciones absolutas, y que sólo debe sustituirse en aquellos ámbitos que aquel criterio resulta insuficiente para alcanzar determinados objetivos sociales.<sup>695</sup> El problema es que la culpa, ciertamente es un criterio insuficiente en materia de responsabilidad medioambiental, porque los causantes del daño ambiental, evaden su responsabilidad, basándose justamente en su actuar “*diligente y no doloso*”.

Por lo que, el sistema subjetivo de responsabilidad no supera la existencia innegable del daño ambiental, producto de las nuevas condiciones de la sociedad moderna, no explica porque el agente contaminante obtiene ventajas, beneficios económicos de sus actividades riesgosas ambientalmente, a costa de someter a la sociedad y al medio ambiente puro, a la necesidad de tolerar los riesgos y peligros ambientales intrínsecos de sus actividades, sin que exista ninguna razón ética, moral o económica que justifique que el responsable se libere de su responsabilidad, bajo argumentos teóricos como: el “dogma de la culpa”, el “ejercicio regular de un derecho”, “daños lícitos”, entre otros argumentos.

En ese sentido, es acertada la tesis consistente en que la responsabilidad subjetiva no es un sistema adecuado para encarar los daños ambientales, en razón a que los mismos por su repercusión social necesitan un sistema eficaz, pues el sistema subjetivo considera que el agente contaminante sólo responda por los daños que ha causado si ha actuado con *dolo o culpa*, más no si actuó con la diligencia debida, liberándose de esta manera de la responsabilidad de reparar el daño ambiental ocasionado por haber realizado una actividad ambientalmente riesgosa. A ello se agrega que se trata de una responsabilidad limitada, toda vez que los daños producidos en ejercicio regular de un derecho no generan el deber de reparar, dejando en impunidad el grueso de daños ambientales.

Asimismo, el referido sistema de responsabilidad de naturaleza subjetiva, no permite una adecuada reparación de los daños ambientales, los mismos que ameritan un trato diferenciado por sus graves repercusiones sociales y naturales, requiriéndose que “el responsable del daño al medio ambiente indemnice sus acciones contaminantes, independientemente de su grado de culpabilidad o dolo”<sup>696</sup>. Las contemplaciones que el derecho civil ha tenido a lo largo del tiempo, ponen en grave peligro la

---

<sup>694</sup>DE TRAZEGNIES, Fernando, “*La responsabilidad Extracontractual*”, Op. Cit., (T.I.), pág. 146.

<sup>695</sup>REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 182-188.

<sup>696</sup>Lo único que debe acreditarse para que haya lugar a la indemnización, es la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido. Señala, que en el caso del daño ambiental debe exigirse la responsabilidad objetiva, salvo en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, dada la trascendencia social del daño. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro, “*Manuel de derecho ambiental chileno*”, Op. Cit., pág. 113-114.

sostenibilidad del medio ambiente, pues la pretendida justicia que constituye la base conceptual del sistema subjetivo de responsabilidad, se circunscribe a la protección del agente contaminante y no de la víctima.

La base de la teoría de la culpa eleva al autor del daño ambiental en un pedestal casi inalcanzable, ello determina que, en materia del daño ambiental no sea adecuado aplicar este dogma, pues los agentes contaminantes, al estar legitimados para realizar sus actividades, se presume que no hay dolo, ni culpa en su comportamiento, no obstante, ocasionan con frecuencia daños ambientales, sólo les bastará acreditar la inexistencia del dolo o culpa en su comportamiento y se liberaran de toda responsabilidad, dejando en indefensión a las víctima o víctimas del daño ambiental. Por lo que el sistema subjetivo de responsabilidad no resuelve el principio de responsabilidad ambiental, que reza que todo el que ocasiona un daño ambiental está obligado a repararlo, y ello debe hacerlo independientemente de las circunstancias en la que sucede el hecho lesionante, pues existe un interés mayor que es el de proteger el medio ambiente.

Asimismo, se aboga por la responsabilidad por culpa, en razón a que puede haber problemas en la determinación de la causalidad y conducir a veredictos inconsistentes, generando demoras en los procedimientos judiciales y que puede ser más rentable a abogados y expertos que a las víctimas<sup>697</sup>. Argumentos todos ellos subjetivos, que no pueden ensombrecer las ventajas del sistema objetivo, pues la aplicación en materia de causalidad ambiental, existen nuevas tendencias, como son: la causalidad probabilística, jurídica, la inversión de la carga de la prueba al agente contaminante, entre otras instituciones modernas, que ponen a la víctima en mejor ventaja probatoria, a través de los cuales se logre finalmente la reparación de los daños ambientales.

De todo lo anotado, se constata la erosión que han ido experimentando todos los pilares de la teoría de la responsabilidad subjetiva construida de acuerdo con los postulados de la culpa, el ilícito y la causalidad<sup>698</sup>, pues se viene constatando que este sistema no resuelve el problema de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, acarreando serias dificultades prácticas, lo que conlleva irremediamente a la construcción de un sistema absoluto de responsabilidad, para lo cual se requiere una fuerte dosis de sensibilidad social, en donde urge hacer abstracción del factor subjetivo de responsabilidad y centrar la atención especialmente en los aspectos objetivos del daño ambiental ocasionado a la víctima. En ese sentido, el agente contaminante debe asumir su responsabilidad al margen de valorar si sus actos contaminantes fueron intencionales o negligentes, esto es, independientemente del grado de culpa<sup>699</sup>, y asumir responsabilidad objetiva porque sus acciones ocasionan un grave daño a la salud de las personas, su patrimonio y al medio ambiente. Y en este sentido debe orientarse el legislador peruano.

---

<sup>697</sup>On the other hand, it has many disadvantages. First, the system relies upon a case-by-case adjudication system. Second, there may be problems in determining the causal link. Third, it may lead to inconsistent verdicts, generate long delays in court proceedings and may be more profitable to lawyers and experts than to the victims. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, "The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?", SWANSON, Timothy, "An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design", Op. Cit., page. 258-261.

<sup>698</sup>CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, "La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o Cosas a Consecuencia de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento", Op. Cit., pág. 35.

<sup>699</sup>La Ley Federal alemana del agua (*Wasserhoushaltsgesetz* - WHG) establece que quien agrega o los vertidos de sustancias en el agua o de lo contrario afecta agua de tal manera como para alterar sus propiedades físicas, químicas o biológicas, es necesaria para compensar cualquier daño a otra persona, sin importar si la descarga es el resultado de una acción útil u omisión o no. Sólo la fuerza mayor (desastre natural, guerra, "Acto de Dios", etc.) son excusas responsabilidad. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, "Manual of European Environmental Law", Op. Cit., page. 141-142.

## 2.2.- La responsabilidad dual como un problema para el sistema peruano de responsabilidad ambiental.

Como ya se ha anotado, en el derecho peruano sucede que, en materia de responsabilidad civil por daño ambiental, se establece un sistema dual de responsabilidad, tanto en la Ley General del Ambiente del 2006 (LGA)<sup>700</sup>, como en el Código Civil de 1984. Así en el Código Civil peruano la responsabilidad civil está sustentada en dos grandes columnas vertebrales, tal y como precisa TABOADA: “el sistema de responsabilidad basado en la culpa y el sistema de responsabilidad objetiva basado en el riesgo creado. Por lo que, el tema de la responsabilidad objetiva se establece para los casos en los cuales exista un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y la responsabilidad subjetiva, para los demás casos”<sup>701</sup>. Estos dos factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en el artículo 1969° y 1970° respectivamente del Código Civil peruano, el sistema subjetivo de la responsabilidad civil extra contractual regulada en el artículo 1969°<sup>702</sup>, tiene como texto lo siguiente “Aquel que por dolo o culpa causen daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, mientras que el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970°<sup>703</sup>, cuyo texto señala lo siguiente: “Aquel que mediante un bien riesgoso peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa peligrosa, causó un daño a otro, está obligado a repararlo”. Por lo que, el sistema de responsabilidad peruano adolece de coherencia, pues al establecer dos factores de atribución a una misma situación de hecho, como es encarar la reparación del daño ambiental, determina que dicho sistema sea inadecuado.

Por su parte, en la LGA igualmente rige un régimen de responsabilidad subjetiva para los casos de los daños ambientales ocasionados por infracción de esta norma, aplicable para las actividades ambientales que no son ni riesgosas, ni peligrosas, establecido en el artículo 145 de la LGA. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y una restauración del ambiente afectado, en caso de mediar dolo o culpa. Y, por otro lado, tenemos que el art. 144 de la LGA establece la responsabilidad objetiva, limitándola para las actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, y para todas las demás actividades que no están comprendidas en esta naturaleza de actividades, el legislador peruano ha optado por la aplicación del Sistema Subjetivo de Responsabilidad. No obstante, el sistema de responsabilidad establecido en la LGA deja que la mayoría de actividades ambientalmente contaminantes se rijan por el Sistema subjetivo de responsabilidad establecido en el artículo 145 de la LGA, situación que determina la incoherencia jurídica de este sistema, y su inadecuación para encarar con eficacia la reparación de los daños ambientales, y que amerita mayor análisis, en la presente investigación, abogando en favor de un cambio legislativo, optando por un sistema objetivo o absoluto de responsabilidad.

Esta situación se explica en parte porque el derecho peruano, culturalmente y en especial en materia legislativa, tiene una influencia marcada del derecho europeo, en especial por el derecho español, francés e italiano, influencia que se observa también en el derecho latinoamericano, en especial en el derecho argentino, colombiano y mexicano. El asunto es que, el derecho peruano no se viene desarrollando en la

---

<sup>700</sup>Ley general del ambiente del Ambiente del 2006, en adelante LGA, “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

<sup>701</sup>TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos De La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 36.

<sup>702</sup>Código Civil, Jurista Editores, Lima Perú, abril 2015, pág. 414.

<sup>703</sup>Código Civil, Jurista Editores, Lima Perú, abril 2015, pág. 414.



misma dimensión de dichos sistemas de responsabilidad, por lo que corresponde analizar cuáles son los progresos que vienen teniendo estos sistemas, que pueden contribuir a su evolución.

Así, la mayoría de países europeos en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente han optado por un sistema dual de responsabilidad, en donde paralelamente al sistema de responsabilidad basado en la culpa,<sup>704</sup> con una tendencia gradual en favor de la objetivación de la responsabilidad aplicado sólo a determinadas actividades riesgosas o peligrosas. Ejemplo de ello es el derecho español, el mismo que se viene orientando de manera positiva hacia un sistema objetivo de responsabilidad ambiental, con una orientación positiva a partir de la emisión de la ley española de responsabilidad ambiental 26/2007, tal evolución que se hace necesario analizar.

Se observa, que actualmente en el derecho español<sup>705</sup> el régimen de responsabilidad general y subsidiario, establecido es de naturaleza dual. Al respecto, ÁLVAREZ LATA observa que, a menos que al supuesto de hecho se le aplique un régimen cualificado, la reparación del daño ambiental se deriva a la acción del art. 1902 CC que discurre con arreglo a parámetros subjetivos. La exigencia de culpa en términos, y aun en aplicación del citado artículo ha de ser matizada para los supuestos, ciertamente frecuentes, en los que tenga cabida la aplicación de la *doctrina del riesgo*, cuando el daño sea causado por actividades industriales o empresariales que originen un peligro relevante a la sociedad.<sup>706</sup> De tal suerte que no llega a prescindir de la culpa, y se relativiza ante la presencia del inciso 2 del artículo 1908 del CC fundamentado en la teoría del riesgo, por lo que en puridad se trata de un sistema dual de responsabilidad civil para encarar la reparación del daño ambiental.

El Código Civil español, en el artículo 1902<sup>707</sup>, es exponente máximo de la responsabilidad general, en donde priman las ideas de culpa para determinar el factor de atribución. Además, la responsabilidad civil está regulada en los arts. 1.903 a 1.910, integrantes del capítulo II, del libro IV del Código Civil (“De las obligaciones que se contraen sin convenio”), el mismo que establece que son fuentes de las obligaciones, los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia<sup>708</sup>, normas que se rigen por el factor subjetivo de atribución. No obstante, conviene destacar que las normas del Código

---

<sup>704</sup> Así, en España se ha partido de los artículos 1.902 y 1.908 CC, para continuar una línea cada vez más objetiva puede decirse que ha ocurrido lo mismo en otros países, como es el caso del Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, en el mundo anglosajón, o de Holanda, Italia, Francia, Japón o la generalidad de los países iberoamericanos, en los sistemas de Derecho continental. DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 33 – 34.

<sup>705</sup> Si bien nuestra legislación no ha admitido de un modo expreso el sistema de la responsabilidad objetiva, con respecto a los daños sufridos por terceros, es evidente que tanto la doctrina como la jurisprudencia en una creciente evolución viene inclinándose a reconocer la responsabilidad fundada en la mera creación de peligros para la comunidad. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos*”, Op. Cit., pág. 26-28.

<sup>706</sup> Como es sabido, esta doctrina determina la atenuación o corrección del protagonismo de la culpa y aunque, por lo menos teóricamente, no llega a prescindir este elemento, como hace el número 2 del artículo 1908 CC fundamentando en la misma idea del riesgo, lo suaviza de modo muy relevante, de la manera en que se trató en el capítulo de este Tratado dedicado a la responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo, al cual nos remitimos en cuanto a su régimen y alcance. ÁLVAREZ LATA, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-España, 2003, pág. 1720.

<sup>707</sup> TÍTULO XVI: De Las Obligaciones Que Se Contraen Sin Convenio. CAPÍTULO II: De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. Artículo 1902 del Código Civil español: “El que por acción u omisión causa daño u otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, ÁLVAREZ LATA, Natalia, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, MENDOZA LOSADA, Ana I., PEÑA LÓPEZ, Fernando, “*Código de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 35-37.

<sup>708</sup> ASUA GONZALES, Clara I., La Responsabilidad en Manuel de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas y Sociales, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 468-469.

Civil<sup>709</sup> no ignoran algunas conductas transgresoras al propio bienestar de la persona, o incluso, las perjudiciales para el disfrute pacífico de su propiedad, así en los artículos 590 y 1908 el Código Civil español<sup>710</sup> contemplan normas de contenido tutelar con el medio ambiente en los que, para imponer la reparación por el daño causado por el hecho ilícito en donde no se distingue que este sea doloso o culposo<sup>711</sup>. Así, el artículo 1.902 del Código Civil español, tiene su símil en el artículo 1969 del CC peruano, pues en el mismo se atribuye responsabilidad a quien por acción u omisión causa un daño a otro *interviniendo culpa o negligencia*. Sistema defendido por un sector de la doctrina, para que se aplique también en materia de responsabilidad ambiental<sup>712</sup>, bajo el argumento central de que tiene bondades prácticas y justas, pues la *conducta diligente* del agente contaminante y su posibilidad económica, medida a través de fórmulas económicas, otorga al posible agente del daño como a la potencial víctima del mismo, un cierto grado de seguridad en las decisiones indemnizatorias posteriores. Y en este aspecto, consideramos que tanto el sistema peruano de responsabilidad ambiental como el sistema español ameritan un cambio legislativo en armonía con las tendencias modernas de la responsabilidad ambiental, como lo es el sistema alemán y el americano.

En el sistema español, según ÁLVAREZ LATA, dentro de los regímenes especiales de responsabilidad civil ambiental, la teoría del riesgo, se encuentra establecida en los números 2 y 4 del artículo 1908 del Código Civil español, en donde se hacen responsables de los daños causados, por las fuentes contaminantes al propietario de las mismas, frente al perjudicado.<sup>713</sup> Así, de acuerdo a lo establecido por

---

<sup>709</sup> La adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por la generalización analógica de los artículos 590 y 1908 CC, pues regla fundamental es que la propiedad no puede llegar más allá que el respecto al vecino determina. MARTÍNEZ – CALCERRADA y GÓMEZ, Luis, “*El Medio Ambiente y el Desarrollo Civil en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez – Picazo*”, Op. Cit., pág. 2531 – 2538.

<sup>710</sup> Código Civil español: i) *Artículo 590*: Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que así mismas o por sus productos sean peligrosos o nocivas, sin guardar distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones de los mismos reglamentos prescriben. A falta de reglamento se darán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecino; ii) *Artículo 1908 el CC*, Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido ciudades con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materia infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen. MARTÍNEZ – CALCERRADA y GÓMEZ, Luis, “*El Medio Ambiente y el Desarrollo Civil en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez – Picazo*”, Op. Cit., pág. 2531 – 2538.

<sup>711</sup> El daño a reparar es todo el producido, independientemente de que sea doloso o culposo, previsible o no al realizar el acto que lo causa, y sea o no consecuencia necesaria de este, de modo que también se ha de indemnizar el que de hecho se produjo en el caso, aunque fueses de forma circunstancial, ocasional, accidental, causal o contingente, con tal de que haya relación de causalidad entre el acto y el efecto dañoso. ALBALADEJO GARCIA, Manuel, “*Los Daños Indemnizables en la Responsabilidad Contractual en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Diez – Picazo*”, Thompson – Civitas, Madrid, 2003, pág. 1272.

<sup>712</sup> Quizá en esta materia más que en cualquier otra se debe volver a los postulados tradicionales de “ninguna responsabilidad sin culpa”, midiéndola no de acuerdo a criterios generales de diligencia, prudencia y pericia del hombre medio, sino la que va unida a las específicas obligaciones de conducta establecidas en las leyes o en las resoluciones adoptadas en aplicaciones de las mismas”. DIEZ PICAZO – GUTIÉRREZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en responsabilidad Civil Ambiental Penal, Civil y Administrativo*”, Op. Cit., pág. 148 – 161.

<sup>713</sup> Siendo un recurso de amplio manejo por los Tribunales en los casos de daños producidos por actividades industriales; y, más particularmente, en la denominada responsabilidad por inmisiones, no deja de ser infrutilizado ya que, como se ha observado por los numerosos comentaristas del precepto, y como acontece en otros ámbitos de la responsabilidad civil, muchas resoluciones, aún con cita de la norma, prefieren reconducir la demanda al artículo 1902 CC y a la *teoría del riesgo*, constituyéndose en minoría las que con apoyo exclusivo acuden al artículo 1908 CC. ÁLVAREZ LATA, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; en Reglero Campos, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-España, 2003, pág. 1722.

el artículo 1908 del Código Civil español, se impone al propietario, en caso de emanaciones o humos, la obligación de reparar o indemnizar los daños cuya formulación se extiende a las inmisiones intolerables y a las agresiones al medio ambiente en general<sup>714</sup>, el mismo que se trata de un régimen especial de responsabilidad civil ambiental por el daño ambiental en el derecho español fundamentado en el riesgo creado. La doctrina mayoritaria afirma que el precepto del art. 1908° CC<sup>715</sup> introduce la regla de responsabilidad objetiva, independiente de toda la culpa del supuesto responsable; eso a pesar de que el Código Civil exige que los humos nocivos sean excesivos. Se señala que tal interpretación se justifica también por el hecho de que en el Ordenamiento jurídico español existe un numeroso grupo de normas que imponen la responsabilidad objetiva en los supuestos relacionadas con las inmisiones, como la Ley de Caza (art.33), la Ley 12/2011 de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos y sus predecesoras o la actual LRM<sup>716</sup>. Se trata de una responsabilidad de carácter objetiva que se impone al propietario, o empresario-titular del origen de los humos o emanaciones, llamadas inmisiones por la peligrosidad que implican para el medio ambiente y porque se trata del derecho a la no intromisión del domicilio en las relaciones de vecindad. En el sistema peruano de responsabilidad ambiental, el artículo 961 del Código Civil <sup>717</sup> es similar artículo 1908 del Código Civil español, el mismo que establece los límites a la explotación industrial del predio. Al respecto GONZALES, precisa que las limitaciones legales por razones de vecindad se fundamentan básicamente en la siguiente consideración: La explotación normal de las unidades económicas obliga a tolerar limitaciones recíprocas en el ámbito de las inmisiones o repercusiones imponderables (ruidos, sacudidas, gases, olores, humos) (art. 961 CC). En ese sentido, se debe señalar claramente que una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse guardado el debido respeto a la propiedad ajena, en protección y cuidado al medio ambiente (teniendo en consideración las normas previstas en el Código de Derecho Ambiental – Decreto Legislativo N° 611).<sup>718</sup>La norma no precisa, si se trata de una responsabilidad objetiva, no obstante, esta norma, está comprendida dentro de la teoría del riesgo, por lo que, en este aspecto, obviamente se trata de una responsabilidad objetiva, por lo que ante la falta de norma específica, en todo caso, debe resolverlo la jurisprudencia, en ese sentido.

El derecho español, con acierto, opta por la teoría del riesgo, la misma que es de suma utilidad en la reparación de los daños ambientales. Al respecto, autores españoles como CABANILLAS, precisan que la responsabilidad por daño ambiental es un terreno privilegiado para la aplicación de la teoría del riesgo

---

<sup>714</sup>Número 2°. Del art. 1908- por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades y por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes –numero 4°. Del mismo artículo. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “*Compendio de Derecho Civil*”, Volumen 2, Cuarta edición, corregida y puesta al día, Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., 2005, Madrid, Op. Cit., pág. 780-792.

<sup>715</sup> Código Civil español. Artículo 1908. Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen. Gaceta de Madrid; “*Real Decreto de 24 de julio de 1889 – Código Civil*”, Ministerio de Gracia y Justicia, N° 206, España - 1889.[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

<sup>716</sup> PEÑA LOPEZ, Fernando; “*Comentarios al Código Civil*”, Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Tirant lo Blanch, VALENCIA- 2013, pág. 13040.

<sup>717</sup> Código Civil peruano. Artículo 961. El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias. Juristas Editores E.I.R.L. “*Código Civil*”, Edición Especial; Lima -2019. Pág. 217.

<sup>718</sup> GONZALES BARRON, Gunther; “Curso de Derechos Reales”, Jurista Editores, Perú – 2003, Pág. 415

de empresa. La responsabilidad objetiva fomenta que los empresarios pongan los medios idóneos para evitar o al menos reducir las inmisiones dañosas, especialmente cuando el coste de hacerlo es inferior al coste de indemnizar<sup>719</sup>. Respecto a ello, la doctrina sostiene que existe una conexión entre el ámbito de la responsabilidad y el riesgo típico de la actividad de que se trate. El titular de esta responde porque tiene el poder de control sobre la misma, porque está en condiciones de asegurarse frente a sus consecuencias dañosas, y porque de la misma manera que el ejercicio de la actividad que genera el riesgo le reporta la obtención de los beneficios a ella aparejados, deben pesar también sobre él, las consecuencias dañosas de la misma, y no sobre un tercero ajeno a tales beneficios y al control mismo de la susodicha actividad<sup>720</sup>. Así lo precisa también CASTRILLON, quien se aprovecha de una actividad debe soportar la carga del daño que de ella resulte a terceros, dándole aplicación al aforismo latino “*Uhi emolumentum, ubi onus*”, según el cual, si las buenas probabilidades nos aprovechan, debemos asimismo sufrir las malas. Con esto se muestra que la teoría del riesgo está inspirada en un concepto de equidad y solidaridad social<sup>721</sup>. Por lo que, en materia de responsabilidad ambiental en el sistema español, tiene aceptación la teoría del riesgo-creado, pues la obligación de indemnizar los daños ambientales por parte del autor de los mismos, es consecuencia inevitable de ejercer una actividad que crea riesgos para el medio ambiente y para las demás personas, haciendo por ese sólo hecho, a su autor responsable del daño, sin necesidad de investigar si hubo culpa.

Adicionalmente, en el derecho español al igual que en el de otros países, la fórmula de la responsabilidad objetiva se ha ido implantando en cierto sectores de la actividad caracterizada por su intrínseca peligrosidad<sup>722</sup>, atendiendo a las particularidades de ámbitos de actuación o de sectores específicos, diversas leyes especiales han establecido sistemas objetivos de responsabilidad, así la Ley 25/1964 de 29 de abril, de Energía Nuclear (LEN), el Decreto 2177/1967 de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Cobertura de Riesgos Nucleares<sup>723</sup>, entre otras normas especiales<sup>724</sup>, dichas leyes sólo

---

<sup>719</sup> CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad Civil por Daños Ambientales, según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis la Cruz Rodrigo*”, Op. Cit., pág. 205-206.

<sup>720</sup> De esta manera se establece una precisa conexión entre el área de responsabilidad riesgo típico de la actividad en cuestión, y el beneficio o provecho que el titular extrae de la misma. SANCHEZ FRIERA GONZALES, María del Carmen, “*La Responsabilidad Civil del Empresario por Deterioro al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 198.

<sup>721</sup> Esta teoría presenta delante de la teoría de responsabilidad por culpa, la ventaja de mejorar, la situación de la víctima en relación con el problema probatorio, pues es consecuencia forzosa de ella invertir la obligación de probar y eludir un difícil análisis de la conducta y de las intenciones, que como cuestión de fuerte interno no es suficiente hábil para generar certeza en la mente del juez. CASTRILLON ARCINIEGAS, Alberto, “*Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, Op. Cit., pág. 13.

<sup>722</sup> Por lo que los riesgos nucleares deben ser objetos de aseguramiento obligatorio, atener de la ley de 29-IV-64 y del reglamento sobre cobertura del riesgo de daños nucleares, aprobado por Decreto de 22-VII-67. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, T.I. Edit. Bosch. S.A., Barcelona, 2008, pág. 149-157.

<sup>723</sup> ASUA GONZALES, Clara I., “*La Responsabilidad en Manuel de Derecho Civil*”, Ediciones Jurídicas y Sociales, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 468-469.

<sup>724</sup> Normatividad española, en materia de responsabilidad ambiental: i) Ley 2/1989, de 18 de julio, el cual en el artículo 35, señala: “De ser imposible la reparación, será sustituida por una indemnización que se fijará, previa audiencia del interesado, en proporción al daño causado al medio natural (...)” Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental; a) Responsabilidad administrativa y civil (...) Art. 69. Sin perjuicio de la delimitación de las responsabilidades a que hubiere lugar (...), inciso 2. Reparación por la Administración competente, y con cargo al infractor, de los daños que hayan podido ocasionarse, incluida la satisfacción de indemnizaciones por daños y perjuicios (...); ii) Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos. Responsabilidad administrativa y civil. Art. 36. Obligaciones de reponer, multas coercitivas y ejecución subsidiaria 1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, los infractores estarán obligados a la reposición o restauración de las cosas al ser y estado anterior a la infracción cometida, en la forma y condiciones fijadas por el órgano que impuso la sanción y el artículo 32, inciso 1 (...) sin perjuicio, en su caso, de las correspondientes responsabilidades civiles y penales; inciso 2. La responsabilidad será solidaria (...); iii) Ley 5/1999, del 23 de junio de Prevención de medios forestales, el cual establece, en el art. 2 que; “Cuando exista pluralidad de responsables de la infracción u no pueda determinarse el grado de participación de cada uno, la responsabilidad será solidaria (...); iv) Ley 5/1999, de 23 de junio, de prevención de incendios forestales, que establece en su artículo 71, sobre responsabilidad civil en el que; “La imposición de sanciones y la exigencia de la reposición de la situación

se ocupan de las actividades caracterizadas por su peligrosidad, *dejando a merced de la responsabilidad subjetiva los daños ambientales ocasionados por actividades que no tienen dicha característica*. Así, los riesgos nucleares han sido sometidos a los esquemas de la *responsabilidad objetiva*<sup>725</sup> con la observación, además, de que en este caso el legislador no ha optado por una responsabilidad de tipo absoluta. En efecto, el art. 45 de la Ley de Energía Nuclear (29-IV-64) establece que: “el explotador de una instalación que produzca o trabaje con materiales radioactivos o que cuentan con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente ley”<sup>726</sup>. Aun cuando se trata de un avance en la legislación respecto de la responsabilidad objetiva, esta sólo es sectorial, circunscrita a sectores nucleares y limitada a su cuantía y además establece una responsabilidad dual de responsabilidad, tal y como se ha anotado, el reglamento sobre Cobertura de Riesgos Nucleares de la Ley 25/1964 y el Decreto 2177/1967, sólo se ocupan de las actividades caracterizadas por su peligrosidad, *dejando a merced de la responsabilidad subjetiva los daños ambientales ocasionados por actividades que no tienen dicha característica*. Esta norma, es similar al sistema peruano de responsabilidad ambiental, pues la Ley General del Ambiente 2006 (LGA)<sup>727</sup>, se caracteriza por lo siguiente: i) El régimen de responsabilidad subjetiva para los casos en que las actividades ambientales no son ni riesgosas, ni peligrosas (artículo 194<sup>728</sup>); ii) la aplicación del sistema objetivo de responsabilidad civil para actividades riesgosas y peligrosas (artículo 145 LGA<sup>729</sup>). Situación que debe superarse, pues el establecimiento de un sistema dual de responsabilidad, como precisa HENAO, no considera que el primer objetivo es responsabilizar al contaminador por los daños que causa al medio ambiente,<sup>730</sup> esto es que, la responsabilidad ambiental y sus diferentes formas de fundamentación deben ser básicamente una

---

alterada o de la indemnización por los daños y perjuicios causados no impedirá, cuando sea precisa, la adopción de las medidas previstas en los artículos 27 y 51.4 de la presente Ley (...); v) la Ley 8/2003 de 28 de octubre de la flora y la fauna silvestres en el establece sobre; “Art. 69. Reparación e indemnizaciones (...). TORRES VELA, Manuel, “*Responsabilidad Medio Ambiental en la Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en Responsabilidad Civil Medio Ambiental*”, Estudios de Derecho Judicial, N° 80, España, 2005, pág. 102-138.

ii) Ley 27/2006, de 18 de julio Ley de Responsabilidad Ambiental 2007. Véase “*Código de Medio Ambiente*”, Edición preparada por LUCIANO PAREJO Alfonso, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 9 Edición, Pamplona-España, pág. 53.

<sup>725</sup>El artículo 45° de la ley de 29 de abril de 1964 (ley energía nuclear) establece: “el explotador de una instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuenta con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada hasta el límite de cobertura que se señala en la presente ley. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 68-72.

<sup>726</sup>SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, T.I. EDIT. BOSCH. S.A., BARCELONA, 2008, pág. 149-157.

<sup>727</sup>Ley general del ambiente del Ambiente del 2006, en adelante LGA, “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

<sup>728</sup>LGA peruana. Artículo 142 establece: “142.1. Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas. 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. “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

<sup>729</sup>Art. 145 “*De la responsabilidad subjetiva*”: La responsabilidad en los casos no considerados en el Artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. “*Ley General del Ambiente*”, Op. Cit. pág. 141.

<sup>730</sup>Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar. HENAO, Juan Carlos y otros, “*Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental*”- “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Universidad Externado de Colombia- Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Primera Edición, 2000 – reimpresso 2005, Bogotá Colombia, pág. 129-133.

respuesta adecuada y eficaz al problema social actual que significa el daño ambiental, el mismo que por sus características particulares requiere dejar de aferrarnos a un criterio anacrónico, caso contrario significará abogar por una construcción jurídica deleznable o inútil.<sup>731</sup> En ese sentido, si el principio de responsabilidad subjetiva, no responde a la naturaleza jurídica del daño ambiental, corresponde diseñar una respuesta adecuada, que permita la reparación del daño ambiental. GOMIS CATALA, sostiene que el derecho español contempla desde una doble óptica la posibilidad de declarar la responsabilidad derivada de los daños al medio ambiente: por un lado, el ordenamiento civil procura la recuperación de los daños al medio ambiente en la medida en que éstos provoquen un daño a la persona o a sus bienes; por otro lado, el ordenamiento administrativo, integrada por numerosas leyes especiales de protección del medio ambiente, impone sanciones al responsable, a la vez que obliga a reparar o indemnizar el daño causado<sup>732</sup>. Por lo que, claramente se trata de un sistema mixto de responsabilidad.

Así el derecho español contempla una doble óptica de responsabilidad, tanto desde el punto de vista del derecho civil, mediante el cual se procura la recuperación de los daños al medio ambiente en la medida en que éstos provoquen un daño a la persona o a sus bienes; y por otro el ordenamiento administrativo, integrada por numerosas leyes especiales de protección del medio ambiente, impone sanciones al responsable, a la vez que obliga a reparar o indemnizar el daño causado.<sup>733</sup> El efecto de este sistema se vio reflejado en el caso Aznalcollar<sup>734</sup>, el mismo que se remonta al 25 de abril de 1998, el cual por sus graves repercusiones ecológicas<sup>735</sup> es un caso emblemático, en donde se observa dificultades para lograr la reparación del daño ambiental, tanto en la vía civil<sup>736</sup>, como en lo contencioso - administrativo<sup>737</sup>. En este

---

<sup>731</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Op. Cit., T. II, pág. 425-427.

<sup>732</sup>El artículo 1902° de C.C., exponente máximo de la responsabilidad extracontractual y el artículo 1908° del C.C., ceñido a una serie de actividades peligrosas o nocivas que ofrecen algún tipo de riesgo susceptible de afectar al medio ambiente parten de un régimen de responsabilidad subjetiva basado en las ideas de culpa de causa. GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>733</sup> GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>734</sup>El caso *Aznalcollar*, uno de los casos emblemáticos, que sucedió en España, en donde; como resultado de la alarma social que se creó por la toxicidad del vertido y las incertidumbres sobre sus posibles efectos para la salud humana, resultó dañada la imagen de productos agrícolas tan alejados de la zona como fresón de la costa de Huelva o los cultivos hortícolas de las vegas del Guadalquivir. El hecho de que el vertido finalizarse en las puertas de una zona protegida tan emblemática y conocida a nivel internacional hizo que la catástrofe alcanzara una repercusión mundial. ARENAS CABELLO, José, “*Análisis Retrospectivo seis Años Después del Vertido Minero de Aznalcollar. ¿Un Accidente Superado? En Responsabilidad Medio Ambiental: Aspectos Civiles y Riesgos Laborales*”, Op. Cit., pág. 39 – 41.

<sup>735</sup> Este largo proceso judicial del asunto *Aznalcollar*, se inició con la demanda presentada por la vía penal por las administraciones contra la empresa minera en 1999, pero la demanda fue desestimada. Posteriormente recurrieron las dos administraciones, algunos grupos de agricultores y ecologistas, pero la Audiencia provincial de Sevilla desestimo los recursos cerrando definitivamente esta vía. En noviembre de 2002 la Junta paso a la reclamación de los gastos por la vía civil, pero en marzo de 2003 el Juzgado nº 11 de Primera Instancia de Sevilla declaraba que la demanda correspondía a la vía contencioso – administrativa, cerrándose esta vía pese al recurso presentado por la Junta de Andalucía en octubre de 2003. Finalmente, en noviembre de 2003 la Consejería de Medio Ambiente inicio la reclamación por la vía administrativa y ante el recurso presentado por Boliden, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía obliga a la multinacional a depositar una fianza de 108 M de E para suspender de forma cautelar la reclamación administrativa. ARENAS CABELLO, José, “*Análisis Retrospectivo seis Años Después del Vertido Minero de Aznalcollar. ¿Un Accidente Superado? En Responsabilidad Medio Ambiental: Aspectos Civiles y Riesgos Laborales*”, Op. Cit., pág. 39 – 41.

<sup>736</sup> En principio, el proceso penal iniciado por las administraciones en contra la empresa minera “*Boliden*” en 1999, absolvió a la empresa; por lo que en noviembre de 2002 la Junta pasó a la reclamación de la indemnización a la vía civil, en marzo de 2003 el Juzgado Nº 11 de Primera Instancia de Sevilla declaraba que la demanda correspondía a la vía *contencioso – administrativa*, por lo que en noviembre de 2003 la Consejería de Medio Ambiente inicio la reclamación por la vía administrativa. <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/contencioso-administrativo/sentencia-num-7752008-tribunal-supremo-10-11-2011>

<sup>737</sup>Sentencia núm. 775/2008 Tribunal Supremo 10-11-2011, Marginal: Prov.\2011\408418, Tribunal Supremo, Madrid Sala 3 (Contencioso-Administrativo) Sección 5, FECHA: 10/11/2011, Jurisdicción: Contencioso-Administrativa, Recurso de Casación núm. 775/2008. Ponente: Excmo. Jesús Ernesto Peces Morate. Casación no ha lugar porque los artículos 81 de la Ley de Minas y 98 de la Ley 30/1992 no habilitan a la Administración para acordar el reembolso, a cargo de determinadas entidades mercantiles,

asunto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia de fecha 10 de noviembre<sup>738</sup> y confirmó la sentencia del año 2007 emitida por del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), que anuló el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta que declaró que las empresas del grupo minero estaban "*obligadas solidariamente*" a reembolsar los costes asumidos por la Junta como consecuencia de la rotura de la balsa minera. El Tribunal Supremo consideró que la responsabilidad de la reparación de los daños corresponde al titular de la explotación y no a la Administración que otorgó la concesión minera. El problema es que como refiere SCHMIDT, a pesar del trabajo realizado, Aznalcollar no es un accidente superado. Los cambios en el territorio han sido indefinidos, y quedan *tareas de remediación pendientes*<sup>739</sup>. Según la doctrina española, el sistema español de responsabilidad ambiental sería una vía crucis para las víctimas<sup>740</sup>. En razón a ello, esta tragedia ambiental y otros, como el caso *Prestige*, ha despertado la polémica sobre qué sistema de responsabilidad civil es el más adecuado, especialmente en relación a determinar *cuál es el factor de atribución*.<sup>741</sup> Y además se ha suscitado polémica consistente en que además de la tutela jurídico-administrativa del medio ambiente, urge organizar una tutela jurídica-privada<sup>742</sup> adecuada a la naturaleza del daño ambiental.

Ante esta problemática, actualmente hay consenso en la doctrina española, la misma que destaca el incesante esfuerzo por parte del Tribunal Supremo Español<sup>743</sup>, pues ha tomado en cuenta los cambios

---

de los gastos efectuados por la Administración para reparar los daños causados al medio por los vertidos derivados de la rotura de la balsa minera de Aznalcollar (...). *Fundamento Quinto* .- (...)De lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 30/1992 es inaplicable, ya que la Administración no está habilitada, en virtud de lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Minas, para declarar la responsabilidad solidaria de las entidades mercantiles referidas en el acuerdo impugnado con el fin de reembolsarse los costes y gastos realizados subsidiariamente por la propia Administración para reparar los daños ambientales causados por el vertido producido al fracturarse la balsa minera de Aznalcollar, y, por consiguiente, la Sala de instancia, por no comentar aquel precepto, ni ha incurrido en incongruencia omisiva ni ha dejado de motivar debidamente su decisión.<http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/contencioso-administrativo/sentencia-num-7752008-tribunal-supremo-10-11-2011>

<sup>738</sup>La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia, de fecha 10 de noviembre que confirmando la sentencia íntegramente del año 2007 emitida, por del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), anuló el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta que declaró que las empresas del grupo minero estaban "*obligadas solidariamente*" a reembolsar los costes asumidos por la Junta como consecuencia de la rotura de la balsa minera. [http://www.diariodesevilla.es/provincia/Supremo-reclamacion-Junta-Boliden-vertido\\_0\\_539946335.html](http://www.diariodesevilla.es/provincia/Supremo-reclamacion-Junta-Boliden-vertido_0_539946335.html)

<sup>739</sup>SCHMIDT, Guido, "*El Análisis de WWF/ADENA sobre Aznalcollar: ¿Es un Accidente Superado? En Responsabilidad Medio Ambiental: Aspectos Civiles y Riesgos Laborales*", Centro de Documentación del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 61.

<sup>740</sup>En casi toda la doctrina jurisprudencial, emitida en las sentencias de la Sala 1ª del TS se cuestiona si los Tribunales civiles y la contenciosa administrativa son competentes para establecer la responsabilidad por daño ambiental, sosteniéndose que hay que distinguir entre los que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil, y lo que afecta a los intereses generales o públicos de inequívoca naturaleza administrativa. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, "*La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo*", Op. Cit., pág. 200-202.

<sup>741</sup>Materia que reviste particular importancia por la necesidad de compaginar el mejor desarrollo de la persona y el aseguramiento de una mayor calidad de vida en relación con el medio ambiente, con el desarrollo económico. MARTÍNEZ – CALCERRADA y GÓMEZ, Luis, "*El Medio Ambiente y el Desarrollo Civil en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez – Picazo*", Op. Cit., pág. 2538.

<sup>742</sup>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, "*Responsabilidad Civil por Alteración del Medio*", Op. Cit., pág. 22-23.

<sup>743</sup>La doctrina jurisprudencial española, establece, que las centrales nucleares representan por sí mismas un riesgo notorio que impone adoptar todas las medidas, incluso sobrepasando las reglamentarias, para evitar que su funcionamiento resulte negativo a las personas o a las cosas, por lo que, ocasionado el daño, la intensidad del grave riesgo instaurado actúa *en línea de cuasi-objetivación*, conforme a la doctrina actual de imponer a quien resulta responsable justificar que en el ejercicio de la actividad, aun contando con las autorizaciones administrativas pertinentes, obró con toda la diligencia a su alcance e incluso que extremó las medidas, lo que bien pudo conducir en este caso a una decisión de disminuir la producción o controlarla debidamente ante una grave catástrofe ecológica, pues en estos casos no cabe hablar de excesos en la previsión, sino *más bien de necesidades imperiosas* (STS Sala 1ª 16 enero 2002 .( RJ 2002, 8), Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi- 2002, Nro. 8) .REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, ÁLVAREZ LATA, Natalia, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, MENDOZA LOSADA, Ana I., PEÑA LÓPEZ, Fernando, "*Código de Responsabilidad Civil*", Op. Cit., pág. 135.

experimentados en la sociedad y en la economía, por lo que, la jurisprudencia va progresivamente virando hasta asentar un principio de responsabilidad objetiva fundado en la “teoría de riesgo”.<sup>744</sup> Ello se observa en innumerables sentencias en las que opta por la responsabilidad *cuasi objetiva* en materia de daños a consecuencia de actividades altamente riesgosas como las nucleares, o marcando pautas respecto a los daños que ocasiona la industria, así la indemnización debida se debe dar prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva. Así, también, en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo español<sup>745</sup>, se establece que en los daños que ocasiona la industria la indemnización debida se debe dar prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva. Por lo que, la corriente jurisprudencial española, está marcando el avance de la Responsabilidad Civil por el daño ambiental hacia la responsabilidad objetiva.

En efecto, el análisis de la jurisprudencia española permite extraer contundentes pronunciamientos. Con la observación además de que en las más recientes sentencias el TS ni siquiera acude ya a la argumentación propia de los supuestos de “riesgo creado”, sino que extiende su doctrina a prácticamente todos los daños<sup>746</sup>. Por lo que, aun cuando el citado artículo 1902° del Código Civil español sigue la doctrina de la culpa, esto es, sigue al sistema subjetivo de responsabilidad, en puridad la jurisprudencia va cimentando el sistema objetivo de responsabilidad. Tal como se observa, la tendencia del derecho español es alentador pues poco a poco, se está marcando el avance de la responsabilidad civil objetiva por el daño ambiental. Ello, se debe a que el Tribunal Supremo español, impulsado por la doctrina, y movido por razones de carácter ético y de contemplación de nuevas realidades sociales, ha evolucionado sensiblemente en sus criterios, hasta llegar a formular prácticas que de manera radical se aparten de las primitivas posiciones.

Tal estado de cosas, ha exigido por parte de la legislación española una evolución, pues se observa en los últimos tiempo que no obstante que la legislación va decantándose de manera significativa hacia la responsabilidad objetiva, con la dación de la Ley de Responsabilidad Ambiental 16/2007 de fecha 23 de octubre; esta norma unida a las demás establecidas en los sistemas sectoriales de responsabilidad, las

---

<sup>744</sup>El artículo 1902° de C.C., exponente máximo de la responsabilidad extracontractual y el artículo 1908° del C.C., ceñido a una serie de actividades peligrosas o nocivas que ofrecen algún tipo de riesgo susceptible de afectar al medio ambiente parten de un régimen de responsabilidad subjetiva basado en las ideas de culpa de causa. GOMIS CATAIA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>745</sup> La doctrina jurisprudencial española, precisa, que el ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad ajena, ya que según autorizada opinión, el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que le autorice para reprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por lo contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los precios vecinos, *indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva*. (STS -ESPAÑA – Responsabilidad Objetiva. STS 12 de diciembre de 1980). CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o Cosas a Consecuencia de la Alteración del Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Op. Cit., pág. 204.

<sup>746</sup> Los nuevos rasgos de la responsabilidad civil pueden describirse así: sólo citaremos lo referente al daño ambiental: a) presunción de la culpa; b) cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su propia diligencia es la llamada “expansión de la apreciación de la prueba”; c) no basta con el cumplimiento de reglas y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo- porque de hecho el daño se ha producido- se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia; d) también una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables, cuando la gente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencia de sus actos; e) aplicación rigurosa del art. 1.104 CC. Al dominio de la responsabilidad extracontractual, en el sentido de exigir al agente, no una diligencia simple, sino la que corresponda a las circunstancias de la persona, en tiempo y el lugar. SIERRA GIL DE LA CUESTA, TGNACIO, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, T.I. Edit. BOSH. S.A., BARCELONA, 2008, pág. 129-134.



normas objetivas del Código Civil y asimismo la influencia de la doctrina moderna en materia de responsabilidad ambiental, asimismo, unido a la evolución de la jurisprudencia, es evidente que se observa una creciente evolución que viene inclinándose a reconocer la responsabilidad objetiva<sup>747</sup>, fundada en la mera creación de peligros para la comunidad, y prescindiendo de la culpa del responsable. Así REGLERO sostiene que, en la doctrina española, la conclusión que puede extraerse de todas ellas es que, ya desde muy temprano los autores españoles se mostraron receptivos a las corrientes objetivadoras y a la instauración de un sistema objetivo de responsabilidad en determinados sistemas y con ciertas limitaciones, aunque algunos no han podido desvincularse plenamente del elemento de la culpa<sup>748</sup>. Por lo que, con ocasión de los daños ecológicos, señala DIAZ-AMBRONA, refiriéndose al derecho español, hoy día se están invirtiendo los términos en el sentido de dejar paso a la llamada responsabilidad objetiva.

El referido sistema no es ajeno a dicha corriente, contando incluso con diversas leyes específicas expresivas de tal tipo de responsabilidad (por ejemplo, en materia de daños nucleares)<sup>749</sup>. De ese mismo parecer es SIERRA, pues acota que, en el derecho español, al igual que en el de otros países, la fórmula de la responsabilidad objetiva se ha ido implantando en ciertos sectores de la actividad, caracterizada por su intrínseca peligrosidad<sup>750</sup>. El fundamento se centra en que es una aspiración en la evolución del derecho moderno que el hombre debe responsabilizarse de todo daño, incluso del no culpable, especialmente en los casos de daños ambientales. Y ello porque España, como todos los países del orbe, no es ajena a la problemática del daño ambiental,<sup>751</sup> lo que ha determinado la evolución en positivo del derecho civil, realidad que amerita una evaluación del sistema de responsabilidad civil por el daño ambiental.

---

<sup>747</sup> i) No es cierto que la teoría de la responsabilidad objetiva allá quedado trasnochada y allá sido abandonada por los juristas, sino que, al contrario, es una aspiración en la evolución del derecho moderno que el hombre responsabilizar de todo daño, incluso del no culpable, hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos progresivos- teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico, o de la causalidad. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo*”, Op. Cit., pág. 42-43; ii) la doctrina jurisprudencial, denuncia que violación del inciso 4, del 1908 del Código Civil español, determina la responsabilidad de los propietarios como consecuencia de los daños ocasionados por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen, lo cual evidentemente, *es índice de una responsabilidad objetiva*. (TS- 28-6-1979) (TS- 28-6-1979)-Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1979, Cit. Por GARCIA GIL, Francisco Javier, “*El Daño Extracontractual y su Reparación - Tratamiento Jurisprudencial*”, *El Daño Extracontractual y su Reparación. Tratamiento Jurisprudencial*”, Editorial Dilex, S.L., 2000, Madrid, pág. 631.

<sup>748</sup> REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 182-188.

<sup>749</sup> DIAZ – AMBRONA BARDAJI, DOLORS, “*Derecho Civil Comunitario*”, Op. Cit., pág. 468-469.

<sup>750</sup> En los riesgos nucleares – el más reciente de los peligros tecnológicos que se ciernen sobre la sociedad- *han sido sometidos a los esquemas de la responsabilidad objetiva*. Con la observación, además, de que en este caso el legislador no sea recatado en el uso de expresiones técnicamente tan discutible. En efecto, el art. 45° de la ley 29-IV-64 (Ley de Energía Nuclear) establece: “El explotador de una instalación que produzca o trabaje con materiales radioactivos o que cuentan con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. *Esta responsabilidad será objetiva* y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente ley. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado De Responsabilidad Civil*”, T.I. EDIT. BOSH. S.A., BARCELONA, 2008, Op. Cit., pág. 149-157.

<sup>751</sup> El caso español. Una situación biogeografía que propicia la diversidad (...), no es óbice para la presencia simultánea de graves situaciones de degradación de todo tipo en muchas áreas, y la persistencia de un cierto laxismo en la normativa o en su aplicación (...); la sobre explotación de acuíferos subterráneos. La extracción de agua de los acuíferos subterráneos por encima de su recarga es otro efecto generalmente vinculado a la agricultura intensiva; (...). Contaminación difusa de la agricultura intensiva, si bien restringidos a las zonas concretas, no necesariamente pequeñas, donde se aplica: su carácter difuso la dota de una difícil prevención y tratamiento. (...) El atávico problema de la erosión, afecta gravemente a las regiones surorientales de la península a causa de unas lluvias escasas e irregulares y de un uso intensivo del suelo. La deposición de residuos; la deposición de residuos. GÓMEZ OREA, Domingo, “*Evaluación del Impacto Ambiental un Instrumento Preventivo para la Gestión Ambiental*”, Op. Cit., pág. 68-71.

En esa línea de análisis, la promulgación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre<sup>752</sup>, la misma que responde a la implementación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, es una ley que representa avance normativo importante para el derecho español, y un referente importante para el derecho peruano, en la búsqueda de la objetivización de la responsabilidad ambiental. Pues desde el preámbulo de la misma, se afirma que incorpora al ordenamiento jurídico español un *régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado*, implicando que la obligación del operador responsable es la *reparación integral del medio ambiente*, esto es con sistema en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras.<sup>753</sup> Sin duda alguna, esta norma representa un hito en la legislación española en materia de responsabilidad ambiental, pues ha optado por una responsabilidad ambiental objetiva e ilimitada, la misma que repercutirá de manera positiva en la protección del medio ambiente. Es el artículo 3<sup>754</sup> de Ley 26/2007, como precisa MARTÍN, el que da un tratamiento jurídico diferenciado, a aquellos supuestos en los que el operador responsable realice cualquiera de las actividades económicas o profesionales incluidas en el anexo III de la Ley y a los supuestos en los que el operador no esté incluido en el citado anexo.<sup>755</sup> Determinado en cada caso, cuando se aplica la responsabilidad objetiva, dentro del marco de las obligaciones le sean exigibles al operador de la actividad, así en el inciso 1 del artículo 3, establece que la ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, *aunque no exista dolo, culpa o negligencia*, tal como se aprecia, se trata del establecimiento de la respetabilidad objetiva, para las actividades previamente establecidas por la misma ley.

Al respecto ALVAREZ LATA, respecto a la responsabilidad objetiva para los operadores del anexo III, sostiene que el modelo español plantea que, ante la acusación de un daño medioambiental, responde de manera objetiva el operador de cualquiera de las actividades económicas o profesionales del anexo III. Ello determina que, independientemente de la existencia de culpa, negligencia o dolo, la LRM le obliga a adoptar las medidas de prevención y evitación de nuevos daños (art. 17 LRM) y las medidas de reparación del daño efectivamente causado (art. 19 LRM). El operador que no realice las actividades del anexo III responde de la adopción de las medidas de prevención y evitación de nuevos daños (art.17 LRM), sin que para ello haya de incurrir en dolo o negligencia; lo cual determina que cualquier actividad

---

<sup>752</sup> Véase, “*Código de Medio Ambiente*”, Edición preparada por LUCIANO PAREJO Alfonso, Op. Cit., pág. 53.

<sup>753</sup> PREAMBULO DE LA LEY

<sup>754</sup> Ley 26/2007, de 23 de octubre. Responsabilidad Medioambiental

Artículo 3; Ámbito de aplicación: 1. Esta Ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que un actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo. 2. Esta Ley también se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III, en los siguientes términos: a) Cuando medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación. b) Cuando no medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención y de evitación. 3. Esta Ley sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos. 4. PAREJO ALFONSO, Luciano, “*Código De Medio Ambiente – Ley 26/2007, Responsabilidad Medioambiental*”, 9ª Edición; Editorial Aranzadi S.A., España, 2011, Pág 62.

<sup>755</sup> MARTÍN FERNANDEZ, Jacobo; “*Prevención, Evitación y Reparación de Daños Ambientales*”; en Lozano Cutanda, Blanca; “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”; Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2008, Pág. 301.

económica o profesional está sometida al mismo régimen en puntos a la prevención y evitación de daños medioambientales (art.17 LRM)<sup>756</sup>. Tal como se observa, se trata de un avance positivo que ha dado la legislación española, al consagrar un régimen de responsabilidad objetiva para los daños ambientales, para un grueso de actividades económicas o profesionales, especificadas en el Anexo III de la LRM, por lo que constituye en referente a seguir, más aún si la responsabilidad establecida es de naturaleza ilimitada, pues obliga al operador responsable, a reparar el daño ambiental de manera integral, lo que implica que deberá restaurar los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes, que las acciones preventivas o reparadoras asciendan, en este aspecto, estamos frente a una de las pocas normas, que establecen la reparación ilimitada del daño ambiental, aspecto en el que es una referente obligatorio para el derecho peruano en materia de responsabilidad ambiental.

En esa misma línea de análisis, corresponde analizar la problemática de la responsabilidad dual en el sistema de responsabilidad ambiental, en el derecho latinoamericano, y sus influencias en el derecho peruano, con especial énfasis el sistema de responsabilidad ambiental colombiano y argentino. En principio se observa que la regla general de responsabilidad tiene cabida la responsabilidad subjetiva, y de manera excepcional la responsabilidad objetiva. Ejemplo de ello es el sistema de responsabilidad ambiental colombiano, hay consenso en la doctrina en señalar la importancia que tiene la responsabilidad civil como mecanismo de reparación del daño ambiental, sosteniendo con propiedad que “la formulación de una política ambiental que no contemple un principio general en materia de responsabilidad civil carece de un instrumento fundamental para hacer efectivos los postulados que propone”<sup>757</sup>, al respecto, corresponde evaluar el eco de dicho clamor doctrinario, en el derecho colombiano. Se observa que, el sistema de responsabilidad civil colombiano ha optado también por la dualidad en cuanto al factor de atribución de responsabilidad, en contravención a lo que “la Constitución impone al legislador en el artículo 88° sobre la regulación de la responsabilidad civil objetiva en caso de afección a los derechos e intereses colectivos”<sup>758</sup>. Sistema regulado en el artículo 2341 del Código Civil, que establece que el que ha inferido daño a otro con culpa o dolo, está obligado a la indemnización. Por lo que el sistema colombiano opta como regla general el sistema subjetivo y como excepción el sistema de responsabilidad

---

<sup>756</sup>El incumplimiento de los deberes relativos a estas medidas de reparación enerva para el operador de cualquier actividad económica o profesional la imputación de los costes de reparación de manera objetiva, lo cual determina que, también en esta hipótesis, el operador de cualquier actividad responderá de forma objetiva (art. 19.2 II LRM), ésta es la modificación a la que me refería. Debido al carácter de mínimos de la Directiva 2004/35/CE, que en este punto determina que los Estados miembros tienen la opción de repercutir el daño a los agentes en más supuestos, alterando el régimen de responsabilidad que se diseña la norma comunitaria, la LRM ha hecho valer esta baza, y, siguiendo básicamente el esquema de la Directiva, refuerza el carácter objetivo del sistema al dar entrada, en ciertos casos, a la responsabilidad sin culpa de operadores que no realicen actividades económicas. ÁLVAREZ LATA, Natalia, “Notas a algunas reglas de la responsabilidad medioambiental” Revista Cuadrimestral de Derecho del Ambiente, Anno 2011 / Numero 2, G. Giappichelli editore, pág. 8-9, file:///F:/numero2\_2-1\_Alvarez\_Lata.pdf.

<sup>757</sup> De nada sirve que se consagren pomposamente en la ley principios como los establecidos en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, en virtud de los cuales “la biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible”; o la consagración del derecho fundamental a gozar de un ambiente sano, según el cual “las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”, SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “Estudios de Responsabilidad Civil”, Op. Cit., pág. 98-99.

<sup>758</sup> Colombia requiere una legislación expresa en materia de responsabilidad por daño al ambiente, que abandone el fundamento tradicional de la culpa del causante del daño y pase a ser una responsabilidad civil objetiva, movida por el principio “contaminador-pagador”. Dicho avance legislativo debe procurar obtener, por vía de la responsabilidad civil, la reparación de lo dañado, o su restitución al estado en que se encontraba, *reductio in pristinum*, y la compensación de los daños sufridos por los terceros perjudicados. PARRA HERNÁNDEZ, Gabina, RODAS MONSALVE, Julio César, “Introducción al régimen de responsabilidad por el manejo y disposición final de residuos en Colombia”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estudios del Ministerio Público, Primera Edición, 2000 – Reingreso 2005, Bogotá – Colombia, pág. 298 – 302.

objetivo, el mismo que rige para las actividades peligrosas. Es así como en el artículo 2356° del C.C.<sup>759</sup> colombiano consagra el principio general según el cual quien ejerce una actividad peligrosa y con ella causa un daño es responsable, a menos que demuestre que el daño es imputable a una causa extraña. Y por otro lado el artículo 669° del C. C, que define el derecho de dominio, opta además por normar el *factor de atribución objetiva* del propietario que, usando o gozando la cosa, causa daño a un tercero. Por lo que, el código civil establece un sistema dual de responsabilidad. El símil del artículo del artículo 2356° del C.C colombiano<sup>760</sup>, lo encontramos en nuestro sistema de responsabilidad en el artículo 1970<sup>761</sup> del Código Civil que opta por establecer la responsabilidad objetiva, para las actividades *riesgosas o peligrosas*, bastando con acreditar el daño causado y la relación de causalidad, para que nazca la obligación legal de indemnizar a cargo del autor de la conducta dañosa. Ambas normas representan un avance en la implementación del sistema de responsabilidad objetivo en ambos sistemas de responsabilidad, en materia ambiental.

Un avance importante en el derecho colombiano, de manera similar a la Ley Española de Responsabilidad ambiental Ley 26/2007, es la emisión de la Ley colombiana 23 / 1973, Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, conocido también como Código Ambiental, el cual establece la regla que cuando el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de normas administrativas, establecidas en la citada norma, se opta por una *responsabilidad objetiva*. SARMIENTO, precisa que con la emisión de la Ley 23 / 1973, existe un “nuevo derecho colombiano de responsabilidad civil, con base en la *teoría objetiva* y que está edificado sobre el principio fundamental de proteger los intereses de las víctimas”<sup>762</sup>. Ciertamente, existe un cambio fundamental, pues es un régimen que ha consagrado un sistema objetivo de responsabilidad, en virtud del cual el elemento culpa no es factor determinante de la responsabilidad<sup>763</sup>. La mayoría de la doctrina colombiana sostiene que, si bien la Ley 23 / 1973 consagra un régimen objetivo de responsabilidad, sólo ha tenido una vigencia de carácter formal y no real<sup>764</sup>. Así, autores como GONZALES, sostienen que la Ley 23/1973, atenuó el sistema subjetivo de responsabilidad,

---

<sup>759</sup> i) Código Civil colombiano: i) Artículo 2341: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.; ii) Artículo 2356°: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche 3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma.Articulo.669>. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma>

<sup>760</sup> i) Código Civil colombiano: Artículo 2356° Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche 3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma>.

<sup>761</sup> Este artículo es concordante con el art. 1970, del Código Civil Peruano de 1984, que establece: “aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Código Civil, Jurista Editores, Lima Perú, abril 2015, pág. 414.

<sup>762</sup> Quienes resultaban completamente desamparadas bajo el sistema subjetivo de responsabilidad, que las obligaba a probar la culpa del agente, lo que en la mayoría de los casos se convertía en una misión imposible, una especie de prueba diabólica que impedía la reparación de los perjuicios y daba lugar a una situación de total impunidad. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “*Estudios de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 102.

<sup>763</sup> SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “*Estudios de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 102.

<sup>764</sup> SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “*Estudios de responsabilidad civil*”, Op. Cit., pág. 99-102.

que, con la adopción de la presunción de culpabilidad, excluye la culpa en la responsabilidad<sup>765</sup> y además invierte la carga de la prueba en el artículo 16 de la anotada ley<sup>766</sup>. Unido a la implementación de la responsabilidad objetiva. Ahora bien, lo más rescatable, como referente para el sistema peruano, es que para la Ley 23/ 1973 *el Estado será responsable por ejercer acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente*, y por tanto debe responder por los daños ocasionados, así como define la responsabilidad de los particulares<sup>767</sup>. Es una de las pocas normas que existen en donde de manera específica se le responsabiliza al Estado de realizar acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente, responsabilidad que se hace extensiva a los agentes contaminantes particulares, quienes serán sujetos de responsabilidad cuando por sus acciones generen contaminación, detrimento del medio ambiente, daño o uso inadecuado de los recursos naturales.

En el derecho argentino, igual que el sistema peruano y colombiano, si bien se viene orientando hacia la responsabilidad objetiva, también establece se un sistema mixto de responsabilidad, aplicándose un régimen general del Código Civil, y algunas leyes especiales sobre medio ambiente; las mismas que optan tanto por el sistema subjetivo y el objetivo. Así, por un lado, el Código Civil argentino establece, la responsabilidad por culpa en el art. 1109, en el sentido que, para determinar la responsabilidad del agente contaminante, debe establecerse en principio si se actuó con culpa o negligencia, caso contrario si no se advierte dicha situación de hecho, no se está obligado a la reparación del daño ambiental. No obstante, en el mismo Código Civil, el artículo 1113, opta por la *responsabilidad objetiva* y demás normas concordantes<sup>768</sup>, asumiendo a su vez la *teoría del riesgo de la cosa*.<sup>769</sup> El citado artículo 113 del CC argentino<sup>770</sup>, se orientó hacia la responsabilidad objetiva del causante del daño, el mismo que resulta aplicable a los casos de responsabilidad civil por daño ambiental causados por el dependiente, cuidador, guardián, dueño, de las cosas. Por lo que, está presente el *factor objetivo* de responsabilidad civil en los casos en que el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa y además sólo se eximirá total o parcialmente la responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero. Y además, del artículo

---

<sup>765</sup>GONZALES VILLA, Julio Enrique, “*Derecho Ambiental Colombiano*”, Tomo I, Op. Cit., pág. 158.

<sup>766</sup>Artículo 16°-ley 23 de 1973: “El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma>.

<sup>767</sup> AMAYA NAVAS, Oscar Darío, “*Marco Legal en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente en Colombia – Una propuesta normativa*”, En: “*Responsabilidad civil por daño al medio ambiente*”, Editorial Cordillera S.A.C., Primera edición: agosto de 2000; reimpr.: noviembre del 2005, impreso en Perú, Perú, pág. 24-25.

<sup>768</sup>Código Civil Argentino. *Artículo 1109*: “todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro”; *Artículo 2618 del CC*.- las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias”. VALLS, Mario, “*Temas de Derecho Ambiental*”, En: “*Responsabilidad Ambiental*”, GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (compilador), Editor: Fundación Editorial Belgrano, Buenos Aires - Argentina, 1999, pág. 193 – 195.

<sup>769</sup>Los proyectos de reformas, a partir del año 1987, han propiciado incorporar también la idea de actividad riesgosa. ALTERINI, Atilio A., “*Responsabilidad Civil Ambiental*”, GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (compilador), “*Responsabilidad Ambiental*”, Op. Cit., pág. 70-72.

<sup>770</sup>Código Civil Argentino: artículo 1113: “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”. [www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccarg/codciv.htm](http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccarg/codciv.htm).

1970 del Código Civil peruano es igual al artículo 1113 del Código Civil argentino<sup>771</sup>, el mismo que también opta por la *responsabilidad objetiva*, artículo aplicable a los casos de responsabilidad civil por daño ambiental, causados por el dependiente, cuidador, guardián, dueño, de las cosas, también está presente el *factor objetivo* de responsabilidad civil, en los casos en que el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, pues sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero. Tal como ya los advertimos, el derecho argentino, al igual que el derecho peruano se va orientando a propiciar la idea de actividad riesgosa y a través de ella a la implementación de la responsabilidad por riesgo.

Asimismo, la Ley argentina 25675<sup>772</sup>, sobre responsabilidad civil ambiental; de manera similar a la LGA peruana, opta por un sistema dual de responsabilidad, normando la responsabilidad subjetiva y también la responsabilidad objetiva en el artículo 28, y por su parte, el artículo 29 establece la exención de responsabilidad basada en la culpa de la víctima o de un tercero. Por lo que, el sistema de responsabilidad por el daño ambiental argentino reconoce la responsabilidad por el daño ambiental en atención a los clásicos factores de atribución, es decir el dolo, la culpa y adicionalmente el que se funda en el riesgo creado, que sería un tipo de responsabilidad objetiva<sup>773</sup>, haciéndose necesario, un cambio de legislación, en donde se decante hacia la responsabilidad objetiva adecuada a la naturaleza del daño ambiental. En este aspecto, es similar al sistema peruano de responsabilidad ambiental, toda vez que por un lado establece un sistema dual de responsabilidad civil con aplicación del Código Civil de 1984, para actividades riesgosas y peligrosas (artículo 1970) y un Sistema Subjetivo de Responsabilidad Civil para actividades no riesgosas, ni peligrosas( artículo 1969) y en la Ley General del Ambiente 2006 (LGA)<sup>774</sup> responsabilidad subjetiva para los casos en que las actividades ambientales no son ni riesgosas, ni peligrosas; y la aplicación del sistema objetivo de responsabilidad civil para actividades riesgosas y peligrosas. Sistema de responsabilidad que en responsabilidad en materia de responsabilidad ambiental es inadecuado para la reparación del daño ambiental, pues deja a merced del factor de atribución, basado en el dolo o la culpa, un grueso de actividades que aun no siendo peligrosas o riesgosas pueden ocasionar daños ambientales. Por lo que, en puridad, no constituye un referente para el derecho peruano, toda vez que ambos sistemas de responsabilidad son similares, y en ambos casos a diferencia del sistema de responsabilidad español y colombiano, no se advierte que hayan evolucionado en la misma proporción que dichos sistemas de responsabilidad ambiental.

---

<sup>771</sup>Código Civil argentino: *artículo 1113*: “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”. [www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm](http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm).

<sup>772</sup>Ley Argentina sobre responsabilidad ambiental 25675: *artículo 28* establece que “el que cause el daño ambiental será *objetivamente responsable* de su restablecimiento al estado anterior a su producción”; *artículo 29*: “la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haber adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar *culpa concurrente* del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”. VALLS, Mario, “*Temas de Derecho Ambiental en Responsabilidad Ambiental*”, pág. 193 – 195.

<sup>773</sup>La responsabilidad por el daño ambiental reconoce múltiples factores de atribución. Cuando haya participado actividad de las cosas, la responsabilidad se fundará en el riesgo creado (...). Sin perjuicio de la responsabilidad por culpa o dolo del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa. PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los Principios de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en Argentina en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 268.

<sup>774</sup>Ley general del ambiente del 2006, en adelante LGA, “*Ley General del Ambiente*”. Edición Oficial, 1 era Edición, Lima 2006, pág. 140.

La doctrina argentina es consciente de la falta de evolución legislativa en esta materia, precisando que el derecho argentino está anquilosado en los clásicos factores de atribución, es decir, el dolo, la culpa y adicionalmente el que se funda en el riesgo creado, que sería un tipo de responsabilidad objetiva, por lo que, la responsabilidad por el daño ambiental reconoce múltiples factores de atribución. Sin perjuicio de la responsabilidad por culpa o dolo del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa<sup>775</sup>. Tal como se observa, se trata de un sistema, que responde a dos criterios, de factor de atribución, el sistema subjetivo, y el criterio objetivo. No obstante, PARELLADA, sostiene que la responsabilidad derivada del riesgo de la cosa puede encontrar una dificultad en el hecho de que normalmente lo que causa la contaminación es el humo o los olores, y ellos no constituyen propiamente cosas que estén bajo la guarda del propietario o del guardián de las cosas que los producen<sup>776</sup>. Por lo que, es la doctrina jurisprudencial la que, en estos casos, viene aplicando el criterio de la responsabilidad objetiva, y así se ha resuelto: la polución realizada mediante intervención de las cosas comprende los supuestos de responsabilidad por riesgo o vicio; en donde resulta aplicable el artículo 1113 del C. C. y con él la doctrina del riesgo creado<sup>777</sup>. Así, la doctrina jurisprudencial argentina, en esta materia de la responsabilidad ambiental, se va orientado hacia la responsabilidad objetiva<sup>778</sup>, salaudable tendencia de los Tribunales, quienes en el momento de administrar justicia en los casos sobre la reparación de daños ambientales, vienen optando por lo más justo para el medio ambiente, optimizando al máximo la doctrina, las normas, y los precedentes jurisprudenciales con el fin de lograr la responsabilidad de los agentes contaminantes.

De todo lo anotado, se constata que los sistemas duales de responsabilidad están en tránsito a implementarse como sistemas objetivos, unos con más énfasis que otros, así el sistema de responsabilidad ambiental español y colombiano, van camino a ese objetivo, no así el derecho peruano, situación que amerita una ardua labor por parte del legislativo, a fin de lograr en un futuro la objetivización del sistema peruano de responsabilidad ambiental. Siguiendo a REGLERO, algunos defensores de la culpa no dejan de reconocer una cierta virtualidad a los postulados de la responsabilidad objetiva en determinados sectores, si bien consideran que eran campos residuales en un sistema en la que la regla general es la culpa. Otros por el contrario sostienen que incluso en aquellas hipótesis en que se decía imperaba la responsabilidad objetiva, no había en realidad más que un sistema sustentado en la culpa, si bien ésta era

---

<sup>775</sup> PARELLADA, Carlos Alberto, *“Los Principios de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en Argentina en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 268.

<sup>776</sup>En efecto, el artículo 1133° del C. C. preveía la responsabilidad del propietario por la "humareda excesiva de horno o fragua sobre las casas vecinas", las "exhalaciones de cloacas o depósitos infectantes" y la "humedad en las paredes". (...) Fue también la opinión vertida en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983) en donde se sostuvo: Sin perjuicio de la responsabilidad por culpa o dolo del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113°, 2a parte, C. C) PARELLADA, Carlos Alberto, *“Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina”*, En: *“Responsabilidad por daños al medio ambiente”*, Op. Cit., pág. 270-272.

<sup>777</sup>La doctrina entiende que la norma del artículo 1113° del C. C. argentino, comprende aún a las actividades riesgosas, aunque no exista la intervención causal de cosas, el factor de atribución es el riesgo creado y no exige la participación activa de una cosa en el proceso causal del daño. También esta disputa finalizará si logra sanción el proyecto de Código Civil de 1998, pues la norma proyectada establece la aplicación de los artículos 1662° (cosa riesgosa), 1663° (comprensiva de residuos industriales actual o potencialmente peligrosos y radiactivos), 1665 (actividades especialmente peligrosas) y 1673° (actividad peligrosa de grupos), estableciendo el factor riesgo creado. Como contrapartida se establece la limitación cuantitativa de la responsabilidad por riesgo para los tres primeros casos. PARELLADA, Carlos Alberto, *“Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina”*, En: *“Responsabilidad por daños al medio ambiente”*, Op. Cit., pág. 270-272.

<sup>778</sup>PARELLADA, Carlos Alberto, y otros, *“Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina”*, *“Responsabilidad por daños al medio ambiente”*, Op. Cit., pág. 270-272.

presumida de forma absoluta, esta última idea constituye una evidente ficción<sup>779</sup>. Por lo que, la regulación de la responsabilidad por daños al medio ambiente en la mayoría de ordenamientos se encuentran en tránsito hacia el régimen de responsabilidad objetiva, bajo el argumento que la “responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva no deben reducirse a posiciones absolutas”<sup>780</sup>. Por lo que, esta última tendencia, es la que se encuentra mayormente en el derecho comparado en materia de responsabilidad civil ambiental.

De todo lo anotado, el sistema peruano de responsabilidad ambiental, en relación a los diversos sistemas de responsabilidad del ámbito europeo, en especial en relación el derecho español, así como en el ámbito latinoamericano, en particular en relación al derecho colombiano; demuestra una profunda crisis en la elaboración jurídica, que va más allá que el simple paso del sistema subjetivo o de culpa al sistema objetivo. Ello porque el sistema jurídico de responsabilidad peruano, no ha legislado la teoría de riesgo de manera específica en el sistema de responsabilidad establecida en la LGA, ni tampoco en el Código Civil de 1984. justificando su aplicación sólo para determinados ámbitos socioeconómicos generadores de mayores riesgos o peligros, aplicándose el criterio de culpa, para los demás supuestos de responsabilidad, pues insiste en establecer como regla general de responsabilidad para estos casos la responsabilidad subjetiva, y sólo excepcionalmente para las actividades riesgosas y peligrosas el sistema objetivo de responsabilidad.

Por lo que, el sistema peruano de responsabilidad ambiental, de naturaleza mixta respecto a los factores de atribución de responsabilidad, es incoherente en sí mismo, pues los agentes contaminadores siempre van a tener la posibilidad de defenderse recurriendo al sistema que más les beneficie, que obviamente será el sistema subjetivo de responsabilidad, en donde una vez acreditada la debida diligencia, es suficiente para evadir la reparación de un daño ambiental. Dos respuestas totalmente opuestas para un mismo hecho, obviamente no es un sistema eficaz de responsabilidad, y va en beneficio de los agentes contaminadores, que tendrán la posibilidad de defenderse recurriendo al sistema que más les beneficie, que es el sistema subjetivo de responsabilidad.

Este es el panorama en donde lo que prima es la incertidumbre jurídica, pues al yuxtaponer factores de atribución de culpa, dolo y por otro lado objetivo de riesgo, permite corroborar la tesis consistente de la inadecuación del sistema dual de responsabilidad ambiental, establecido en el derecho peruano, pues emula sistemas de responsabilidad civil ambiental de países europeos, en especial al sistema español, italiano, el francés y también se rige por los sistemas de derecho latinoamericano, como el argentino, colombiano y mexicano, los mismos que no han podido desvincularse del elemento de la culpa para determinar la responsabilidad del agente contaminante, problemática que justifica un cambio legislativo, a fin de superar esta ambigüedad normativa, a través de la construcción teórica de un sistema moderno de responsabilidad objetivo por el daño ambiental, que permita encarar con eficacia la reparación del mismo.

En ese sentido, PARRA precisa que “la objetivación de la responsabilidad en materia ambiental se adapta especialmente a las características del daño ecológico y presenta amplias ventajas, por cuanto simplifica el establecimiento de la responsabilidad, incita a una mejor gestión de los riesgos y proporciona

---

<sup>779</sup> REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 182-188.

<sup>780</sup> Ya que no se trata de erradicar el criterio de la culpa del campo de la responsabilidad extracontractual, como pretenden los partidarios del denominado principio de la pura casualidad, sino de sustituirlo por otro en aquellos ámbitos en lo que, por las razones que fuere, aquel criterio resultaba insuficiente para alcanzar determinados objetivos sociales. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 182-188.



certidumbre jurídica a las empresas sujetas a este sistema”<sup>781</sup>, más aun si se tiene en cuenta que el daño ambiental, golpea tanto a la comunidad internacional, y más aún, a los países latinos considerados por los científicos ambientalistas como altamente vulnerables al daño ambiental, y por tanto, debe optar por una mejor protección jurídica frente a la reparación del daño ambiental.

De allí la importancia de que la jurisprudencia en casos concretos está evolucionando a favor de la responsabilidad objetiva, como acertadamente lo viene haciendo la jurisprudencia española, argentina, inglesa, en donde se va estableciendo que la persona es *prima facie* responsable de todo el daño que ocasione al medio ambiente por el uso de su propiedad; tendencia sumamente relevante, para el avance de la responsabilidad por los daños ambientales. En tal sentido, el principio Napoleónico, según el cual no hay responsabilidad sin culpa, ha perdido vigencia, pues la problemática ambiental se ha agudizado en los últimos tiempos por el avance de la tecnología. Siendo así, se hace necesario responder de manera eficaz a los daños ambientales, y por tanto urge que los ordenamientos jurídicos establezcan que los agentes contaminantes sean responsables de reparar el daño sin necesidad de justificar la culpa del agente.

El problema es que hay resistencias a nivel doctrinario y legislativo, fundamentado principalmente en que la responsabilidad objetiva es más perjudicial que una responsabilidad por culpa, en razón a que la misma al omitir toda referencia a la culpabilidad o no del agente, le convierte a éste en menos diligente,<sup>782</sup> quedando atenuada la función previsor de la responsabilidad civil, puesto que si los contaminadores potenciales saben que habrán de responder del daño en cualquier caso, con independencia de que en su causación hayan tenido culpa o no, relajaran su cuidado y su cautela al carecer del comentado incentivo. El asunto, es que no se ha tomado en cuenta, que la responsabilidad civil tiene un fin eminentemente reparatorio más que de previsión de los daños ambientales, tarea que corresponde más al derecho público que al derecho civil.

### **2.3.-La inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad del agente del daño ambiental**

Un hecho que merece destacarse como positivo dentro de la tendencia de superar el sistema subjetivo de responsabilidad ambiental y en busca de lograr la objetivación de la responsabilidad civil por el daño ambiental, en favor de lograr la reparación de los daños ambientales, es el uso de la institución consistente en la inversión de la carga de la prueba. Al respecto DEVIS ECHANDIA sostiene que la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, y para que sirvan de fundamento a sus pretensiones<sup>783</sup>. Por lo que, la carga de la prueba no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudicaría por su falta de prueba.

La mayoría de sistemas de responsabilidad civil, entre ellos el sistema peruano, optan por la institución jurídica de la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, a través del cual, se favorece a las víctimas, liberándolas de la tarea de demostrar la culpabilidad del autor, correspondiendo al responsable

---

<sup>781</sup> Para que un sistema de responsabilidad objetiva pueda funcionar con eficacia deben establecerse una serie de definiciones bien precisas, por cuanto van a determinar el campo de aplicación del sistema de responsabilidad. (...) En efecto, para que pueda actuar la responsabilidad civil deben reunirse determinadas condiciones. Por ejemplo, si no se ha podido establecer un nexo causal entre el daño y el responsable, el mecanismo de la responsabilidad resulta inoperante. PARRA HERNÁNDEZ, Gabina, RODAS MONSALVE, Julio César, “Introducción al régimen de responsabilidad por el manejo y disposición final de residuos en Colombia”- “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 399.

<sup>782</sup> DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Dolores y otros, “Derecho Civil Comunitario”, Op. Cit., pág. 468.

<sup>783</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Teoría General de la Prueba Judicial”. Op. Cit., pág. 427

del daño ambiental, probar su ausencia de culpa, con el fin de poder liberarse de su responsabilidad<sup>784</sup>. Tal opción legislativa, se basa en la dificultad de probar la culpabilidad del autor del daño, por parte de la víctima.

En materia de responsabilidad ambiental, la doctrina moderna y la mayoría de sistemas jurídicos, han considerado que es conveniente establecer las presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, en contra del autor del daño ambiental. De tal manera que, la inversión de la carga de la prueba del dolo o culpa del agente contaminante en la comisión del daño ambiental, libera a la víctima del mismo a asumir dicha carga probatoria, constituyendo un avance del derecho civil moderno, que contribuye de manera positiva a la objetivización de la responsabilidad ambiental. Esta institución constituye una aproximación al sistema objetivo<sup>785</sup>. Así en el derecho peruano, fluye claramente la inversión de la carga de la prueba en el artículo 1969° del Código Civil<sup>786</sup>, en donde el descargo de falta de dolo o culpa en la conducta dañina al ambiente corresponde al agente contaminante,<sup>787</sup> presumiéndose la culpabilidad del autor del daño ambiental, aliviando a la víctima de demostrarla en juicio. Así, la regla general de responsabilidad que acoge el Código Civil peruano, en el artículo 1969, es el sistema subjetivo de responsabilidad, basado en el dolo o culpa, por lo que, el que causa un daño ambiental está obligado a indemnizar a la víctima, no obstante, la misma norma establece que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor, esto es al agente contaminante.

Es necesario precisar que la regla general de responsabilidad basada en el dolo o culpa, se limita al invertirse la carga probatoria de la culpa o el dolo. Al respecto, ALBALADEJO precisa que “El carácter de regla general no viene contradicho, por el hecho de que cada día sea limitada por más excepciones ni por el de que el autor del daño le sea en la práctica cada vez más difícil liberarse de la responsabilidad, tanto por ser presumido culpable, *hasta prueba en contrario*, el hecho dañoso que él realiza (así, que lo único que hay que probarle es su autoría), como por exigirse cada vez más a quien obra una diligencia mayor y una prueba más convincente de ella<sup>788</sup>. Ciertamente, la regla general establecida en el Código Civil peruano, es la responsabilidad por culpa, no obstante, el legislador al optar por la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, lo que se ha logrado es favorecer a las víctimas de los daños ambientales, por cuanto se les libera de la tarea de demostrar la culpabilidad del autor, pues, el mismo se presume culpable, correspondiéndole en todo caso a él probar su ausencia de culpa, a fin de poder liberarse de responsabilidad civil extracontractual<sup>789</sup>. Esta es una norma importante, pues libera a la víctima de la prueba diabólica consistente en demostrar fehacientemente en juicio el dolo o culpa del autor, el problema, es que no la libera, de la necesidad de demostrar la relación de causalidad entre el

---

<sup>784</sup>TABOADA Córdoba, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 96-98.

<sup>785</sup>Inversión de carga de la prueba que ha sido también reconocida en el nuevo código civil peruano en su artículo 1969°. TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 115-117

<sup>786</sup>Código Civil Peruano el artículo 1969° del Código Civil peruano: “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. <http://spij.minjus.gob.pe/>.

<sup>787</sup>CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. “*Guía de Derecho Ambiental*”, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Jurista Editores, Lima-Perú, 2009, pág. 166.

<sup>788</sup> Mediando la culpa, la razón que nazca la obligación de reparar el daño causado es obvia: toda persona responde por los actos que le sean imputables; y si el acto imputable a una daño a otra, aquella, que responde de él, debe quedar obligada a reparar el daño (...) Nuestro derecho civil, como regla acoge la responsabilidad por culpa; y sólo en algunos casos, como excepción, la responsabilidad objetiva. Que la regla general es la respetabilidad por culpa se sigue del artículo 1902 del CC que, constituyendo el principio regulador de la materia, sólo se obliga a reparar el daño cuando interviene la culpa o negligencia de su autor. ALBALADEJO, Manuel, “*Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*”, Duodécima Edición; Edisofer S.L., Madrid, 2004, Pág. 926-927.

<sup>789</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 96-98.

hecho y el daño, ambiental, ni de probar la antijuricidad de la conducta.<sup>790</sup> Este aspecto ha sido desarrollado en extenso en la presente investigación<sup>791</sup> por lo que, nos remitimos a lo allí analizado. Siendo así, la inversión de la carga de la culpabilidad, sin duda alguna, se trata de un avance significativo, ante, la dificultad de probar en muchos casos la culpa del autor, por lo que, difícil es conocer el aspecto subjetivo del autor, en tal sentido en nuestro Código Civil peruano, se ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de modo tal, que la víctima ya no estará obligada a demostrar la culpa del autor del daño ambiental, lo cual por regla general es bastante difícil, sino que corresponderá al agente contaminante demostrar su ausencia de culpa, por lo que, en este aspecto, el derecho peruano está acorde a la moderna doctrina y legislación en materia de probanza de la culpabilidad de los agentes contaminantes.

A nivel del derecho Latinoamericano, también se observa que, en otros sistemas de responsabilidad ambiental se establece la inversión de la carga de la prueba, así el artículo 1.648 del Código Civil de Guatemala norma que la culpa se presume<sup>792</sup>, estableciendo que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. La doctrina, sostiene que<sup>793</sup>, en materia de responsabilidad ambiental, debido a las particularidades del daño ambiental, se hace necesario la inversión de la carga de la prueba del dolo o culpa de la conducta dañina al ambiente, en beneficio del perjudicado, de modo que el agente causante se presume culpable del daño y asume, por regla general, y salvo prueba en contrario, la carga indemnizatoria.

Siendo que, la institución de la carga de la prueba en favor de la víctima, resulta un sistema positivo, para resolver la problemática del factor de atribución del causante del daño ambiental. La inversión de la carga de la prueba es una barrera importante, para evitar la liberación de la responsabilidad del diligente agente contaminante, en los casos que el responsable no logre descargue el dolo y la culpa. Ante ello, el juez debería considerar, que el sólo hecho de la existencia del daño ambiental, ya es una prueba en contra de la liberación de la debida diligencia, esto es del actuar del agente contaminante.

Lo que se busca de alguna manera, mediante la inversión de la carga de la prueba, es superar la responsabilidad subjetiva, enquistada en la mayoría de sistemas jurídicos, de manera que, en lugar de tener que probar el perjudicado la culpa del agente del daño, ha sido impuesta a este último, la carga de demostrar que ha obrado con la necesaria diligencia<sup>794</sup>. Al establecer la presunción de que ha existido culpa del demandado, los tribunales pueden imponerle, además la carga de probar que ha actuado o no con la debida diligencia. Siendo ello así, se puede afirmar que, en materia de responsabilidad por el daño ambiental, la institución de la carga de la prueba del dolo o culpa del agente contaminante, en favor de la

---

<sup>790</sup> Estos aspectos pueden llegar a constituir una valla insalvable para la víctima en los casos de daños ambientales. Pues ellos a menudo discuten cuestiones tecnológicas de alta complejidad, donde la víctima aparece insuficientemente informada, dejar en manos de la víctima, la responsabilidad de probar la causa eficiente y la causa necesaria del daño cuando existen diversos autores que concurren en la producción del daño. DE TRAZEGNIES FERNANDO, Enrique, Op. Cit., pág. 15.

<sup>791</sup> Véase: Capítulo I, Segunda Part, “La Antijuricidad en la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental” y Capítulo II, “La Relación de Causalidad en el Daño Ambiental”, 2.5.- La flexibilización de los mecanismos procesales de la prueba y la causalidad del daño ambiental. 2.5.2.- La inversión de la carga de la prueba y el nexo causal del daño ambiental.

<sup>792</sup> DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*, Op. Cit., pág. 46-47.

<sup>793</sup> LUQUIN BERGARECHE RAQUEL, “Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental”, Edit. THONSON ARANZANDI, NAVARRA, ESPAÑA, 2004, pág. 147-157.

<sup>794</sup> PUIG BRUTAU, José, “Compendio de Derecho Civil”, 3ª. Ed. Bosch, Barcelona, Vol. II (Derechos de las Obligaciones, Contratos y Cuasi Contratos, Obligaciones derivadas de Actos Ilícitos), Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A., Volumen II, Tercera edición: junio, 1997, Barcelona, pág. 650-654.

víctima, es una institución que ayuda de manera positiva a determinar la responsabilidad de los responsables del daño ambiental.

### **3.- El sistema objetivo, como una opción para el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental.**

Uno de los avances del derecho civil moderno en materia de responsabilidad civil por daño ambiental, lo constituye, sin lugar a dudas, el establecimiento legal del sistema objetivo de responsabilidad civil fundado en la idea del riesgo, que se caracteriza por hacer abstracción del factor efectivo del causante del daño y centrar su atención únicamente en los aspectos objetivos, el propio daño causado y la relación de causalidad<sup>795</sup>. Y ello es así, porque es una aspiración en la evolución del derecho moderno que el hombre responda de todo daño incluso del no culpable<sup>796</sup>. La evolución de la sociedad industrial, en la que la movilidad y la masividad de las máquinas y de los hombres, y los recursos cada vez más peligrosos, multiplican los daños ambientales, con efectos nocivos tanto en el ámbito patrimonial como en el ambiental o en los bienes esenciales de la persona y al medio ambiente<sup>797</sup>. Tanto es así que hoy en día el instrumento de la responsabilidad mira sobre todo y ante todo del lado del perjudicado y del agente dañoso y hacia la prevención de los posibles daños. Se añade además que es el empresario mejor que cualquier otra persona quien puede asegurarse frente al riesgo y distribuir después el coste total de la producción<sup>798</sup>. En esta línea actualmente mayoritariamente ya no se cuestiona el fundamento de la responsabilidad objetiva o por el riesgo creado<sup>799</sup> cuyos postulados llegan a aplicarse de forma un tanto acrítica en supuestos en lo que no hay una ley que expresamente regule el sector, como ocurre con la responsabilidad del empresario, usurpando los tribunales una marca que es estrictamente legislativa.

Frente al estado actual de evolución de la responsabilidad por el daño ambiental, el objetivo central es que el derecho civil moderno, y en específico el sistema de responsabilidad ambiental en el derecho peruano, deje de ser concebido, como una mera facultad o prerrogativa al servicio de los intereses individuales, y que a través de la responsabilidad civil asuma un rol protagónico en la sociedad moderna, con una nota de función social, que resulte determinante para la valoración de la nueva circunstancia que se presenta<sup>800</sup> y que urge resolver como lo es el “daño ambiental”, convirtiéndose en un mecanismo

---

<sup>795</sup>Claro está, el factor de atribución en este caso específico es el que se trata de un bien o de una actividad riesgosa peligrosa mediante las cuales se hubiera causado el daño a la víctima. TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 113-117.

<sup>796</sup> Hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van habiendo paso en algunos códigos progresivos-teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico, o de la casualidad. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil*”, Op. Cit., pág. 203-205.

<sup>797</sup> La responsabilidad objetiva moderna es más que una única norma legal. Comprende un complejo régimen de doctrinas y categorías que, en buena medida, desde los mediados de los sesenta, son totalmente novedosas. El derecho de la responsabilidad extracontractual moderno genera complicaciones cuestiones legales y económicas- de asignación de la responsabilidad retroactiva que hubieran sido impensables para cualquier abogado que se dedicara a la responsabilidad por productos elaborados durante los cincuenta, cuya práctica era la interpretación de la garantía implícita y de la negligencia. PENA LÓPEZ, José María, “*La Responsabilidad Civil Extracontractual. El Sistema Español de Derecho de Daños en Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual*”, Op. Cit., pág. 193-194.

<sup>798</sup> Para la teoría o sistema objetivo o de riesgo, quien ha causado un daño responde, independientemente del grado de diligencia que haya mostrado en su comportamiento. Por consiguiente, la víctima de la lesión ha de probar la entidad del daño y que este ha sido ocasionado (causa-efecto) por conducta del agente DIEZ-PICAZO GIMENEZ, GEMA, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*”, Op. Cit., pág. 150-151.

<sup>799</sup> VICENTE DOMINGO, Elena, “*El Daño, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 221.

<sup>800</sup>La socialización del derecho debe procurar, una armónica regulación de los intereses de la comunidad con los derechos individuales de cada uno de sus miembros, procurando una equilibrada conciliación (...). “el derecho se socializa. La responsabilidad civil. ¿Por qué, entonces, temerosos, habríamos de permanecer parados en el tiempo? PIZARRO, Ramón Daniel,

importante para la reparación del mismo, para lo cual, es necesario que los sistemas jurídicos imperantes en la actualidad, opten por implementar un sistema de responsabilidad objetivo, y en especial sea implementado por el sistema de responsabilidad por el daño ambiental peruano.

Tal como ya se ha anotado, el sistema de responsabilidad de naturaleza subjetivo, establecido en el derecho peruano no es eficaz en el caso de la responsabilidad por los daños ambientales, pues el agente contaminante sólo si tiene culpa es responsable y le alcanza el deber de indemnizar, y por tanto, soportar el peso económico del daño ambiental<sup>801</sup>; caso contrario si el agente contaminante logra demostrar que no tiene culpa o dolo, no tiene el deber de pagar por el daño ambiental ocasionado. Así, por ejemplo, en un caso de daño ambiental con efectos individualizables, si el causante del mismo, prueba que no tuvo voluntad de ocasionar dicho daño, no tiene el deber de repararlo.

El Código Civil Peruano de 1984, ha normado la Responsabilidad Subjetiva en el sistema general de responsabilidad civil, aplicable supletoriamente en los casos de daños ambientales. Partiendo de que, el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad es la culpa. Ésta constituye, por tanto, el elemento esencial y distintivo del sistema subjetivo y el presupuesto necesario del deber de indemnizar. El artículo 1969° del Código Civil establece que sólo es responsable de la reparación de un daño el que se ocasiona con dolo o culpa. Por lo que, se opta por el sistema subjetivo, que establece que el peso económico del daño debe ser soportado por el culpable<sup>802</sup>. En este tema, la doctrina jurídica tradicional peruana se ha encontrado, en esta materia, totalmente inspirada por el concepto de culpa: el autor de un daño sólo responde cuando en su acción han intervenido voluntad de dañar o negligencia. Esta es la idea-base del llamado “principio de la culpa” que subyace también en todos los códigos civiles europeos decimonónicos.<sup>803</sup> Al respecto, el sistema subjetivo no es idóneo para afrontar la problemática de la responsabilidad civil ambiental, pues los daños socialmente intolerables, deben ser reparados, aun cuando no hubiera habido dolo ni culpa, ni en general, hubiera mediado ilicitud alguna.

Así, la teoría del riesgo es incorporada al Código Civil Peruano en el artículo 1970°, en donde se crea un sistema de responsabilidad, norma que establece que aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a repararlo. En nuestra legislación, no se ha restringido la responsabilidad derivada de los casos “*ultrarriesgosas*” sino que amplía el concepto de riesgo por la vía de la reiteración enfática -repetición de adjetivos similares -a fin de comprender no solamente las actividades excepcionalmente peligrosas sino a toda la ciencia riesgosa de cualquier manera. Hablar no sólo de riesgo o de peligro (por separado) sino de “*riesgo o peligro*” (conjuntamente) equivale a decir “todo lo que en cualquier forma puede engendrar peligro”<sup>804</sup>. No debe olvidarse que se entiende por bienes riesgosos todos los que significan un riesgo adicional para nuestra vida de relación social, pero que, sin embargo, de acuerdo a la experiencia normal de una determinada sociedad, son absolutamente indispensables para el desarrollo social, jurídicamente

---

“*Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas*”, En Revista Gerencia, Volumen XXII, N°221, Editada por IPAE, enero-febrero, 1996, pág. 60-64.

<sup>801</sup> FERNANDO G. Enrique, “*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*”, Edit. Sociedad de Derecho Ambiental, Lima, agosto 2000, pág. 12.

<sup>802</sup> Por consiguiente, si el culpable es el agente, tiene la obligación de indemnizar, por lo contrario, si el culpable es la propia víctima o damnificado, no tendrá derecho de reparación. Igual regla se aplicará si no hay culpable, pues en este caso será la propia adversidad la que asigne el peso económico del daño a quien lo padece. FERNANDO G. Enrique, “*Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*”, Lima, agosto 2000, Edit. Sociedad de Derecho Ambiental. pág. 12.

<sup>803</sup> SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, “*Tratado De Responsabilidad Civil*,” T.I. Edit. BOSH. S.A., Barcelona, 2008, pág. 126-127.

<sup>804</sup> Cit, por DE TRAGZENIES GRANDA, Fernando, “*La Responsabilidad Extra Contractual*”, Op. Cit. T. II, pág. 174.

merecedoras de tutela legal<sup>805</sup>. Es importante destacar que el art. 1970, del Código Civil peruano, al introducir que el daño puede derivar de bienes o actividades peligrosas, tiene un fundamento de justicia, consistente en que, quien introduce un riesgo de daño o se vale de él, lo hace con conocimiento de causa y a sabiendas de la peligrosidad del bien o actividad en cuestión, por lo cual, es justo que también soporte el costo económico de los daños cuyo riesgo o peligro él mismo ha creado<sup>806</sup>. Este supuesto normativo, que establece un sistema de responsabilidad derivada del riesgo, aplicado a los casos de daños ambientales, tiene muchas ventajas de las cuales el sistema subjetivo de responsabilidad carece, circunstancia que lo hace más idóneo y justo para resolver los complejos problemas presentes en la responsabilidad civil ambiental<sup>807</sup>. Siendo ello así, el legislador peruano, al optar por la teoría del riesgo, y además consagrar la teoría objetiva de responsabilidad civil, en el artículo 1970, parte de la presunción que quien crea un riesgo o peligro, aplicado a las actividades ambientalmente peligrosas, al estar en mejor posición, debe asumir la responsabilidad también de los daños ambientales y asumir su reparación. En este aspecto, el sistema de responsabilidad civil peruano se encuentra en positiva evolución, debiendo aplicarse la teoría del riesgo para todo tipo de actividades ambientalmente riesgosas, incluidas las que por violación de las normas administrativas ocasionan un daño ambiental.

Además, en el derecho peruano, la LGA opta por un sistema mixto de responsabilidad, y por tanto aún rige el sistema de responsabilidad subjetiva para los casos en que las actividades ambientales no son ni riesgosas, ni peligrosas. Esta situación ambigua, permite afirmar que el sistema de responsabilidad por el daño al medio ambiente no es idóneo para enfrentar eficazmente la reparación del daño al medio ambiente, ya que, el legislador peruano ha optado por la aplicación del Sistema Subjetivo de Responsabilidad, en el artículo 145 de la LGA, sistema mediante el cual, sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y de restauración del ambiente afectado, en caso de mediar dolo o culpa. Este sistema dual de responsabilidad no se adecua para responder a la problemática de la reparación del daño ambiental, el mismo que requiere una respuesta categórica y coherente.

Se observa que, el derecho peruano en materia de responsabilidad ambiental, ha establecido como regla general la responsabilidad subjetiva y sólo excepcionalmente la responsabilidad objetiva, para las actividades riesgosas o peligrosas. Por lo que se encuadra dentro del esquema clásico de responsabilidad, en donde el factor de atribución de la culpa, es la que prima, constituyendo un elemento tan profundamente arraigado en la conciencia social que no es posible prescindir de ello, y aquellos, que sostienen que la culpa es un criterio insuficiente en determinados sectores socioeconómicos en los que debe imponerse un sistema objetivo de responsabilidad. En tanto, para otro sector de la doctrina, es necesaria la coexistencia de ambos tipos de responsabilidad, pues según la controversia acerca de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, no debe reducirse a posiciones absolutas, pues no se trata de erradicar el criterio de la culpa del campo de la responsabilidad extracontractual, sino de sustituirlo por otro en aquellos ámbitos en lo que, por las razones que fuere, aquel criterio resultaba insuficiente para alcanzar determinados objetivos sociales. Esta situación obliga a recurrir a las tendencias modernas del derecho, representada en la tesis de la objetivación de la responsabilidad en el sistema de responsabilidad del daño ambiental.

---

<sup>805</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo, “*Elementos De La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 37-38.

<sup>806</sup> FERNANDO G., Enrique, Op. Cit.; pág. 18 -20.

<sup>807</sup> Entre las razones que lo legitiman se encuentra la mejor aptitud que tiene el que crea el riesgo o peligro de asumir el costo económico del perjuicio y la mayor eficiencia económica de esa solución en relación a otras por sus bajos costos de transacción. FERNANDO G., Enrique, Op. Cit.; pág. 18 -20.

En ese sentido, sostenemos la tesis que el sistema que más se adecua al sistema peruano de responsabilidad ambiental y por el que se debe optar es un sistema de responsabilidad objetivo, pues como puntualiza CABANILLAS además de representar una ventaja para el perjudicado al encontrar en ella una protección más fácil, se adecua muy bien al problema que tratamos, por ser un terreno privilegiado para la aplicación de la teoría “riesgo de empresa” o del “*cobenefit analysis*”<sup>808</sup>. Y de igual manera, GOMIS CATALÁ sostiene que el mecanismo de la responsabilidad objetiva se presenta frente a determinados daños ambientales como un instrumento eficaz capaz de repararlo y se fundamenta en un doble argumento de justicia distributiva, a saber, de la teoría de la responsabilidad por riesgo y el principio quien contamina paga<sup>809</sup>. En consecuencia, la base teórica de donde se debe partir para diseñar un sistema modernos de responsabilidad ambiental en el derecho peruano, y que mejor se adecua a las características propias<sup>810</sup> del daño ambiental es la responsabilidad objetiva.

En ese sentido, un sector de la doctrina advierte como características fundamentales en las que se basa la responsabilidad civil objetiva<sup>811</sup>: a) La valorización y apreciación de la prueba conforme al principio del “*pro del perjudicado*” es decir en beneficio del más débil, esto es, en favor de las víctimas del daño ambiental; b) el agotamiento de las medidas para evitar el daño; en los sistemas de responsabilidad ambiental, lo que se prefiere es prevenir que curar, no obstante, en un sistema de responsabilidad ambiental, el daño es un elemento de la responsabilidad por lo que importa centrarse también en la reparación; c) la no exoneración por la adopción de las medidas usuales o reglamentarias, pues independientemente de que se cumpla con la normatividad, por la responsabilidad objetiva, igualmente se responsabiliza al agente contaminante; otro sector de la doctrina, advierte otras singularidades de la responsabilidad objetiva<sup>812</sup>: d) es una responsabilidad que tiene su origen en actividades frecuentemente industriales o fabriles, por tanto de carácter lucrativo, generadoras de un riesgo; por lo que, es justo que de ocasionar un daño ambiental a consecuencia de sus actividades debe repararlo; e) los daños causados por esas actividades deben ser imputados a su autor sobre la base de parámetros de justicia distributiva o social: “aquel que, en el ejercicio de una actividad obtiene resultado beneficioso, debe sufrir al tiempo las eventuales consecuencias dañosas que se deriven de la misma”; f) si bien el agente está obligado a adoptar todas las medidas de diligencia posibles para prevenir o evitar el daño, no obstante, el mero cumplimiento de las medidas de diligencia y precaución derivada de la legislación vigente, los reglamentos o los usos del lugar no son suficientes por sí solos para fundamentar la exoneración de responsabilidad, pues, una vez verificado el daño, se presume que no se ha agotado todo el nivel de diligencia exigible. Todas estas características de la responsabilidad objetiva, pueden ser aplicadas, al sistema peruano de responsabilidad ambiental a fin de que se logre su objetivización.

Asimismo, se explica perfectamente la responsabilidad objetiva del agente contaminante, en razón a que económicamente está en superioridad de condiciones para asumir la reparación del daño ambiental, máxime si el propio sistema contiene implícita una advertencia en ese sentido, por lo que, la falta de

---

<sup>808</sup> CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o Cosas a Consecuencia de la Alteración del Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Op. Cit., pág. 40-41.

<sup>809</sup> GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 112.

<sup>810</sup> Tal como se aprecia, el sistema de responsabilidad objetiva, es mucho más eficaz para resolver el problema de la reparación del daño ambiental, pues no hay discusión alguna sobre los agentes responsables. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 68-72.

<sup>811</sup> Cit. Por FONSECA TAPIA, César A., “*Manual de Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 338-340

<sup>812</sup> LUQUIN BERGARECHE RAQUEL, “*Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*”, Edit. THONSON ARANZANDI, NAVARRA, ESPAÑA, 2004, pág. 147-157.

solvencia económica del agente no es excusa para dejar de reparar el daño, ya que esa consideración debió tenerse presente antes de crear el riesgo o peligro y no después. Y además porque está en mejor posición de diluir socialmente el costo de la reparación<sup>813</sup> a través del traslado del costo de las externalidades negativas en la producción, lo cual es justo, toda vez que el agente contaminante no sólo debe asumir las ventajas económicas de sus actividades, sino también asumir los costos de los daños ambientales que ocasionan; este debe ser el fundamento central de sistema peruano de responsabilidad ambiental. Toda vez que la teoría clásica de responsabilidad objetiva o riesgo, considera equitativo que el empresario pague la indemnización por su potencial capacidad de crear riesgos intensos que puedan causar daños típicos, el asunto es que, en la responsabilidad ambiental el agente contaminante debe responder no sólo por los daños típicos relacionados con su actividad, sino también debe responder por los daños atípicos que determinaron un daño ambiental.

No obstante, existen autores minoritarios, como DÍAZ AMBRONA<sup>814</sup>, que señalan que no es correcta una responsabilidad objetiva pura para los daños ecológicos en razón a que, puede traer consecuencias más perjudiciales que una responsabilidad por culpa, ya que, la responsabilidad objetiva al omitir toda referencia a la culpabilidad o no del agente, le convierte a este en menos diligente, o lo que es lo mismo, será siempre responsable de los daños independientes de cómo actuó. Por lo que, señala la autora, que los inconvenientes son que entonces queda atenuada la función previsor de la responsabilidad civil, puesto que, si los contaminadores potenciales saben que habrán de responder del daño, en cualquier caso, con independencia de que en su causación hayan tenido culpa o no, relajarán su cuidado y sus cautelas al carecer del comentado incentivo. Tal como se aprecia, sostener la responsabilidad objetiva, convierte en menos diligente al agente contaminador, es ir en contra de la tendencia de la objetivación de la responsabilidad por el daño ambiental, en donde, lo que se busca es que todo daño sea reparado, esto es, aun cuando se haya tenido la diligencia debida y en este último sentido debe normar el legislador peruano en un sistema de responsabilidad ambiental de tipo objetivo.

Por su parte BOYER, sostiene que la responsabilidad objetiva se aplica normalmente a riesgos creados por actividades anormalmente peligrosas. Este sistema tiene la ventaja de internalizar los riesgos ambientales de los incentivos y los puntos de vista de compensación. No obstante, tiene muchas desventajas a saber: <sup>815</sup>En *primer lugar*, el sistema se basa en un sistema de adjudicación de caso por caso. En *segundo lugar*, puede haber problemas en la determinación de la relación de causalidad. En *tercer lugar*, puede conducir a veredictos inconsistentes, generar demoras en los procedimientos judiciales y puede ser más rentable a abogados y expertos que a las víctimas. Estos fundamentos son rebatibles, toda vez que, todos los asuntos cuando ya son sometidos a la jurisdicción, necesariamente van

---

<sup>813</sup>Siendo previsible y conocido el riesgo o peligro puede contratar un seguro de responsabilidad contra los riesgos inherentes a su negocio o actividad. Además, puede incluir en sus costos una posición para responder a las contingencias de daños, la misma que como cualquier otro costo, es trasladable al precio del producto o servicio, de forma que quienes en rigor lo pagan son los consumidores. FERNANDO G., Enrique, “*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*”, Op. Cit., pág. 18 -20.

<sup>814</sup> DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, Dolores y otros, “*Derecho Civil Comunitario*”, Op. Cit., pág. 468.

<sup>815</sup> In a (strict) liability system the victim files an action claiming a causal link between the defendant's conduct and the plaintiff's injury or disease. Strict liability is typically applied to risks created by abnormally hazardous activities against defendants for all injuries caused by their conduct. This system has the advantage of internalizing environmental risks both from the incentive and the compensation points of view. On the other hand, it has many disadvantages. First, the system relies upon a case-by-case adjudication system. Second, there may be problems in determining the causal link. Third, it may lead to inconsistent verdicts, generate long delays in court proceedings and may be more profitable to lawyers and experts than to the victims. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “*The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?*”, In SWANSON, Timothy, “*An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*”, First Edition, Edit. Elsevier Science Ltda., 2002, Oxford, page. 258-261.



a tener que resolverse caso por caso. En cuanto a la problemática de la causalidad, como ya se anotó en el capítulo II, existen nuevas teorías que se vienen aplicando para resolver dicha problemática, como la Teoría de la probabilidad, recurrir a mecanismos procesales de la facilitación de la prueba, entre otros. Y respecto a los fallos inconsistentes, podemos argumentar, que la aplicación del sistema subjetivo de responsabilidad, trae impunidad, pues se deja en indefensión a las víctimas del daño ambiental, y al medio ambiente puro. Toda esta argumentación, aboga en favor de la implementación de un sistema objetivo de responsabilidad de tipo objetivo, no sólo para el derecho peruano.

De todo lo anotado, son pocas las voces que opinan, en sentido contrario a la objetivación de la responsabilidad por el daño ambiental, por lo que, no son relevantes, para la construcción de un sistema de responsabilidad objetivo o absoluto de responsabilidad por el daño ambiental, por ser el más adecuado para enfrentar la problemática de la reparación del daño ambiental. Pues en el sistema de responsabilidad objetivo aparece socialmente justificado que el agente contaminante o empresario cargue con el riesgo del daño y asuma la responsabilidad directa del mismo, fundamentado en el supuesto que éste procura beneficiarse con su explotación, obteniendo en la mayoría de los supuestos importantes dividendos, cuando obtiene la ventaja económica; debiendo además superar dicho dogma, y superado, asumirse que la responsabilidad ambiental existe no sólo cuando se obtenga beneficios de su actividad, sino también cuando dicha actividad no le redunda en beneficio alguno, pues debe ser indiferente para el derecho las situaciones de ventaja o desventaja del dañador, en busca de la responsabilidad ambiental.

La doctrina moderna, en materia de responsabilidad civil por los daños ambientales, actualmente está en plena elaboración teórica, normativa y jurisprudencial<sup>816</sup>. Por lo que, corresponde adentrarnos al análisis de la evolución de la responsabilidad objetiva y la contribución a la misma por parte de la teoría del riesgo, así como al estudio de ordenamientos jurídicos puntuales, en donde, el sistema objetivo se está haciendo extensivo a todo tipo actividades no sólo caracterizadas por su intrínseca peligrosidad; un ejemplo de ello, es el sistema de responsabilidad objetivo, establecido en la Ley de Responsabilidad Ambiental alemana, la misma que entró en vigor el 01 de enero de 1991<sup>817</sup>, avance legislativo, importante, en materia de responsabilidad ambiental, el mismo que unido al sistema de responsabilidad americano C.E.R.C.L.A, permite la recuperación de los lugares contaminados resultantes de actividades en general, y constituyen referentes obligados en la construcción de un sistema objetivo de responsabilidad ambiental en el derecho peruano.

### **3.1. La evolución a la responsabilidad objetiva**

A finales del siglo XX, se forja una concepción nueva del derecho, los juristas comienzan a elaborar una reacción contra la noción de culpa, con el fin de destronarla completamente como fundamento exclusivo de la responsabilidad civil, apareciendo por vez primera, *la teoría del riesgo creado*<sup>818</sup>, cuyo fundamento,

---

<sup>816</sup> Ver Capítulo V, referido a la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, de la presente investigación.

<sup>817</sup> In the German Environmental Liability Act that entered into force on January 1, 1991, owners of numerous environmentally relevant installations are strictly liable for damages caused by environmental effects resulting from installation emissions. The installation can be any one of some 100 types listed in an Annex to the Act. The Annex includes virtually all installations requiring a permit under the Federal Pollution Control Act (e.g., furnaces, gas turbines, cooling towers, chemical and pharmaceutical installations, paint shops, storage facilities for hazardous substances, and installations governed by the Waste Disposal Act). Damages are deemed to have been caused by an environmental effect if they result from substances, vibrations, noise, pressure or other actions emitted into the ground, air or water. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 140- 141.

<sup>818</sup> Una moderna visión, del derecho ambiental, que pone el acento en la reparación de los daños al medio ambiente, y las personas que lo padecen en forma individual o colectiva, sobre la base de la teoría objetiva del riesgo del derecho civil. CASSAGNE, Juan

se basa en que aquella persona que dentro de la vida social emprende una actividad permitida en su propio beneficio, que pueda crear o mantener una fuente de peligros para otros, carga con la responsabilidad especial de responder por el peligro, y está obligado a reparar los daños que éste cause, aun no existiendo culpa, consagrándose la regla de “*ubi emolumentum, ibi onus esse debet*”<sup>819</sup>. Teoría que pone en crisis el régimen clásico de la responsabilidad civil basado en la culpa<sup>820</sup> el cual no fue capaz de solucionar la problemática de los daños y perjuicios que ocasionaba el sector productivo moderno.

Así, la teoría objetiva de la responsabilidad se inicia con los estudios de Mataja (Alemania-1888), Orlando en (Italia-1804); y con los trabajos de *Saleilles* y *Josserand* (Francia-1897), a quienes la doctrina les reconoce como pioneros del gran cambio en la responsabilidad civil<sup>821</sup>. Así, JOSSERAND<sup>822</sup>, sostuvo que la responsabilidad pesa sobre el guardián de una cosa, la misma que establece que cuando la víctima prueba la relación de causa a efecto entre el hecho de esa cosa y el daño sufrido<sup>823</sup>, planteando claramente un sistema de responsabilidad objetiva. Diseñado de manera brillante, en cuyo esquema, la responsabilidad se establece por el solo hecho de que la víctima pruebe la relación de causa- efecto entre el hecho de esa cosa y el daño que en virtud de ella ha sufrido.

La jurisprudencia francesa desarrolló estos nuevos conceptos, en el histórico caso del remolcador “La Marie”,<sup>824</sup> en donde la Corte de Casación Francesa en junio de 1897, falla declarando la responsabilidad del propietario del remolcador como autor del riesgo, aun cuando haya existido contribución de un tercero y la explosión se hubiera debido a un defecto de construcción, pues esta responsabilidad no cesaba aunque el propietario del remolcador probara la culpa del constructor de la máquina o el carácter oculto de este defecto.

---

Carlos, “*El daño ambiental colectivo*”, En Revista “*Ius et Veritas*”, Año XV, N°30, Edición de aniversario, Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, pág. 309.

<sup>819</sup> “*Allí, donde se encuentra el beneficio también se encuentra la carga*”. En: [www//ia.wikipedia.org/](http://ia.wikipedia.org/)

<sup>820</sup>La teoría de la responsabilidad civil reposa sobre cierta idea de lo injusto. En el siglo XIX esta noción descansó sobre la antijuricidad, y sobre la culpa. Desde fines del siglo XIX se expandió la idea de indemnizar el daño injustamente inferido. En los últimos años se produjo una extensión del sistema, abarcándose también al daño injustamente producido. Este daño es colectivo o difuso, no lo recibe directa e inmediatamente nadie, pero se proyecta sobre la comunidad en general. ALTERINI, Atilio A., “*Responsabilidad Civil Ambiental*”, En “*Responsabilidad Ambiental*”, Editado por GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (compilador), Editorial de Belgrano, 1999, Fundación Editorial de Belgrano, Argentina., pág. 70-72.

<sup>821</sup>El gran aporte de SALEILLES consistió en demostrar que la noción subjetiva de culpa no tenía trascendencia respecto de ciertas actividades creadoras de riesgos por parte del patrón, quien debía asumir su responsabilidad civil por el daño causado, independientemente de que su conducta resultara culposa o no. Inspirado, en los asuntos relacionados, con la responsabilidad del patrón en los accidentes de trabajo de sus empleados, en donde el concepto subjetivo no intervenía para nada, siendo que por vez primera, la responsabilidad cambia de posición y se pone en el lugar de la víctima, y la actividad creadora de riesgos por parte del patrón, que éste debía asumir en su totalidad, independientemente de que su conducta resultara culposa o no, pues la responsabilidad es la consecuencia lógica de haber creado un riesgo. Este es el gran aporte teórico, pues modificó: “la idea tradicional de la culpa, en el sentido de sustraerla del campo exclusivamente subjetivo, donde se confundía con la concepción penal de punición, trasladándola al campo objetivo, para concluir que (...) la responsabilidad es la consecuencia lógica de haber creado un riesgo. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “*Estudios de Responsabilidad Civil*”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1era Edición, Bogotá – Colombia, 2003, pág. 186-187.

<sup>822</sup> JOSSERAND, Louis. Derecho civil. Tomo II. V. I. Buenos Aires-Argentina, pág. 410.

<sup>823</sup> SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “*Estudios de Responsabilidad Civil*”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1ra Edición, Bogotá – Colombia, 2003, pág. 186-187.

<sup>824</sup>Este movimiento jurisprudencial totalmente renovador en el derecho de la responsabilidad comienza con la sentencia de la Corte de Casación Francesa de 16 de junio de 1897, sobre el caso del remolcador “La Marie”, donde se declaró que el propietario del remolcador era responsable, de la muerte de un mecánico ocasionada por la explosión de una caldera, aun cuando la explosión se hubiera debido a un defecto de construcción, y que esta responsabilidad no cesaba aunque el propietario del remolcador probara la culpa del constructor de la máquina o el carácter oculto de este defecto. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “*Estudios de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 186-187.

Así, por la teoría del riesgo creado, se descarta la noción de culpa, pues ya no se considera que el responsable haya obrado injustamente, sino que está obligado a asumir el riesgo de producir un daño para otro unido a una actividad autorizada. Desde entonces se ha demostrado que la noción subjetiva de culpa no es eficaz para determinar la responsabilidad en las actividades creadoras de riesgos por parte de los responsables, por lo que la práctica jurídica ha venido a consagrar, aunque con limitaciones, la responsabilidad objetiva independiente de la culpa, basada en la teoría del riesgo, la misma que predica que quien crea riesgos en beneficio propio, debe responder por los perjuicios causados.

La versión clásica de la teoría del riesgo, tiene variantes, entre ellas la tesis del riesgo-provecho o riesgo-beneficio, la noción de riesgo profesional, la teoría mixta, la teoría de la culpa social, la teoría del riesgo o agravado, la teoría de la garantía<sup>825</sup>, siendo *la teoría del "riesgo-creado"*, la que mejor explica la responsabilidad ambiental, pues sostiene que quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, debe necesariamente soportar los detrimentos que el evento ocasione, y asumir la responsabilidad de la reparación<sup>826</sup>. Se trata, de una imputación más intensa desde el punto de vista social respecto a la distribución del riesgo de una determinada actividad asignándola a aquel que lo crea o domina,<sup>827</sup> superando a la responsabilidad por culpa, al tener la ventaja de mejorar la situación de la víctima en relación con el problema probatorio de la culpabilidad del responsable.

Aparece por vez primera, la *teoría del "riesgo creado"* que, tal como precisa PIZARRO, "tuvo en su origen la pretensión de destronar completamente la culpa de su sitio de privilegio y que, con el correr de los años y la maduración de las ideas, accedió a compartir, con aquella el papel protagónico de ser factores de atribución de la responsabilidad civil en un marco de armónica y pacífica coexistencia"<sup>828</sup>. La teoría del riesgo creado se ha impuesto definitivamente, pese a la tenaz oposición de numerosos juristas que siguen apegados a viejos esquemas.

---

<sup>825</sup>i) *La tesis del riesgo-provecho o riesgo-beneficio*: la obligación de indemnizar está en relación directa con el provecho o beneficio que una determinada actividad le represente al autor del daño, independientemente de que esa actividad causante del daño sea culposa o no; ii) *Respecto de la teoría del riesgo-creado*: la obligación de indemnizar los perjuicios es consecuencia inevitable de ejercer una actividad que crea riesgos para las demás personas, sin considerar si hubo culpa o no de su parte; iii) *La noción de riesgo profesional*: exige a quien la ejerce determinados conocimientos sobre una ciencia o arte y por lo tanto los daños que se produzcan en ejercicio de esa actividad calificada deben ser indemnizados sin consideración alguna a la intervención o no de la culpa. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, "Estudios de Responsabilidad Civil", Op. Cit., pág. 184-185; iv) *La teoría mixta*. Los partidarios de esta teoría sostienen que la responsabilidad civil se fundamenta en la "culpa" y "el riesgo". Hay dos tendencias: a) La primera tendencia sostiene la preeminencia de la culpa y el riesgo tiene un papel secundario; b) La segunda tendencia sitúa a la culpa y al riesgo en un plano de igualdad, considerando que ambos constituyen los dos polos de atracción de la responsabilidad civil. v) *La teoría de la culpa social*. La responsabilidad no se puede reducir a constar la existencia del daño y la existencia de quien materialmente lo ha causado. El fundamento de la responsabilidad civil sería la disconformidad del acto con las normas de conducta; vi) *La teoría de la garantía*. Sostiene que la finalidad de la responsabilidad civil es resarcir el daño sufrido por el perjudicado. Ello implica la existencia de un previo derecho a la seguridad; vii) *La teoría del riesgo o agravado*. El fundamento de la responsabilidad civil se encuentra única y exclusivamente, en el riesgo creado o agravado por la actividad del agente, presumiéndose que el responsable obtiene de ella un beneficio material o moral. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, "Derecho de Daños", 2ª Ed. Editorial Bosch, Barcelona, 1999, pág. 20-21825.

<sup>826</sup>A efectos de nuestro análisis, se entiende por riesgo a, la posibilidad de que al obrar se produzca un daño. En ese sentido quien realiza la actividad contaminante está introduciendo un riesgo y por tanto debe asumir su total responsabilidad. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, "Estudios de Responsabilidad Civil", Op. Cit., pág. 180-181.

<sup>827</sup>DIEZ-PICAZO, Ponce de León, Luis, "Culpa y Riesgo en la Responsabilidad en el Derecho", Op. Cit., pág. 155-156.

<sup>828</sup> En nuestro tiempo, tanto en la familia romanista del derecho, como en los países del derecho socialista y del common law, culpa y riesgo creado son factores principalísimos de atribución de la responsabilidad civil. PIZARRO RAMON DANIEL, *Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas*, "Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas", En Revista Gerencia, Volumen XXII, N°221, Editada por IPAE, enero-febrero, 1996, pág. 24-25.

Por lo que, la teoría del riesgo constituye la base teórica para encarar la responsabilidad por el daño ambiental, pues el giro encuentra su fundamento en que se entiende que aquella persona que dentro de la vida social crea, en su propio beneficio, una situación de riesgo de peligro<sup>829</sup>, debe estar obligado a reparar los daños ambientales, que ocasione. Se puede afirmar, por tanto, que el agente que emprende una actividad ambientalmente peligrosa, a la vez permitida por el derecho, y que pueda crear o mantener una fuente de peligros para el medio ambiente y para los individuos, carga sobre sí una responsabilidad especial, consistente, en la obligación de reparar los daños que cause.

Al respecto, DIEZ PICAZO precisa que la responsabilidad no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño para otro, unido a una actividad autorizada, se trata pues de una imputación más intensa desde el punto de vista social respecto de una distribución del riesgo de daño adherido a una determinada actividad.<sup>830</sup> Siendo así, la atribución de responsabilidad se funda en el hecho de que quien se beneficia de un bien riesgoso, está obligado a reparar los daños que éste cauce<sup>831</sup>. Es por ello, que esta doctrina del riesgo creado responde plenamente a la concepción solidaria del derecho, se aparta de la concepción ideológica a la que pertenece la culpa, procurando brindar al individuo que vive en sociedad una protección adecuada contra los riesgos que debe soportar como fruto del obrar de terceros, aun de manera inculpable<sup>832</sup>. El derecho deja de ser concebido, de tal modo, como una mera facultad o prerrogativa, asumiendo una nota de función social, que resulta determinante para la valoración de las nuevas circunstancias que se presentan<sup>833</sup>. La calificación de responsabilidad por riesgo significa, que no es necesario analizar la conducta del responsable por riesgo, ni se le admitirá excusa al respecto, lo que se exige es probar la existencia cierta de la consumación del riesgo, es decir la ocurrencia del siniestro<sup>834</sup>. Siendo ello así, la responsabilidad objetiva se sostiene en el hecho y no en sus circunstancias.

Asistimos, pues, en los finales del siglo XX, a una concepción nueva del derecho, el derecho vivo, aquél que refleja la realidad en forma vital, sin acudir a ficciones o disfraces que la desfiguran, donde las ideas de solidaridad, igualdad, justicia y equidad vienen a reemplazar la dogmática, el logicismo y el

---

<sup>829</sup> Por debajo de ese fundamento doctrinal, tal vez este latiendo una intuitiva preocupación, que es la raíz última del nuevo derecho de daños: la necesidad social de defender y de amparar a la persona frente a un maquinismo industrial desencadenado en beneficio de determinados partes de la sociedad, y solo indirectamente de la totalidad de ella. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *“La Responsabilidad Civil por Daños a Personas o Cosas a Consecuencia de la Alteración al Medio Ambiente y su Aseguramiento”*, Op. Cit., pág. 35.

<sup>830</sup> Responsable es en principio, aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo, aunque no necesariamente el curso del acontecimiento productor del daño y que no con carácter transitorio obtiene el provecho de la misma. DIEZ-PICAZO, Ponce de León, Luis, *“Culpa y Riesgo en la Responsabilidad en el Derecho”*, Op. Cit., pág. 155-156.

<sup>831</sup> Los casos en que, aun no existiendo culpa, se responde del daño infligido a otro, se justifican porque la ley, si bien permite que sean usadas ciertas cosas, observadas ciertas conductas, etc., que, proporcionado un beneficio a unos, crean también un riesgo, solo lo permite sobre la base de que el que se beneficia de ellas repare al que padezca el daño que, aun sin culpa, eventualmente pueda producir el riesgo. ALBALADEJO, Manuel, *“Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”* 10ª Ed. Edisofer, Madrid, 2003, pág. 926.

<sup>832</sup> La socialización del derecho debe procurar, una armónica regulación de los intereses de la comunidad con los derechos individuales de cada uno de sus miembros, procurando una equilibrada conciliación. Esto solo podrá lograrse mediante un profundo cambio de mentalidad; será menester superar viejos esquemas que son propios de otras épocas y mirar hacia delante. PIZARRO, Ramón Daniel, *“Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas”*, *“Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas”*, En Revista Gerencia, Volumen XXII, N°221, Editada por IPAE, enero-febrero, 1996, pág. 60-64.

<sup>833</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, *“Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas”*, Op.Cit., pág. 60-64.

<sup>834</sup> De lo expuesto se concluye, que la teoría de responsabilidad objetiva o riesgo de empresa, considera equitativo que el empresario pague la indemnización por su potencial capacidad de crear riesgos intensos que puedan causar daños típicos, aunque estos se manifiesten en un lapso periodo de tiempo, pero de forma continuada y más o menos de manera semejante. RODRIGUEZ DOCAMPO, José, *“La Obligación de Indemnizar del Propietario del Buque-Tanque”*, Op. Cit., pág. 52-58.

formalismo jurídico que en la mayoría de los casos conducen a traicionar ese ideal de justicia<sup>835</sup>. En ese sentido, el derecho, como forma de vida social evoluciona a la par con los hechos históricos, regulando la conducta de la sociedad y de los individuos que la conforman en un proceso esencialmente dinámico y renovador, tal y como ha sucedido con la teoría del riesgo y la teoría objetiva de responsabilidad.

Y es que, el devenir de los años y la realidad social<sup>836</sup> suelen demostrar que las construcciones jurídicas tienen valor temporáneo y que están condicionadas a las circunstancias de orden histórico, como lo prueba la irrupción del fenómeno de industrialización que generó profundas transformaciones en toda la estructura social, y que obligó a “cuestionar los fundamentos teóricos y prácticos de la concepción individualista”<sup>837</sup>. Estas mismas razones motivan repensar los sistemas jurídicos de responsabilidad civil tradicionales, y adecuarlos a la nueva realidad, como lo es, el fenómeno del daño ambiental, razón suficiente para que el derecho civil asuma un rol protagónico ante este nuevo panorama, debiendo esforzarse por dar solución al problema del daño ambiental producto del progresivo desarrollo de las nuevas tecnologías y de actividades industriales con un alto potencial de causar daños masivos, colectivos ambientales, con trascendencia mundial y de dimensiones inimaginables.

Efectivamente la teoría del riesgo y el sistema objetivo de responsabilidad, de manera privilegiada encajan en esta realidad, por lo que, el derecho civil debe despojarse de dogmas tradicionales de la responsabilidad civil de naturaleza individual; como son: el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, que no permite, dar respuesta eficaz frente a la problemática del resarcimiento del daño ambiental.

El problema que se observa es que en pleno siglo XXI, los sistemas jurídicos en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, se muestran reticentes a reconocer la responsabilidad objetiva, del agente contaminante, basándose en teorías de naturaleza subjetiva que responden a realidades de siglos pasados, pese a que los daños ambientales son una realidad moderna, cuya dimensión es totalmente diferente de los daños tradicionales, pues afectan no sólo al ser humano y su patrimonio individualmente considerado, sino a las colectividades y al patrimonio colectivo como son los bienes ambientales. Por lo que, urge un cambio en el sistema peruano de responsabilidad ambiental en donde se reconozca que los agentes contaminantes sean responsables objetivos, de los daños ambientales que produzcan acorde a la gravedad de los mismos.

---

<sup>835</sup>La idea de riesgo se presenta entonces sustitutiva de la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil, frente a esta concepción absoluta y dogmática se opone la teoría del riesgo, cuyo rasgo fundamental es elevar el daño a la categoría de elemento estructural de la responsabilidad, eliminando la culpa como fundamento de ésta, lo cual significa que la causa de la obligación de indemnizar radica en el daño, elemento éste objetivo, visible, perfectamente identificable. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “*Estudios de Responsabilidad Civil*”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1ra Edición, Bogotá – Colombia, 2003, pág. 180.

<sup>836</sup> La percepción social del *riesgo ambiental* está aumentando y afectando a la respuesta política de las personas. Han surgido demandas para que se haga algo en los niveles internacional, nacional, estatal, local, y se ha hecho propuestas para diversas estrategias y movimientos de consumidores en apoyo de la continuidad. CASTAÑAGA RUIZ, Carmen, En: “*Defensa Ambiental*”, *Conferencia en el Día del Medio Ambiente*”, Editado por RAMOS ARNAO, José, Lima, 1994, pág. 59 -60.

<sup>837</sup>El derecho no puede cerrar los ojos ante una nueva realidad social frente a la igualdad jurídica que pregonaba la concepción individualista aparece la desigualdad económica. Es la época de responsabilidad civil por riesgo creado, hay todo un cambio de ideas al que muchos aún no se resignan, se advierte una profunda transformación de la forma de valorar al derecho y al que tiene la delicada misión de interpretarlo y aplicarlo al tiempo de dirimir cuestiones litigiosas sometidas a su jurisdicción: el juez. ALTERINI, ATILIO, Anibal, “*Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil.*”, Editorial Abeledo- Perrot, Segunda edición, 3ª Reimpresión, Buenos Aires-Argentina, 1969, pág. 308-330.

### **3.2.-Los sistemas jurídicos objetivos como una opción para el sistema peruano de responsabilidad ambiental**

Los países europeos tienen una legislación sobre responsabilidad por el daño ambiental que no es unánime sobre la cuestión de la responsabilidad objetiva aplicada a la responsabilidad por el daño ambiental<sup>838</sup>. No obstante, la doctrina europea reconoce que el ordenamiento jurídico alemán constituye un modelo sin parangón entre los países de dicho entorno, en cuanto a la normativa de protección del medio ambiente se refiere. Concretamente, en el ámbito de la responsabilidad se ha llevado a cabo una progresiva adaptación jurisprudencial de los principios básicos de la responsabilidad por daños para aplicarlos al sector medio ambiental, paralelamente han ido surgiendo leyes especiales en este ámbito y, por último, una ley general que regula ampliamente el tema de la responsabilidad ambiental<sup>839</sup>. Por lo que, un tratamiento especial merece el sistema alemán, el cual, en el derecho europeo es el sistema que constituye un referente en materia de responsabilidad ambiental, el mismo que unido al sistema americano, el cual, si bien no se trata de un sistema de responsabilidad desde el ángulo de la responsabilidad civil, sino más bien regulatorio, tiene características perfectamente adaptables al sistema de responsabilidad ambiental; constituyen referentes importantes en el avance del derecho civil en materia de responsabilidad por los daños ambientales. Los cuales por su valor teórico importa abordarlos.

#### **3. 2.1.- El sistema alemán de responsabilidad objetivo, por los daños ambientales**

El sistema de responsabilidad por el daño ambiental del derecho alemán, constituye uno de los más adecuados en materia de protección del medio ambiente, situación que responde a su preocupante realidad ambiental<sup>840</sup>, lo que ha obligado al derecho alemán a diseñar un sistema de responsabilidad, especialmente con la emisión de una ley sobre responsabilidad ambiental emitida el 10 de diciembre de 1990, la misma que establece un régimen especial de responsabilidad objetiva aplicable a las actividades de instalaciones industriales que presentan un riesgo para el medio ambiente, con características que tratan de adecuarse a la naturaleza del daño ambiental<sup>841</sup>: el factor de atribución objetivo, reparación del

---

<sup>838</sup> In Sweden, section 3, paragraph 3 of the Environmental Damage Act 1986 states that an environmental interference shall be held to have caused the damage or injury if, in view of the nature of the interference and the effects, other possible causes, and other circumstances, there is a predominant probability for such a causal connection. The statutory rule applies in typical nuisance cases, but not when the claim is based on sudden occurrences, where the causal chain may be more evident. Although the statute does not address the issue, it seems that the defendant could reduce liability by proving that another party or a natural phenomenon is partly responsible for the harm. In general, in environmental liability cases, probability or risk assessment can help to overcome problems of proof. ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, *“Manual of European Environmental Law”*, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 141-142.

<sup>839</sup> Consciente el legislador alemán de la importancia de los problemas que plantea la protección del medio ambiente, instauró desde el primer momento en los tres niveles citados, el sistema de la responsabilidad objetiva. Efectivamente los artículos 823° y 906° del Código Civil. En ambos supuestos, la jurisprudencia fue desvirtuando el tenor subjetivo original de estos artículos mediante el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, lo que desembocaría en la práctica en un sistema de responsabilidad objetiva, la ley alemana sobre responsabilidad ambiental de 1990 impone la responsabilidad objetiva por aquellos atentados al medio ambiente. GOMIS CATALA, Lucía, *“Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”*, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>840</sup> La propia estructura de Alemania, muy industrializada y poblada, conlleva a cuestiones ambientales. Si a ello se añade su entorno, formado por un lado por vecinos muy industrializados (Holanda, Bélgica, Francia), y por otro por vecinos que no han tenido en cuenta la protección al medio ambiente (los países de la Europa del Este en general, pero muy especialmente la antigua Alemania Oriental). DE MIGUEL PERALES, Carlos, *“La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente”*, Op. Cit, pág. 62-65.

<sup>841</sup> El ejemplo alemán te sirve en otros temas además de la responsabilidad subjetiva utilízalo en los demás capítulos, sobre todo en la presunción de la causalidad La Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 (UmweltHG) se caracteriza por las siguientes notas: i) El sistema de responsabilidad esta objetivado en lo que se refiere a la ausencia del juicio de culpabilidad en el responsable; ii) su ámbito de aplicación está delimitado para los daños por muerte, lesiones en el cuerpo o la salud de las personas o daños en alguna cosa (artículo 1); iii) Se establece una presunción de causalidad a favor de los demandantes que facilita el onus

daño no sólo a las personas, sino también al medio ambiente puro, presunción de causalidad, limitación de la responsabilidad, acceso a la información medioambiental, límite máximo de responsabilidad; veamos:

i) *Factor de atribución objetivo* (artículo 1)<sup>842</sup>. La responsabilidad de los propietarios de instalaciones ambientalmente relevantes, señaladas en el apéndice 1 de la ley, es objetiva e independiente de cualquier elemento subjetivo del agente<sup>843</sup>, por los daños ambientales ocasionados con efectos en las personas, el patrimonio, y el medio ambiente. Avance legislativo trascendente para el derecho moderno, en donde el factor de atribución se ha despojado de subjetividad, logrando que la responsabilidad civil sea un mecanismo eficaz para la reparación de los daños ambientales.

ii) *La responsabilidad es solidaria, cuando varias instalaciones causan el daño ambiental* (artículo 7)<sup>844</sup>. La presunción de la causalidad de naturaleza solidaria se da cuando hay un daño ambiental ocasionado por varias instalaciones, y por varios responsables<sup>845</sup>, lo que determina que las víctimas están exentas de probar el nexo causal, en resguardo de la posibilidad que la reparación del daño ambiental sea más factible, pues la responsabilidad ambiental debe ser solidaria, dada la trascendencia económica y social de los mismos.

---

probatorio; iv) Pero es que, además, la Ley prevé la exclusión de *la presunción de la causalidad* que le ofrece a los perjudicados en el caso de que existan varias instalaciones apropiadas para originar el daño y hay otra circunstancia apropiada para generarlo; v) *Se excluye la responsabilidad por fuerza mayor* (artículo 4) y también si la instalación se explotaba de conformidad con las disposiciones vigentes siempre que, tratándose de daño a las cosas, fuera insignificantes o en una medida tolerable de acuerdo con las condiciones del lugar; vi) *Acceso a la información medioambiental* por parte del perjudicado y de la gente dañosa frente a los responsables, la administración y las empresas concurrentes. Se caracterizan estas normas por su régimen de acceso estricto y detallado (artículos 8, 9 y 10); vii) Alcance tasado del deber de indemnizar en caso de muerte, lesiones y cosas; viii) *Límite máximo de responsabilidad* para el agente: para daños a las personas (muerte, cuerpo y salud) es de 160 millones de marcos por unidad de impacto ambiental (por acción) y de 160 millones por daños a las cosas por unidad de impacto ambiental. Si se sobrepasan las cantidades mencionados, la indemnización por cada concepto se reducirá en la proporción en la que la suma total este respecto del máximo indemnizable (artículo 15). DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental Penal, Civil y Administrativa*”, Op. Cit, pág. 119 – 120.

<sup>842</sup>Environmental Liability Act of 10 December 1990 (Federal Law Gazette I p. 2634), as last amended by Article 9 (5) of the Act of 23 November 2007 (Federal Law Gazette I p. 2631) The Act was promulgated by the Bundestag with the approval of the Bundesrat as Article 1 of the Act of 10.12.1990 I 2634. It entered in to force pursuant to Article 5 of this Act with effect from 1.1.1991 ; Section 1 Installation liability for environmental impacts: If an environmental impact caused by an installation specified in Annex 1 causes a person's death, injury to his body or damage to his health, or damage to an item of property, the operator of the installation shall have an obligation to compensate the injured person for the resulting damage ; Section 2 Liability for non-operational installations: (1) If the environmental impact is caused by an installation that is not yet completed and if it is due to circumstances that substantiate the hazardousness of the installation after its completion, the operator of the installation not yet completed shall be liable pursuant to Section 1. (2) If the environmental impact is caused by an installation no longer in operation and if it is due to circumstances that substantiated the hazardousness of the installation before it ceased operations, the operator of the installation at the time when operations ceased shall be liable pursuant to Section 1 ; Section 5 Limitation of liability for damage to property: If the installation has been operated in accordance with its intended use (Section 6 (2) second sentence), obligation to pay compensation for damage to property is excluded if the item of property is impaired only in significantly or to an extent that maybe reasonably expected under the local circumstances. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_umwelthg/englisch\\_umwelthg.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_umwelthg/englisch_umwelthg.pdf)

<sup>843</sup>DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit, pág. 62-65.

<sup>844</sup>Environmental Liability Act of 10 December 1990 (Federal Law Gazette. Section 7 Exclusion of presumption : (1) If several installations are likely to cause the damage, the presumption shall not apply if another circumstance is likely to cause the damage on the basis of the given facts of the individual case. The likelihood in the individual case shall be evaluated on the basis of the time and place the damage occurred and the type of damage as well as all the other given facts that speak for or against the causing of damage in the individual case ; (2) If only one installation is likely to cause the damage, the presumption shall not apply if another circumstance is likely to cause the damage on the basis of the given facts of the individual case. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_umwelthg/englisch\\_umwelthg.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_umwelthg/englisch_umwelthg.pdf)

<sup>845</sup>DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit, pág. 62-65.

iii) *El acceso a la información medioambiental* (artículos 8)<sup>846</sup>. El acceso a la información del perjudicado por parte de los responsables, la administración y las empresas concurrentes, debe ser de naturaleza irrestricta, a fin de contribuir con todo el caudal probatorio que sea posible, y superar el tecnicismo que se requiere para probar el daño ambiental. Para lo cual, se debe conminar a todos aquellos que cuentan con información necesaria para la probanza del daño ambiental, quienes deben entregarla a los jueces;

iv) *Límite máximo de responsabilidad* (artículo 15)<sup>847</sup>. Se limita la responsabilidad a un monto determinado dentro de un límite mínimo y máximo, advirtiéndose que, si se sobrepasan las cantidades mencionados, la indemnización por cada concepto se reducirá en la proporción del máximo indemnizable (artículo 15).<sup>848</sup> En ese sentido, cualquier actividad contaminante que supere dicho tope máximo, no será posible de ser reparada integralmente, y, por tanto, se trata de una norma que contravine el principio de reparación integral del daño ambiental y que determina en este aspecto la debilidad del sistema alemán, por lo que en este aspecto, el referente obligado es la ley española de Responsabilidad ambiental 26/2007 del 23 de octubre del 2007<sup>849</sup>, la misma que establece responsabilidad ilimitada, *esto es un sistema que obliga al agente contaminante a devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras*. Por lo que, esta norma representa un referente en materia de responsabilidad ambiental.

Tales avances normativos, establecidos en la Ley sobre Responsabilidad por Daño Ambiental Alemana, han sido reconocidos por parte de la doctrina de manera que “constituye la modificación legislativa civil más importante de los últimos años, ya que: endurece la responsabilidad por daños personales y materiales, causados a terceros, que provengan de determinadas instalaciones, basando la misma en la simple causación del daño,”<sup>850</sup> imputando la responsabilidad objetiva al titular de la instalación, apartándose del sistema subjetivo de responsabilidad imperante en casi toda Europa.

---

<sup>846</sup>Environmental Liability Act of 10 December 1990 (Federal Law Gazette. Section 8 Right to information of the damaged party against an installation operator : (1) If there are facts that form the basis for the presumption that an installation caused the damage, the damaged party can demand information from the installation operator insofar as this is necessary in order to establish that a claim for damages exists pursuant to this Act. Only information about the facilities used, the type and concentration of the substances used or released and the other effects of the installation as well as the specific operating obligations pursuant to Section 6 (3) can be requested. (2) The right pursuant to paragraph 1 shall not exist to the extent that operations are to be kept confidential on account of legal provisions or confidentiality is in the prevailing interest of the installation operator or of a third party. Service provided by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection in cooperation with juris GmbH – www.juris.de Page 3 of 14 ; (3) The damaged party can demand from the installation operator access to existing documents insofar as there is a basis for the presumption that the information is incomplete, incorrect or insufficient, or if the information is not provided within a reasonable period. Paragraphs 1 and 2 shall apply mutatis mutandis ; (4) Sections 259 to 261 of the German Civil Code shall apply mutatis mutandis. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_umwelthg/englisch\\_umwelthg.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_umwelthg/englisch_umwelthg.pdf)

<sup>847</sup>Environmental Liability Act of 10 December 1990 (Federal Law Gazette) Section 15 Maximum amount of compensation. In the case of death, injury to a person's body or damage to his health, the party liable to pay damages shall be liable only up to a maximum amount of 85 million euros and likewise for damage to property, the party liable to pay damages shall be liable only up to a maximum amount of 85 million euros insofar as the damage has been caused by a single environmental impact. Should these several damages to be paid on account of a single environmental impact exceed the respective maximum amount specified in the first sentence, the individual compensation shall be reduced pro-rata to the total given. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_umwelthg/englisch\\_umwelthg.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_umwelthg/englisch_umwelthg.pdf)

<sup>848</sup>DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental Penal, Civil y Administrativa*”, Op. Cit., pág. 119 – 120.

<sup>849</sup>Véase, “*Código de Medio Ambiente*”, Edición preparada por LUCIANO PAREJO Alfonso, Op. Cit., pág. 53.

<sup>850</sup>GONZALES MÁRQUEZ, Juan José, “*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en México EL Paradigma de la Reparación*”, Op. Cit., pág. 132 – 133.



Aun cuando el Código Civil alemán, establece las normas generales de responsabilidad, en el artículo 823<sup>851</sup>(BGB), principalmente en el inciso primero, aún tiene rezagos subjetivos de responsabilidad, pues establece que cuando *deliberadamente o por negligencia, de manera ilegal* daña la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de un tercero es responsable de compensar a la otra. Apreciándose que la antijuricidad sigue siendo un presupuesto de responsabilidad, contradiciendo la moderna doctrina que señala que la antijuricidad no es presupuesto de responsabilidad civil especialmente en materia de responsabilidad ambiental. El inciso 2, de la norma citada, de alguna manera objetiva la responsabilidad, pues establece que en el caso de que una persona cometiera una violación a una ley que tiene por objeto proteger a otra persona, aún sin culpa, es responsable de la indemnización, en caso que así lo establezca un fallo judicial, por lo que, esta norma es la más adecuada para los fines de la responsabilidad ambiental.

Otra norma que importa es el artículo 906<sup>852</sup>(BGB) del Código Civil, el mismo que establece los límites de la responsabilidad de las denominadas molestias ocasionadas por: gases, vapores, olores, humos, hollines, ruidos, vibraciones y las influencias similares, estableciendo que el propietario vecino debe tolerar los mismos en la medida que no interfiera con el uso de su propiedad, o si sólo interfiriera de manera insignificante, de tal manera que en caso interfiera de manera significativa será responsable de los daños ocasionados, esto es, si la molestia afecta el uso habitual de la propiedad o sus ingresos más allá del grado que el propietario puede haber esperado tolerar, esto es, cuando el daño ambiental es intolerable.

Cuando la interferencia es insignificante, esto es, cuando los daños ambientales son tolerables no hay lugar a la responsabilidad ambiental, y esto sucede cuando: *a)* no excedan los límites u objetivos establecidos en las normas estatutarias; *b)* cuando no se viole los valores establecidos en las disposiciones administrativas; *c)* cuando la molestia es habitual en el lugar y no se puede prevenir con medidas que son económicamente razonables para los usuarios de este tipo. En estos supuestos el Código Civil alemán, opta por justificar los daños ambientales tolerables, por lo que, corresponderá al juez en cada caso en concreto determinar dichos límites.

---

<sup>851</sup>German Civil Code (BGB)Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Section 823 Liability in damages). (1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this. :(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf)

<sup>852</sup>German Civil Code (BGB)Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 906 Introduction of imponderable substances.

(1) The owner of a plot of land may not prohibit the introduction of gases, steam, smells, smoke, soot, warmth, noise, vibrations and similar influences emanating from another plot of land to the extent that the influence does not interfere with the use of his plot of land, or interferes with it only to an insignificant extent. An insignificant interference is normally present if the limits or targets laid down in statutes or by statutory orders are not exceeded by the influences established and assessed under these provisions. The same applies to values in general administrative provisions that have been issued under section 48 of the Federal Environmental Impact Protection Act [Bundes-Immissionsschutzgesetz] and represent the state of the art. (2) The same applies to the extent that a material interference is caused by a use of the other plot of land that is customary in the location and cannot be prevented by measures that are financially reasonable for users of this kind. Where the owner is obliged to tolerate an influence under these provisions, he may require from the user of the other plot of land reasonable compensation in money if the influence impairs a use of the owner's plot of land that is customary in the location or its use goes beyond the degree that the owner can be expected to tolerate. (3) Introduction through a special pipe or line is impermissible. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf)

Consciente el legislador de la importancia de los problemas que plantea la protección del medio ambiente, instauró desde el primer momento en los tres niveles, el sistema de la responsabilidad objetivo,<sup>853</sup> tanto a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial, mediante mecanismos como: el sistema objetivo de atribución de responsabilidad, la causalidad fáctica, la inversión de la carga de la prueba, la limitación de los medios de defensa, etc., lo que desembocaría en la práctica en un sistema de responsabilidad objetiva, y que constituye un importante referente en el intento de lograr diseñar un sistema de responsabilidad eficaz por el daño ambiental.

### **3.2.2.-El sistema americano de responsabilidad objetivo en materia ambiental.**

Otro modelo paradigmático de responsabilidad objetivo en materia ambiental, es el sistema americano, implantado a través del sistema de responsabilidad C.E.R.C.L.A. (The Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act),<sup>854</sup> no obstante, a diferencia de la ley alemana no regula la responsabilidad civil tradicional entendida como el deber de reparación que tiene y que provoca el daño frente a un tercero que lo sufre<sup>855</sup>, sino que se centra en la obligación de descontaminar el bien contaminado frente a la autoridad pública E.P.A. (The Environmental Protection Agency).<sup>856</sup> Este sistema radica en la exigencia de que las empresas que ocasionen un daño ambiental, sean responsables de su reparación<sup>857</sup>, los sitios contaminados, a su vez que, autoriza al gobierno federal, gobiernos estatales y a las tribus indias a reclamar indemnizaciones a los responsables de destrucción o pérdida de los recursos naturales, incluyendo costos razonables de reparación (tierra, peces, vida silvestre, aire, agua subterránea, suministro de agua potable y otros recursos)<sup>858</sup>. Y de igual manera, que el sistema de

---

<sup>853</sup>GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>854</sup>Fault in a CERCLA Case. Notice that the Third Circuit characterized CERCLA as a strict liability statute. As with RCRA, imposition of strict liability is a nearly universal federal court interpretation of CERCLA. Does CERCLA strict liability reflect an adoption by Congress of common law tort principles or a rejection of them? Why? KUNDIS CRAIG, Robin, “*Environmental Law in Context*”-Cases and Materials, Op. Cit., page. 130-132.

<sup>855</sup> CERCLA Framework. In response to widespread concern over the improper disposal of hazardous wastes, Congress enacted CERCLA, a complex piece of legislation designed to force polluters to pay for costs associated with remedying their pollution. As numerous courts have observed, CERCLA is a remedial statute which should be construed liberally to effectuate its goals. KUNDIS CRAIG, Robin, “*Environmental Law in Context*”- Cases and Materials, Op. Cit., page.128-129.

<sup>856</sup>GOMIS CATALA, Lucía, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 118-128.

<sup>857</sup> CERCLA, as amended by the Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986, grants broad authority to the executive branch of the federal government to provide for the clean-up of hazardous substance sites. Specifically, section 104 authorizes the President to respond to a release or substantial threat of a release of hazardous substances into the environment by: (1) removing or arranging for the removal of hazardous substances; (2) providing for remedial action relating to such hazardous substances; and (3) taking any other response measure consistent with the National Contingency Plan that the President deems necessary to protect the public health or welfare or the environment. 42 USC. § 9604(a). The President has delegated most of his authority under CERCLA to EPA. CERCLA's bite lies in its requirement that responsible parties pay for actions undertaken pursuant to section 104. Under section 107, CERCLA liability is imposed where the plaintiff establishes the following four elements: 1) the defendant falls within one of the four categories of "responsible parties"; 2) the hazardous substances are disposed at a "facility"; 3) there is a "release" or threatened release of hazardous substances from the facility into the environment's) the release causes the incurrence of "response costs". KUNDIS CRAIG, Robin, “*Environmental Law in Context*”- Cases and Materials, Op. Cit., page.128-129.

<sup>858</sup>CERCLA. In US federal law, claims concerning natural-resource damage are governed by section 107 of the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA), section 311(f)(4) of the Clean Water Act (CWA), section 1002 of the Oil Pollution Act, the Marine Protection Research and Sanctuary Act, and the National Park System Resource Protection Act. CERCLA, which deals with the cleanup of old dumpsites, authorizes the federal government, state governments and Indian tribes as trustees to recover damages from responsible parties 'for injury to, destruction of, or loss of natural resources, including reasonable costs of assessment', resulting from the release of hazardous substances. Natural resources are defined as 'land, fish, wildlife, biota, air, water, ground water, drinking water supplies, and other such resources' that belong to, are managed by, are held in trust by, or are controlled by public entities such as the federal government, state governments or Indian tribes. Ownership of the resource is not required. It is sufficient that the public entity exercises a certain amount of control over the resource in question. In case of conflicting competences of different trustees, the risk of double recovery, although in principle

responsabilidad objetivo alemán, ha normado la responsabilidad conjunta y solidaria entre múltiples contaminadores causantes del daño ambiental.

C.E.R.C.L.A. (The Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act), no crea ninguna acción frente a los perjuicios personales, únicamente permite la recuperación de los gastos de limpieza y los daños del medio ambiente<sup>859</sup>, siendo que las relaciones patrimoniales se resolverán mediante la aplicación de los principios del *Common Law*. Lo destacable de dicho sistema es que impone una responsabilidad objetiva sobre los agentes contaminadores<sup>860</sup>, en donde ha sucedido un daño ambiental o amenaza con surgir, así como responsabiliza a los que operaron en el sitio contaminado. Tal como se observa, C.E.R.C.L.A. es un complejo sistema para la imposición de responsabilidad por daños al medio ambiente, pues a diferencia del esquema tradicional de responsabilidad<sup>861</sup> rompe con el estándar de responsabilidad basado en la culpa, optando por la responsabilidad absoluta, retroactiva y solidaria.

### 3.3.- Hacia un sistema de responsabilidad civil objetivo, absoluto o estricto por el daño ambiental.

Partimos, de la tesis consistente en que el sistema de responsabilidad que más se adecua para resolver la problemática de la responsabilidad civil ambiental, es el sistema de *responsabilidad objetivo o absoluto*. Tema polémico que pone en cuestionamiento el sistema de responsabilidad subjetiva imperante basado en la culpa o en el dolo, que tradicionalmente ha prevalecido en todo el mundo<sup>862</sup>, con el argumento central que en los casos de responsabilidad ambiental es más eficaz que el sistema objetivo o por riesgo<sup>863</sup>, en contraposición, se encuentra la tesis consistente en que el sólo hecho de poner en riesgo al medio ambiente por parte de los agentes contaminantes, implica que se les debe responsabilizar objetivamente por los daños causados, independientemente de su culpabilidad. Se observa que, el derecho moderno ha

---

excluded by law, may exist. Liability is strict, and imposed jointly and severally amongst multiple tort feasons. There are only a few defenses available, such as act of war, act of God, or act or omission of a third party unrelated to the defendant. HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Op. Cit, page. 12.

<sup>859</sup>En sentido estricto la CERCLA no regula de un modo completo la responsabilidad civil tradicional, ya que aunque otorga acción directa a los particulares para recuperar los costes de la “limpieza” de la contaminación, se centra más en el deber de descontaminar el bien contaminado frente a la E.P.A (*The Environmental Protection Agency*), ya sea en especie (sentido el propio obligado el que elimine la contaminación), ya sea indemnizado a la EPA por los gastos en que esta haya incurrido al descontaminar el bien en cuestión. No obstante, la CERCLA constituye un modelo que puede ser seguido en el esquema de la responsabilidad civil tradicional; de hecho, en la práctica está sirviendo para conseguir tales fines. DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit, pág. 48-58.

<sup>860</sup>Sobre, esta base legal, CERCLA los tribunales norteamericanos han estimado en varias ocasiones la responsabilidad del acreedor por los daños ocasionados al medio ambiente por su deudor. El caso más famoso, cuyas consecuencias aún hoy se hacen notar, por lo polémico de su decisión, fue el llamado *United States v. Fleet Factors Corp.*, en el que esta última compañía, acreedora del sujeto agente de la contaminación cuya reparación se perseguía, fue considerada como “operador” de acuerdo con el S 101 (20) (A) de la CERCLA, y por tanto responsable en los términos de la misma. DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit, pág. 48-58.

<sup>861</sup>En el esquema tradicional de responsabilidad hay tres cuestiones que no pueden ser aplicadas a la remediación de sitios contaminados con residuos peligrosos: i. el estándar de responsabilidad basado en la culpa; ii. el esquema de distribución usado para asignar la responsabilidad en sitios en los cuales varias partes contribuyen a la contaminación por residuos peligrosos; y iii. el tratamiento de sitios creados previamente al establecimiento de los cambios en el sistema de responsabilidad. En respuesta a estos dilemas, el sistema de responsabilidad establecido por el programa del superfondo es: responsabilidad estricta, es decir, sin culpa, solidaria, separada, y retroactiva. GONZALES MARQUEZ, José Juan, “*La Responsabilidad por el Daño ambiental en México – El Paradigma de la Reparación*”, Op. Cit, pág. 142 – 143.

<sup>862</sup>En España se ha partido de los artículos 1.902 y 1.908 CC, para continuar una línea cada vez más objetiva (vid, en el sentido el capítulo V) puede decirse que ha ocurrido lo mismo en otros países, como es el caso del Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, en el mundo anglosajón, o de Holanda, Italia, Francia, Japón o la generalidad de los países iberoamericanos, en los sistemas de Derecho continental. DE MIGUEL PERALES, Carlos, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Edit. Civitas S.A., Madrid, España, 1993, pág. 33 – 34.

<sup>863</sup> DIEZ PICAZO – GUTIÉRREZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Civil Ambiental Penal, Civil y Administrativo*”, Op. cit., pág. 148 – 161.

puesto en tela de juicio el régimen clásico de la responsabilidad civil basado en la culpa<sup>864</sup>, pues dicha postura, de manera paulatina y con serias restricciones, está sufriendo una transformación hacia el sistema de responsabilidad objetiva, justificado mayormente para determinadas actividades económicas ultra riesgosas para el medio ambiente, en armonía con las modernas tendencias de protección ambiental.

Al adentrándonos en la problemática, desde el punto de vista histórico<sup>865</sup>, se observa, que se ha pasado de una visión individualista, esto es, del sistema de responsabilidad civil basado en la culpa, a un sistema con sentido de solidaridad social, como lo es el sistema objetivo<sup>866</sup>. Es a finales del siglo XIX, que se va tomando conciencia de los riesgos que implicaba las actividades industriales para la sociedad, fuente inagotable de riesgos y siniestros, así la irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas de los daños que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce<sup>867</sup>. El giro encuentra su fundamento en la llamada teoría del riesgo, consistente en que se entiende que aquellas personas que dentro de la vida social crean en su propio beneficio una situación de riesgo o de peligro, deben tener que asumir la responsabilidad que esta situación acarrea.

Es así, como la teoría del riesgo al centrarse en la necesidad social de defender a la persona frente a un mecanismo industrial desencadenado en beneficio de determinadas partes de la sociedad, y sólo indirectamente de la totalidad de ellas<sup>868</sup>, centra su atención en la víctima del daño ambiental, figura clave de la responsabilidad, en tanto sujeto necesitado de reparación<sup>869</sup>. En tal sentido, si un agente contaminante, crea riesgos para el medio ambiente y para los individuos, es justo que como contrapartida soporte las consecuencias<sup>870</sup>, pues de lo que se trata en materia de responsabilidad por el daño ambiental, es responsabilizar al causante del daño ambiental aún en los casos en que el agente contaminante hubiera actuado sin dolo o sin culpa, esto es, con la debida diligencia. Y esto se debe a que, frente a la cruda realidad de que no se pueden evitar los daños ambientales derivados del ejercicio de una actividad económica, se debe garantizar al menos su resarcimiento, haciendo al agente contaminante responsable de todos los daños que causa el desarrollo de sus actividades, independientemente de que haya tenido o no una conducta diligente. Así, como instrumento de la responsabilidad mirar sobre todo y ante todo el lado

---

<sup>864</sup>En los sectores productivos en los que el avance tecnológico se ha hecho más patente, los daños y perjuicios no se vienen produciendo por un azar fatídico, sino que tienen su origen en actuaciones humanas, en las que, no obstante, ha quedado desdibujado el elemento de voluntad de su causante. No debería dejar de advertirse, como una manifestación del principio de justicia distributiva, la extensión en nuestra sociedad del anhelo por inspirar un verdadero régimen de generalización de la reparación de los daños. TOCINO BISCAROLASAGA, Isabel, *“La Responsabilidad Civil Ambiental en Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Editorial Centro de Estudios Ramón Cáceres, Madrid, 2001, pág. 1658 – 1661.

<sup>865</sup> Los modernos regímenes de responsabilidad por daños tienen su origen en la “Lex Aquila” y que la importancia de esta ley reside en que introdujo por vez primera, con carácter general, la posibilidad de sustituir la pena de daños por su reparación. (...). La distinción entre delitos o cuasidelitos formulada por POTHIER a partir de la enumeración de las fuentes de las obligaciones hecha por DOMAT, fue adoptada por el código napoleónico, y el principio de la responsabilidad sustentado en la culpa fue elevado a la categoría de orden público tanto por los codificadores y legisladores franceses, como por los exegetas decimonónicos. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, *“Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil”*, Op. Cit., pág. 182-188.

<sup>866</sup>REGLERO CAMPOS, L., Fernando, *“Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil”*, Op. Cit., pág. 182-188.

<sup>867</sup>Las consecuencias de esta nueva concepción en materia de responsabilidad civil han discurrido por una doble vía. i) la aparición de nuevas leyes, orientadas, a resarcir a quien soporta en daño solo por el hecho sufrirlo, esto es, haya habido o no culpa por parte de la gente; ii) orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradiciones – basados en la doctrina de la culpa- por los caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, TI. Op. Cit., pág. 127-129.

<sup>868</sup>SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, TI. EDIT. BOSCH. S.A., BARCELONA, 2008, pág. 129-134.

<sup>869</sup> TOCINO BISCAROLASAGA, Isabel, *“La Responsabilidad Civil Ambiental en Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”*, Op. Cit., pág. 1658 – 1661.

<sup>870</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, *“Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas”*, Op. Cit., pág. 66-67.

del perjudicado, más que del agente dañoso, siguiendo una finalidad eminentemente reparatoria, regla eficiente de la responsabilidad ambiental para que los operadores soporten el coste del daño ambiental.

Por lo que, uno de los avances del derecho civil moderno en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, lo constituye sin lugar a dudas, el establecimiento legal del sistema objetivo de responsabilidad ambiental fundado en la idea del riesgo<sup>871</sup>, caracterizado por hacer abstracción del factor subjetivo del causante del daño, y centrar su atención únicamente en los aspectos objetivos del daño ambiental. Las ventajas de este sistema son vastas. Así, siguiendo a REGLERO<sup>872</sup>, la responsabilidad objetiva, se definiría como *absoluta* la que no concede ningún medio de defensa al eventual responsable, lo que es de suma importancia en un sistema de responsabilidad ambiental, en donde la tendencia es a limitar las causales de exención y de justificación de la responsabilidad. Por su parte BERGKAMP<sup>873</sup>, precisa que la regla de la responsabilidad absoluta o estricta, hace que el causante del daño pague por los daños ambientales inevitables. En ese mismo sentido, BOYER, reconoce que es un sistema que tiene la ventaja de internalizar los riesgos ambientales de los incentivos y los puntos de vista de compensación<sup>874</sup>, con el único objetivo, de que el daño ambiental se repare integralmente. Y más recientemente, ALVAREZ LATA, sostiene que económicamente, la objetivación de la responsabilidad ambiental se ha planteado además como la opción más eficiente, ya que, el agente o empresa se verá forzado a internalizar todos los efectos de su actividad en forma de indemnizaciones por daño ambiental e inducido a adoptar el nivel de actividad productiva socialmente óptimo.<sup>875</sup> En ese sentido, la objetivación en materia de responsabilidad ambiental, implica que por el sólo hecho de poner en riesgo el medio ambiente, por parte de los operadores económicos que realizan actividades contaminantes, se les debe responsabilizar. En razón a ello, uno de los campos donde ha tenido mayor eco la responsabilidad objetiva, y donde ha sido más

---

<sup>871</sup> Que se caracteriza por hacer abstracción del factor efectivo del causante del daño y centrar su atención únicamente en los aspectos objetivos, el propio daño causado y la relación de causalidad, además, claro está, el factor de atribución en este caso específico es el que se trata de un bien o de una actividad riesgosa peligrosa mediante las cuales se hubiera causado el daño a la víctima. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, “*Elementos de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 113-117.

<sup>872</sup> La responsabilidad sin culpa está caracterizada por la reducción del número y del alcance de los medios de defensa. Desde esta óptica, la responsabilidad sin culpa se definiría de la absoluta en que ésta última no concede ningún medio de defensa al eventual responsable y de la responsabilidad por culpa en que sus medios sean más limitados en cuanto a su número y alcance. Cuanto más numerosos y de mayor alcance son los medios de defensa más nos alejaremos de la responsabilidad sin culpa. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 201-204

<sup>873</sup> A strict liability rule would make the injurer pay also for economically unavoidable harm (B exceeds PL.). Under a strict liability rule, the injurer would still invest in harm prevention only up to the optimal point because doing so is, by definition, cheaper than compensating the harm. In case, fault or strict liability, the victim is required to invest in harm prevention if his cost of prevention is less than the injurer's prevention cost and less than the harm. Under this approach, an efficient liability rule, either a fault or strict liability rule, would require that operators bear the cost of avoidable harm, i.e. harm that can be avoided by using due care as required by the Learned Hand formula, excluding, however, those harms that victims can prevent more cheaply. BERGKAMP, Lucas, “*Liability and Environment-Private and Public Law Aspects OF civil Liability for Environmental Harm in an International Context*”, Op. Cit., pág. 76- 82.

<sup>874</sup> In a (strict) liability system the victim files an action claiming a causal link between the defendant's conduct and the plaintiff's injury or disease. Strict liability is typically applied to risks created by abnormally hazardous activities against defendants for all injuries caused by their conduct. This system has the advantage of internalizing environmental risks both from the incentive and the compensation points of view. On the other hand, it has many disadvantages. First, the system relies upon a case-by-case adjudication system. Second, there may be problems in determining the causal link. Third, it may lead to inconsistent verdicts, generate long delays in court proceedings and may be more profitable to lawyers and experts than to the victims. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “*The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?*”, In SWANSON, Timothy, “*An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*”, First Edition, Edit. Elsevier Science Ltda., 2002, Oxford, page. 258-261.

<sup>875</sup> ALVAREZ LATA, Natalia, “*Notas a algunas reglas de la responsabilidad medioambiental*” *Rivista Quadrimestrale Di Diritto Dell'ambiente*, Anno 2011 / Numero 2, G. Giappichelli editore, pág. 9, file:///F:/numero2\_2-1\_Alvarez\_Lata.pdf

solicitada por postulados de justicia social, es en el ámbito de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

Por su parte, MAJA SERSIC, sostiene, que la bondad de los sistemas objetivos de responsabilidad civil se debe a que, durante las últimas tres décadas, se han hecho esfuerzos en los planos nacional e internacional para desarrollar mecanismos que podrían facilitar el acceso a la indemnización de daños por contaminación. En esa búsqueda, la responsabilidad objetiva, introdujo que el operador de una actividad que crea un riesgo más o menos permanente con el medio ambiente debería soportar tales riesgos en lugar de la parte agraviada que, además de no obtener lucro alguno con la actividad, le falta igualdad de posibilidades para protegerse contra el daño<sup>876</sup>. Por tanto, lo que se busca a través de los sistemas objetivos de responsabilidad por el daño ambiental, es garantizar el pago de la indemnización por daños por contaminación. JEAN –LOUIS BERGEL, también opina en el mismo sentido, pues la consagración del principio de la responsabilidad objetiva del daño ecológico parece ligado a la idea de que, el que contamina debe asumir el coste de las medidas no sólo preventivas, sino de rehabilitación del daño ambiental<sup>877</sup>. Este es, el sentido positivo de la objetivización de la responsabilidad ambiental, en donde lo que se busca es que, el que ocasiona un daño ambiental, debe repararlo.

La responsabilidad absoluta o estricta, tiene su fundamento, en que todos los daños ambientales son socialmente intolerables y que aun cuando no hubiera existido dolo ni culpa inexcusable ni infracción de una norma, ni el abuso del derecho, y en general, si no hubiera mediado ilicitud alguna, los daños por contaminación en muchos casos son por su propia naturaleza intolerables, por las graves consecuencias jurídicas que esta calificación importa<sup>878</sup>. Esta es la tendencia moderna, pues no debe haber defensa y/o exoneración, que determine que el que comete un daño ambiental, pueda evadir su responsabilidad, no importando si se cometen intencionalmente o con culpa inexcusable, o mediando infracción de las normas legales y reglamentarias correspondientes, o el abuso de derecho, o violando los derechos de la personalidad, pues el daño ambiental siempre va a ser un hecho ilícito, intolerable, y por tanto resarcible.

---

<sup>876</sup> During the past three decades, efforts have been made on both the national and international level to develop mechanisms which would facilitate access to compensation for pollution damage. Strict liability, which has become the prevailing basis of liability for pollution damage, was introduced because it was considered that the operator of an activity which creates a more or less permanent risk to the environment should bear such risk rather than the injured parties who, besides not deriving any profit from the activity, lack equal possibilities of protecting themselves against the damage, or even calculating it as part of the expenses of the activity, as the operator can. The move towards strict liability was accompanied by the development of schemes aimed at guaranteeing payment of compensation for pollution damage. Such schemes include conventional insurance and supplementary industry-supported compensation funds. This method of risk management greatly reduces the financial risk borne by enter. SERSIC, Maja « *La Politique De l'environnement-De La Reglementation Aux Instruments Economiques.Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments* », In BOTHE, MICHAEL, SAND, PETER, Editions MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2003, THE HAGUE/ BOSTON/LONDON, pág.583- 584.

<sup>877</sup> La consecration d'un principe de responsabilite objective des dommages ecologiques parait liee a l'idee selon laquelle le pollueur doit supporter le cout des mesures de prevention et de remise en etat parce qu'il doit assumer le risque de ses activites. Ainsi, l'avenement du principe «pollueur-payeur » implique par lui-meme une responsabilite objective, au moins s'il s'agit d'activites considerees en elles-memes comme dangereuses. Jean-Louis BERGEL, *Sous la responsabilite civile en droit francais et la mis en (oeuvre du droit de lenvernement*, Sous la direction de Sandrine Maljean-Dubois, -léfetivite du droit europeen de L'Environnement controle de la mise en cuvre et santion du nom respec. Editions La Documentation francaise, 2000-Paris, pág. 163-168.

<sup>878</sup> Algunos, aquellos cuyo evita miento exceda de lo razonable, estarán dentro de la categoría de lo tolerable pero reparable. La sociedad puede, por ejemplo, reconocer que el trabajo en las minas en aire contaminado por el polvillo de la extracción produce silicosis en quienes están expuestos. La sociedad piensa que, en principio, este daño es intolerable, sin perjuicio de otorgar una indemnización de la actividad contaminadora (...). Mientras que el daño ocasionado en razón de condiciones de trabajo inadecuadas resulta intolerable, el daño producido, a pesar de haberse adoptado tales precauciones razonables, se convierte en tolerable; y, si bien las víctimas deben ser compensadas, no hay necesidad de pretender erradicar la conducta dañina porque se encuentra en el límite de lo razonable, conjugando el interés de evitar enfermedades a los trabajadores y el interés social de que el país pueda exportar minerales. DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. Cit., pág. 335.

Los daños ambientales son socialmente intolerables y por tanto constituyen propiamente la categoría en sí misma, los mismos que necesariamente deben ser indemnizados.

En los casos de daños ambientales, la responsabilidad de tipo objetiva o absoluta debe entrar en juego, pues, el agente contaminante paga, aunque no haya tenido culpa, más aún en ciertos casos de actividades con posibilidades de contaminación particularmente graves la responsabilidad objetiva se torna en estricta. Esto significa que el causante no puede exonerarse normalmente ni siquiera por caso fortuito, como sucede en la responsabilidad objetiva por riesgo ordinario. Ello en armonía con la regla que todo daño ambiental, por la gravedad de los mismos, debe ser reparado, debiendo asumir el agente contaminante su responsabilidad, con el fin de desalentar la producción de los daños ambientales.

La base teórica de donde se parte para diseñar un sistema de responsabilidad ambiental con características propias y diferentes del sistema clásico de responsabilidad civil,<sup>879</sup> que en este apartado se presentan de manera simplificada, son las siguientes ideas base: i) Se fundamenta en la justicia distributiva, a saber, de la teoría absoluta de riesgo ambiental, el “principio quien contamina paga” y las nuevas tendencias teóricas de naturaleza social y solidaria; ii) el agente contaminante debe ser responsable del daño que ocasione, esto implica que el mero cumplimiento de las medidas de diligencia y precaución derivada de la legislación vigente, los reglamentos o los usos del lugar no es suficiente para fundamentar la exoneración de responsabilidad; iii) es una responsabilidad sin culpa, pues se funda sobre una prohibición inflexible que reprime un resultado dañoso; y por tanto, se es responsable aún si se es diligente o se cumple con el ordenamiento jurídico; iv) los daños causados por las actividades contaminantes deben ser imputados a su autor sobre la base de parámetros de justicia distributiva o social; v) se preocupa del daño ambiental, más que del agente contaminante.

vi) La valorización y apreciación de la prueba de la culpabilidad del agente contaminante y de la causalidad se realiza conforme al principio del “pro perjudicado”,<sup>880</sup> vii) la inversión de la carga de la prueba, debe ser en beneficio del perjudicado, de modo que el agente causante se presume responsable del daño y asume por regla general, la carga probatoria no sólo de su culpabilidad, sino de la relación causal;<sup>881</sup> vi) la causalidad en la responsabilidad ambiental se halla simplificada por tratarse de un elemento meramente fáctico y jurídico; vii) debe estar caracterizada por la reducción del número y del alcance de los medios de defensa.

viii) En la responsabilidad ambiental, el concepto de “víctima” tiene una acepción amplia: personas y patrimonios individuales, colectivos de personas y bienes ambientales colectivos, el medio ambiente puro; ix) limitación o eliminación de las causas de exención y justificación de la responsabilidad; x) es retroactiva a fin de evitar la impunidad del daño ambiental; xi) es un sistema de adjudicación de caso por caso<sup>882</sup>; xii) se trata de una responsabilidad conjunta y solidaria de los agentes contaminantes; xiii)

---

<sup>879</sup>DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 68-72.

<sup>880</sup> La causalidad en la responsabilidad sin culpa se halla simplificada por tratarse de un elemento meramente fáctico (Test Factuel) que no toma en cuenta más que los actos positivos, pero no las omisiones del responsable (...). REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 201-204.

<sup>881</sup> In Germany, a Federal Supreme Court judgment has eased the plaintiff's burden of proving causality. If the plaintiff proves that his health or property has been damaged by emissions generated by the defendant, the defendant must then prove that the emissions were immaterial or in accordance with local customs and that he has taken and observed all reasonable and economically feasible pollution-control measures. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 141-142.

<sup>882</sup> In a (strict) liability system the victim files an action claiming a causal link between the defendant's conduct and the plaintiff's injury or disease. Strict liability is typically applied to risks created by abnormally hazardous activities against defendants for all

establecimiento de un sistema complejo de presunciones y limitación de exenciones<sup>883</sup>de responsabilidad, xiv)Internalización de los riesgos ambientales como de compensación del daño, provocando en el sujeto potencialmente contaminante una actitud respetuosa con el medio ambiente; xv) es una responsabilidad mayormente garantizada, pues tiene su origen en actividades económicas a gran escala, frecuentemente industriales o fabriles; entre otras características que se irán desarrollando en lo largo de la presente investigación y de las muchas que abogarán por un sistema de responsabilidad ambiental que responda con propiedad a la naturaleza del daño ambiental.

Las bondades de optar por un sistema responsabilidad objetivo, absoluto o estricto por el daño ambiental, desde el punto teórico, y práctico, son harto suficientes para convencer que, en materia de responsabilidad ambiental, se debe optar por lo más idóneo para encarar la reparación del daño ambiental, frente a la insuficiencia del sistema subjetivo de responsabilidad, a fin de evitar la impunidad de la responsabilidad del agente contaminante frente a los daños ambientales. Siendo ello así, es criticable la falta de respuesta o reacción por parte de la mayoría de los ordenamientos jurídicos ante el giro radical del contexto socio-económico, potenciado al máximo con la evolución de la sociedad moderna cuyas actividades son cada vez más peligrosas para el medio ambiente, bajo el argumento de que la responsabilidad ambiental debe ser medida de acuerdo a criterios anquilosados de la diligencia, prudencia y pericia del hombre medio, al cumplimiento de las leyes, reglamentos y resoluciones, contraviniendo la tendencia moderna que sostiene que aún si el agente contaminante sea diligente, cumpla con el ordenamiento jurídico, etc., debe ser responsable del daño ambiental ocasionado.

---

injuries caused by their conduct. This system has the advantage of internalizing environmental risks both from the incentive and the compensation points of view. On the other hand, it has many disadvantages. First, the system relies upon a case-by-case adjudication system. Second, there may be problems in determining the causal link. Third, it may lead to inconsistent verdicts, generate long delays in court proceedings and may be more profitable to lawyers and experts than to the victims. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella, “*The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?*”, In SWANSON, Timothy, “*An Introduction to The Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*”, Op. Cit., page. 258-261.

<sup>883</sup> In addition, the 1991 German Liability Act (Gesetz über die Umwelthaftung/UmweltHG) establishes a complex system of presumptions of cause, and exemptions or exclusions from such presumptions. There is a general presumption of because that applies if taking into account the circumstances of each particular case; an installation is found to have been capable of causing the ensuing damage. The presumption of cause does not apply if the installation has operated in accordance with permits and conditions imposed under administrative law. Compliance is presumed if proper control measures were implemented, such as use of safety equipment and regular inspections. Avoidance of presumed liability can be a strong incentive to increased compliance with preventive measures. The German Liability Act provides the injured party with right to information from operators of installations and environmental authorities. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 141-142



## CAPITULO IV

### “La obligación jurídica de reparar el daño ambiental”

#### 1.- La obligación jurídica de reparar el daño ambiental.

¿Es posible reparar el daño ambiental? Otro tema, que despierta sumo interés y que remueve la concepción clásica de la reparación del daño<sup>884</sup>, es sin lugar a dudas el referido a la reparación del daño ambiental, esto es la posibilidad de que, el agente contaminante restaure o restablezca los bienes afectados o los sustituya por otros equivalentes, ya sea compensando el menoscabo por medio de un equivalente en dinero, o bien restableciendo materialmente el estado de cosas que existía antes de la lesión ambiental, o reparación *in natura*, de modo que se logre una situación real lo más parecida posible, a la existente antes del perjuicio<sup>885</sup>, o exactamente igual a la que existía con anterioridad a la producción del daño<sup>886</sup>. El problema se suscita, respecto a la reparación del daño ecológico puro pues cabe preguntarse, si ¿es posible la reparación *in natura*<sup>887</sup> de un río contaminado, de una especie natural en extinción<sup>888</sup>, de un lago contaminado, etc.?. A esta problemática, se aúna la falta de debate entre los científicos y los profesionales al respecto<sup>889</sup> determina<sup>890</sup>, aún más, la dificultad para poder valorar los bienes ambientales, sin valor en el mercado, como la fauna, la flora, los ecosistemas, los paisajes, la diversidad biológica, los ecosistemas equilibrados, el aire, los ríos, los lagos, el mar, el suelo, etc. Esta situación, exige, recurrir a otras formas de reparación<sup>891</sup>, otros métodos modernos<sup>892</sup> de determinación del valor<sup>893</sup> de los bienes

---

<sup>884</sup> Asimismo, “una vez determinada la responsabilidad queda un problema por resolver: la reparación del daño (...) la reparación consiste en procurar a la víctima la satisfacción por los perjuicios sufridos mediante el restablecimiento del equilibrio patrimonial que había sido alterado por la conducta lesiva. HUTCHINSON, Tomás; En MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 141-173.

<sup>885</sup> BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, “*La Reparación del daño ambiental en Venezuela*”, En: “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 85.

<sup>886</sup> ASUA GONZALES, Clara, “*Manual de Derecho Civil*”, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Madrid, 1998, pág. 470.

<sup>887</sup> RAMIREZ, Félix- LUJAN, José – DEZA, Mario, “*La reparación del daño extracontractual*”, en ‘*Derecho y Sociedad*’, N° 12, año VIII, Segunda Etapa, pág. 225.

<sup>888</sup> ALTERINI, Atilio A., “*Responsabilidad Civil Ambiental*”, GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (compilador), “*Responsabilidad Ambiental*”, Fundación Editorial de Belgrado, Argentina, 1999, pág. 76.

<sup>889</sup> CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., “*La Valoración Económica de los Daños Causados por las Mareas Negras: En Concierto, El En El Caso Del Prestige*”, En: *La Responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*. Editado por GARCIA RUBIO, María Paz, ÁLVAREZ GONZALES, Santiago y otros, Op. Cit., pág. 113-116.

<sup>890</sup> The concept of harm to the environment is often viewed as a property concept, where economic value is placed on the lost or damaged object. This may include market value, loss of income, and damage to moral, aesthetic, and scientific interests. Under German tort law, any natural or legal person is liable for environmental damages to the extent that they constitute an injury to the life, body, health, freedom, property or other right, such as the right to operate and establish a business, of another person if the injury is unlawful and was caused willfully or negligently. The economic approach poses problems for protection of species of wild fauna and flora that are not exploited and thus have no market value, as well as for ecosystems or landscapes the economic value of which cannot be assessed. Evaluating the economic value of the intangible aspects of the environment, such as biological diversity, balanced ecosystems, etc., is difficult. The situation is similar for areas that are under common ownership, and even more for those areas that are for common use but are not capable of ownership, such as the high seas and outer space. Measurement or evaluation of harm for the purpose of damage awards also involves important questions of the threshold or *de minimis* level of harm, proximity of harm, especially for long-term, long-distance, multiple-authored actions and, finally, the possible irreversibility of the harm caused. The last issue is something that is thus far largely ignored in law. KISS, Alexander and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 140.

<sup>891</sup> BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe y otros, “*La Reparación del daño ambiental en Venezuela*, En: “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 82-85

<sup>892</sup> Les actions en réparation. La réparation des dommages écologiques suppose un régime très particulier. Il s'agit, non seulement de réparer le préjudice direct subi par des victimes dans les personnes ou dans leurs biens, mais aussi, peut-être surtout, de réparer les atteintes subies par le milieu naturel lui-même, qui affectent l'équilibre écologique considéré comme le patrimoine collectif. Certains auteurs ont d'ailleurs préconisé la reconnaissance d'un dommage direct à l'environnement, indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens (15). Ainsi convient-il de repenser, en la matière, les formes de la réparation doivent également répondre, en matière de dommages écologiques, à des exigences particulières. L'allocation de simples dommages et inserts aux

intangibles, desarrollados especialmente por la economía ambiental<sup>894</sup>, que se adecuen a la naturaleza del daño ambiental<sup>895</sup>, y que permitan medir no sólo sus repercusiones ambientales<sup>896</sup>, sino principalmente la reparación del medio ambiente destruido<sup>897</sup>, con el objeto de recuperar un adecuado grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad. No obstante que, algunos autores sostienen que el *daño ambiental puro* no puede ser objeto de reparación, consideramos que dicha posición es equivocada, pues, aunque en la mayoría de los casos no se puede lograr el objetivo de reparar el medio ambiente, como si el daño no hubiera ocurrido, sí se puede predicar otra forma reparatoria, que busca dejar el bien en la forma más parecida posible a la que tenía antes del daño. Esta lógica, además, se predica en la responsabilidad civil en general.

Por otro lado, cabe preguntarse si los criterios de apreciación económica de los bienes privados de la víctima, desde el punto de vista privatista: *el daño emergente y el lucro cesante* se pueden adecuar, a la reparación de los daños ambientales. Al respecto la responsabilidad civil clásica nos enseña, que una vez determinada la responsabilidad<sup>898</sup>, una vez ocurrido el daño ambiental, lo que corresponde es el resarcimiento de daños. Queda habilitada la acción que consiste en, procurar a la víctima la satisfacción por los perjuicios sufridos<sup>899</sup>, mediante el restablecimiento del equilibrio patrimonial que había sido alterado por la conducta lesiva<sup>900</sup>. Si se trata de un daño material, se obliga al autor del daño a repararlo en especie, si es una pérdida o destrucción de un objeto, el autor del perjuicio está obligado a suministrar un objeto equivalente<sup>901</sup>, o una indemnización dineraria por equivalencia. Si de lo que se trata es de reparar un daño al medio ambiente puro, ésta lesión no responde a la naturaleza de los daños clásicos, por lo que, corresponde analizar si la reparación en especie, por equivalencia o en dinero, son mecanismos adecuados para restablecer los bienes ambientales, en la misma situación en la que estaban antes del daño ambiental.

---

victimes est, à cet égard, manifestement insuffisante. BERGEL, Jean-Louis, “*Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mis En (Ouvre u Droit De L’environnement*”, Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, “*-L’effectivité Du Droit Européen De L’ENVIRONNEMENT Contrôle De La Mise En Ouvre Et Sanction Du Nom Respect*”, Editions La Documentation française, 2000- Paris, page. 168-171.

<sup>893</sup> BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe y otros; “*La Reparación del Daño Ambiental en Venezuela*”, En: “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 82-85

<sup>894</sup> CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., “*La Valoración Económica de los Daños Causados por las Mareas Negras: En Concierto, el en el Caso del Prestige*”, En: “*La Responsabilidad Un Grupo de los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige*”; GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, Op. Cit., pág. 121-124.

<sup>895</sup> LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “*Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*”, Op. Cit., pág.157-163.

<sup>896</sup> CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., “*La Valoración Económica de los Daños Causados por las Mareas Negras: En Concierto, el en el Caso del Prestige*”, En: “*La Responsabilidad Un Grupo De Los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige*” GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, Op. Cit., pág. 121-124.

<sup>897</sup> HENAO, Juan Carlos y otros, “*Responsabilidad de Estado Colombiano por Daño Ambiental*”, En: “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 147-149.

<sup>898</sup> La posible concurrencia sanción penal/resarcimiento de daños, o sanción administrativa/resarcimiento de daños aparece plenamente justificada por la Constitución (no se debe olvidar que el art. 45 Constitución Española, establece que “*para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos en los que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*”. JORDANO PRAGA, Jesús, “*La Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente en Derecho Público*”, Civitas-Revista española de Derecho Administrativo, N°106, junio, 2000, España, pág. 87.

<sup>899</sup> Ante la generación de daños, (...) en un proceso civil extracontractual. El propósito buscado es el pago de una indemnización o la reparación del daño causado. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL Y OTROS, “*Situación del Acceso a la Información, a la participación social y a la justicia ambiental en el Perú*”, Editorial SPDA, ASPEC, CPP Y CIGA, mayo, Lima-Perú, 2005, pág. 91.

<sup>900</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 141-173.

<sup>901</sup> RIPERT, Georges y BOULENGER, Jean ; « *Tratado de Derecho Civil* », T. V, La Ley, Buenos Aires, 1965, pág. 185.

Asimismo, se pone en discusión, la problemática referida a *la reparación de los bienes colectivos* que componen el medio ambiente, los mismos que por su naturaleza, no constituye un patrimonio individual que pueda ser apropiado, en razón a ello, el demandante o demandantes no tienen mayor libertad para disponer si el dinero pagado por el bien ambiental lesionado.<sup>902</sup> La reparación por equivalencia dineraria no tiene sentido alguno en la reparación del daño al medio ambiente, porque con aquella no se repara el bien ambiental lesionado, sino que se otorga un subrogado pecuniario que no puede acrecentar el bien ambiental. El dinero que en todo caso se tenga que pagar, para reparar un ecosistema natural, tampoco podrá ser de libre disposición, sino canalizado a través de entidades tanto públicas como privadas, que cumplan con encauzar la reparación del medio ambiente dañado. Es natural tal posición en la responsabilidad ambiental, pues se parte de que el daño se produce a un derecho colectivo y difuso, que no puede ser apropiado como un patrimonio individual.

A lo precedentemente analizado, se unen otros factores que dificultan la posibilidad práctica, para reparar el daño ambiental, consistentes en: i) la ausencia de información sobre la situación previa al daño ambiental; ii) las propias limitaciones de economía para medir determinados valores intangibles; iii) la escases de técnicas de valoración de bienes ambientales; iv) la fuerte variabilidad que se observa en los importes de las indemnizaciones satisfechas; v) la falta de debate entre los científicos y los profesionales de las distintas disciplinas que intervienen los procesos de valoración de daños ambientales; vi) la falta de acuerdo sobre la propia definición de daños, las metodologías y técnicas que se deben aplicar en cada caso y cómo deben ser aplicadas, así como su adecuada incorporación en el ordenamiento jurídico<sup>903</sup>, entre otros indicadores, que determinan la dificultad práctica para restablecer materialmente el estado del medio ambiente antes del evento dañoso, resultando muchas veces que el restablecimiento de los bienes ambientales, después de un impacto lesivo en el medio ambiente, es poco menos que imposible.

Frente a este panorama incierto, autores como BERGKAMP<sup>904</sup>, reconocen, por la naturaleza del medio ambiente, que existe dificultad para restablecer materialmente el estado de cosas que existía antes del daño ambiental, y por tanto, se hace imposible la reparación *in natura*<sup>905</sup>, y que, en la mayoría de los casos, la compensación es el único objetivo de las normas de responsabilidad civil por el daño ambiental, en contra del dogma establecido por la responsabilidad civil clásica consistente en que la protección de

---

<sup>902</sup> No es de extrañar que privilegiar la reparación en especie por sobre la indemnización dineraria constituye una diferencia clara de la reparación de los daños ambientales, respecto de las reglas clásicas de responsabilidad civil, en las que la indemnización dineraria por equivalencia, busca reemplazar o compensar el bien dañado, como regla general. HENAO, Juan Carlos, y otros, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág.147-149.

<sup>903</sup> CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E. y otros, “*la Responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 113-116.

<sup>904</sup> Compensation and "Victim Protection". Modern concepts of victim protection would appear to relate not only to compensation, but also to deterrence (fewer victims), risk spreading (insurance), and corrective or distributive justice. As discussed above, it is doubtful whether compensation as such can be a goal of civil liability. A deterrence goal is not plausible because victim protection may reduce a potential victim's incentives to take care appropriate victim deterrence is of overriding importance; in van den Bergh's words, no victim is better than a protected victim. This observation illustrates also that the term "victim protection" is misleading; victims are not protected, but merely compensated. If tort law is supposed to pursue a "victim protection" objective, an explanation should be given as to why one would want to pursue this objective through the complicated liability system, rather than through public law, a compensation fund, a social insurance program, or some first party insurance scheme. -' If we were after victim protection, tort law would not come to mind. Thus, although victim protection is a consequence, and, if rightly conceived, a desirable consequence, of a liability regime, it is not its objective. BERGKAMP, Lucas, “*Liability and Environment-Private and Public Law Aspects OF civil Liability for Environmental Harm in an International Context*”, Op. Cit., page. 70-72.

<sup>905</sup> RAMÍREZ, Félix - LUJAN, José – DEZA, Mario, y Otros, “*La reparación del daño extracontractual*”, en ‘*Derecho y Sociedad*’, N° 12, año VIII, Segunda Etapa, pág. 225.

las víctimas debe ser la reparación integral del daño, como una consecuencia deseable de un régimen de responsabilidad civil.

Si partimos de que la víctima de un daño, cualquiera que sea, en lo posible *“debe ser resarcido integralmente”*<sup>906</sup> y que, por lo tanto, se debe tratar de colocarla en la misma situación en que estuvo antes de haber sufrido el daño, el problema se agudiza, ya que muchas veces es imposible poder cumplir tal tarea en toda su magnitud. Por tal razón, es posible sostener que *“más que una reparación, el pago ordenado por el juez es muchas veces, sólo una compensación”*<sup>907</sup>, más aún en la responsabilidad ambiental, es casi imposible la aplicación del *“principio de reparación integral”*<sup>908</sup>, ante la imposibilidad material, de lograr que el medio ambiente dañado, vuelva a ser exactamente similar, después una lesión ambiental. Frente a ello, por ejemplo, en el caso de la extinción de algunas aves, a causa de la exagerada contaminación de su hábitat, ante la imposibilidad física de revivir dichas especies, se puede optar, por lograr que otras aves, de especies parecidas, una vez limpiado el lugar, por la capacidad de resiliencia que tiene la naturaleza, puedan reparar el ecosistema dañado. Este asunto despierta interés constante por parte de juristas, legisladores, magistrados, médicos legistas, peritos, seguros, etc. Las razones de tal perspicua atención se deben principalmente, al relieve que adquiere cada vez más en la sociedad moderna, el medio ambiente, que exige superar *las dificultades de una valuación adecuada del daño ambiental*; y la necesidad de ofrecer una idónea reparación por los daños que frecuentemente se encuentran en especial a los daños ambientales los mismos que por su naturaleza *suígeneris*, no tienen valor en el mercado.

Tal como se observa, la reparación del daño ambiental, constituye un nuevo reto para el derecho civil moderno, y en específico para el sistema peruano de responsabilidad ambiental, en donde aún es un problema por resolver, pues nuestro régimen de responsabilidad pues está pensado para indemnizar los daños tradicionales y no bienes ambientales. Así, la reparación del daño ambiental, en el sistema peruano de responsabilidad ambiental, se rige por dos sistemas de reparación del daño ambiental: i) El sistema de responsabilidad ambiental de tipo administrativa establecido en la LGA; y ii) el sistema general de responsabilidad civil ambiental de tipo civil. Ello en atención a lo establecido en el principio IX, de la LGA, que establece que:

*“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”*<sup>909</sup>.

Esto es, se trata de una norma que establece que los mismos daños ambientales, pueden ser reparados a través de las medidas restauración, rehabilitación o reparación o compensados. Sin perjuicio claro está de las responsabilidades civiles de carácter general civil establecida en el Código Civil de 1984. El referido principio, debe ser a su vez concordado con el artículo 138 de la LGA que se refiere a *la relación con otros regímenes de responsabilidad*. La referida norma establece que:

---

<sup>906</sup> DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo: *“La Responsabilidad Civil”*, Bilbao-España, 1989, Edit. Univ. De Deusto, pág. 323

<sup>907</sup> BORDA, Guillermo A., *“Manual de Obligaciones”*, Edit. Perrot, 2da Edic., Buenos Aires, 1963, pág. 389.

<sup>908</sup> ALTERINI, Atílio A-ASMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto M., *“Curso de Obligaciones”*, Buenos Aires, 1989, 4ta Edición, Edit. Abeledo - Perrot, Nro. 590, pág. 285.

<sup>909</sup> *“Normas de Protección del Medio Ambiente”*, Edit. RHODAS, 2010, Lima Perú, pág.22.

*“La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos”<sup>910</sup>.*

Ello implica que, un mismo daño ambiental, puede dar lugar no sólo a la responsabilidad administrativa, consistentes en las medidas de restauración, rehabilitación, reparación o compensación de un daño ambiental sino también se puede accionar por la reparación del referido daño a través de la responsabilidad civil.

Respecto al sistema de responsabilidad por el daño ambiental establecido en la LGA, por lo daños ambientales ocasionados por infracciones administrativas, nos remite al artículo 147 de la LGA, el que expresamente norma que la reparación del Medio Ambiente es consecuencia del daño ocasionado. Así el citado artículo, ha establecido textualmente: *“De la Reparación del Daño”*:

*“La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”<sup>911</sup>.*

Del citado artículo, se distinguen situaciones: a) Si se trata del “restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes”<sup>912</sup>. Ejemplo: en el caso del río contaminado, el agente contaminante deberá realizar las labores necesarias para su descontaminación; b) si se trata de la “indemnización económica”, o patrimonial, a los individuos colectivos. En la primera variable, la L.G.A. en el artículo 147, expresamente norma que la reparación del medio ambiente es consecuencia del daño ocasionado, el mismo que implica: *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 <sup>913</sup> observándose que de no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del *ambiente o de los elementos afectados*; b) 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. Tal como se aprecia, se contempla que la reparación del daño ambiental exige una justa y equitativa indemnización. La LGA, es clara respecto a la extensión de la reparación el cual comprende tanto la reparación del medio ambiente, y además de no ser posible, la compensación del mismo, a través de la recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados, la misma que incluye: los costos de prevención, costos de mitigación, los costos de restauración, los costos de la recuperación del ambiente afectado, costos de la ejecución de medidas necesarias para mitigar los efectos del daño; y los costos de la ejecución de medidas necesarias para prevenir los efectos del daño, indicadores que consideramos positivos, por la gravedad de los daños ambientales, que suelen suceder por la realización de actividades riesgosas y peligrosas, no obstante, no se establece los criterios de valuación de los daños ambientales transfronterizos .

---

<sup>910</sup> “*Normas de Protección del Medio Ambiente*, Edit. RHODAS, 2010, Lima-Perú, pág. 80.

<sup>911</sup> (Concordancia. Ley 28611 – Medio Ambiente: Arts. VIII, IX. Código Civil: Art. 1969.En: “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”. Op. Cit., pág. 85.

<sup>912</sup> ESPINOZA, Juan. “Derecho de la responsabilidad Civil “. Op. Cit., pág. 774 – 775.

<sup>913</sup> Concordancia. Ley 28611 – Medio Ambiente: Arts. VIII, IX. Código Civil: Art. 1969. “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”. Op. Cit., pág. 85.

Por su parte, en el sistema general de responsabilidad civil peruano, establecido por el artículo 1985 del Código Civil, establece que la extensión de la reparación del daño es: *el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona*, incluso los daños futuros, si son debidamente acreditados<sup>914</sup>. ESPINOZA<sup>915</sup>, precisa que tenemos que delimitar qué universo comprendería la pretensión resarcitoria. Con razón, en doctrina se afirma que otra cuestión es que, el mismo hecho que causa la degradación ambiental, puede dar lugar contextualmente a daños injustos a *los miembros de la colectividad individualmente considerados*, incidiendo en los bienes propios de éstos (como la salud, la propiedad, otros derechos de goce. Para tales hipótesis puede hablarse de daño ambiental sólo en una acepción meramente descriptiva del hecho lesivo y no para indicar las características de la tutela, que serán aquellas propias del bien lesionado.

Tal como se observa, en materia de reparación del daño ambiental, el sistema peruano de responsabilidad ambiental, sigue la tendencia, del derecho comparado, en el sentido que, cuando no es posible la reparación *in natura*, por no ser técnica ni materialmente posible su restablecimiento, se debe optar por la recomposición o mejoramiento del *ecosistema lesionado* y *el monto* de indemnización tendrá por destino la realización de acciones que *compensen los intereses afectados* o que contribuyan a cumplir los objetivos de reparar el medio ambiente. ), no obstante no se observa los modernos mecanismos de valuación de los daños ambientales. Y además en el Código Civil no se establece la extensión a repararse de los daños ambientales. Por lo que, queda al derecho peruano recurrir a las tendencias del derecho moderno, respecto a la reparación de los daños ambientales, con el fin de lograr un sistema de responsabilidad mucho más eficaz, en especial para la reparación del daño ambiental puro.

De todo lo anotado, el asunto consiste en analizar si los conceptos clásicos de la responsabilidad civil, esto es aplicables a la reparación el daño común, se adecuan para la reparación del daño ambiental, y ver la posibilidad de que el agente contaminante restaure o restablezca los bienes ambientales afectados o los sustituya por otros equivalentes ya sea compensando el menoscabo por medio de un equivalente en dinero, o bien restableciendo materialmente el estado de cosas que existía antes del acto dañoso, o llevando a cabo aquellas acciones, tanto de dar como de hacer, que reparen el medio ambiente en *sentido estricto*, de acuerdo al daño causado<sup>916</sup>, de modo que se logre una situación real lo más parecida posible, a la existente antes del perjuicio<sup>917</sup>. De lo que se trata, entonces, es de que las víctimas del daño ambiental, sean indemnizadas, de tal manera que se restablezca su situación, a la que se tenía antes del hecho lesionante, a la salud de las personas<sup>918</sup>, a su propiedad y al medio ambiente.

---

<sup>914</sup> ESPINOZA, Juan. “Derecho de la responsabilidad Civil “. Op. Cit., pág. 774 – 775.

<sup>915</sup> ESPINOZA, Juan. “Derecho de la responsabilidad Civil “. Op. Cit., pág. 774 – 775.

<sup>916</sup> ASUA GONZALES, Clara, “Manual de Derecho Civil”, Op. Cit., pág. 470.

<sup>917</sup> Esta es la reparación en especie que consiste de manera necesaria en la condena del responsable a cumplir obligaciones de hacer. Si la pretensión es de contenido cautelar, la prevención del daño ambiental o del agravamiento de sus resultados se obtendrá mediante la condena del responsable a cumplir obligaciones de hacer o de no hacer, lo cual implica también un pago en especie. Por supuesto, el responsable condenado también estará siempre en la obligación de indemnizar daños y perjuicios, mediante el pago de las cantidades dinerarias necesarias para cubrir los costos y costas del juicio, en particular lo relativo a las onerosas experticias probatorias. BLANCO, Alberto, y otros, “Responsabilidad por daños al Medio Ambiente”, Op Cit., pág. 85.

<sup>918</sup> i) La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 no formula expresamente el derecho humano al medio ambiente, no obstante, afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] su salud y su bienestar” (art.25) (...). El 16 de junio de 1972, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano adoptó la Declaración de Estocolmo, que proclama en su *primer principio*: “EL hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar (...)”. DEJEANT- PONS, Maguelonne, “Los Derechos del Hombre al medio ambiente en el ámbito internacional”, En: “Justicia Ambiental, Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2001, Bogotá -Colombia, 2001, pág. 28-29; ii) habría

En esa línea de análisis, se debe determinar si es posible superar la imposibilidad material de revertir los daños a los bienes ambientales, y es que incluso los más acérrimos partidarios del mecanismo de la responsabilidad civil como medio cautelar del ambiente, no tienen reparos en reconocer abiertamente que en la práctica la mayor parte de las veces la reparación *in natura* es muy difícil, si no imposible<sup>919</sup>, debido a que pese a su mayor plenitud reparativa, restablecer materialmente el estado de cosas que existía en el medio ambiente antes del evento dañoso presenta indudablemente numerosos problemas prácticos. Piénsese simplemente en las dificultades para reponer el daño ambiental ocasionado a una playa por derramamiento de petróleo, empleando por ejemplo criterios de apreciación económicos usados para reparar los bienes de naturaleza privativa (el daño emergente, el lucro cesante, etc.), se constata que los referidos indicadores o criterios, no se adaptan a las exigencias de evaluación de la degradación de los bienes ambientales, pues los mismos no son de naturaleza privativa, sino más bien intangibles, y sin valor en el mercado.

No obstante la problemática advertida, en materia de reparación del daño ambiental, el objetivo central de la responsabilidad civil por el daño ambiental, como apunta STUART BELL<sup>920</sup>, es colocar, en caso de daño, a la víctima lo más lejos posible, en la posición que habría estado si el daño ambiental no habría ocurrido, para lo cual se debe evaluar los efectos del mismo en toda en toda su extensión: i) *el Daño a la patrimonial (lucro cesante y daño emergente)* por ejemplo, valuar el costo de las operaciones de limpieza necesarias para restaurar las propiedades a su estado anterior, y también valuar la diferencia entre el valor de la propiedad antes y después de ocurrida la contaminación; ii) *el Daño moral a los individuos como efecto de los daños ambientales puros*, en el caso de que haya daño físico, psíquico y/o al proyecto de vida, los daños y perjuicios se basarán en los gastos ocasionados durante el período de la molestia; iii) *el Daño al medio ambiente puro*, correspondiendo la recomposición, restauración o compensación del

---

que emprender investigaciones para determinar la importancia *para la salud humana* del aumento de metales pesados como consecuencias de su movilización en los suelos y sistemas de tuberías, como consecuencia de la acidificación del agua por el transporte atmosférico y depósito a largas distancias de nitratos y sulfatos. COMISIÓN DE SALUD Y MEDIO AMBIENTE DE LA OMS, “*Nuestro Planeta, Nuestra Salud*”, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud -Washington-D.C.20037, E.U.A 1993, pág. 266; iii) Los gobiernos parecen tener dificultades para enfrentar grandes números de temas ambientales, cada uno de ellos con consecuencias sociales científicas, económicas y de la *salud muy complicadas*. CASTAÑAGA RUIZ, Carmen, En: “Defensa Ambiental”, Conferencia en el Día del Medio Ambiente”, Editado por RAMOS ARNAO, José, Lima, 1994, pág. 59 -60. iv) Medioambiente y ser humano se encuentran tan estrechamente vinculados que conforman, así, un *sistema integrado* de vida “*en el cual los componentes interactúan a través del intercambio de energía, materiales e información*”. SALAZAR LARRAIN, Arturo, “*El Ser Humano no empobrece ni depreda ni contamina*”, Revista de derecho IUS ET VERITAS, Año III, N°5, Editorial PUCP, Lima-Perú, 1992, pág. 118.

<sup>919</sup> LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “*Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*”, Op. Cit, pág. 157-163.

<sup>920</sup> Damages. Unlike an injunction, a claimant can demand that the court award damages. The aim of such damages is to place the claimant as far as possible in the position they would have been in had the wrongful act not occurred. This could be calculated in two ways on the cost of clean-up operations necessary to restore the property to its previous state, or the difference between the value of the property as it was after the pollution had affected it, and before. The approach of the courts now, however, is to calculate damages according to the latter method. So, where there has not been physical damage, damages will be based on the difference in possible rental value during the period of the nuisance (see *Hunter v Canary Wharf*). This means that damages will not depend on the number of people affected, in line with the idea that nuisance is a land tort. However, if there is actual damage this will have to be compensated. An example of this is *Marquis of Granby v Bakewell UDC* (1923) 87 JP 105, the defendant operated a gas works which discharged poisonous effluent into a river over which the claimant had fishing rights, killing numerous fish. The claimant received compensation equaling the costs of restocking the river in addition to the loss of a large amount of the food supply for other stocks. The court also took into account the effects of the pollution on higher quality areas of the river and considered that the damages would be higher where environmental pollution was greater. Damages for all future loss are only available in lieu of an injunction. (...)The scope for these damages is, however, limited to classes of tort which were the subject of an award of exemplary damages before 1964 (*A.B. v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507) and cases where there has been oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government, or where the defendant's conduct was calculated to make a profit which would exceed the damages payable. (*Rookes v Barnard* [1964] AC 1129). STUART BELL LLB Hons, and Others, “*Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Op. Cit., page. 275- 276.

medio ambiente dañado, privilegiando la reparación del mismo en especies por sobre el resarcimiento dinerario, asunto esencial en esta cuestión, ya que la finalidad básica de la reparación viene dada por la reconstitución o restauración global de los bienes ambientales<sup>921</sup> (de los ecosistemas, de la biodiversidad de la flora y la fauna, de la descontaminación de los ríos y de los mares, de la descontaminación del aire, etc.), los mismos que tienen un valor ambiental intrínseco, objetivo final, de todo el presente discurso teórico;

iv) corresponde evaluar si en los casos en que sea imposible restaurar el bien ambiental dañado, es factible propender a que la indemnización favorezca a otro bien ambiental de similar naturaleza, así, por ejemplo, en el caso de las especies en extinción, al responsable deberá imponérsele la tarea de ayudar a que esas especies no se extingan completamente, o ayudar a otras especies para que no se extingan. En efecto, sostienen los expertos ambientales que, si la restauración no es técnicamente posible, o sólo lo es en parte, la valuación de los recursos naturales tiene que basarse en el coste de soluciones alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con el objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad<sup>922</sup>. Esta posición se sustenta en el hecho de que el ecosistema es interactuado<sup>923</sup> y, por tanto, si bien es cierto no se restaura el bien lesionado, sí se restaura el sistema, que se verá beneficiado en su conjunto una vez utilizadas las técnicas de restauración del medio ambiente afectado; v) asimismo, determinar si es posible optar por un valor de reposición, es decir, si es posible, restituir el ecosistema al estadio anterior al de la catástrofe. Es cierto que en algunos casos la reposición será imposible y, por tanto, el valor de indemnización expresará sólo un valor indemnizatorio, para efectos de tratar de recomponer el ecosistema, por lo que dicha valoración debe realizarse para que los responsables asuman los costes extraordinarios que el colectivo y el Estado debe afrontar para restablecer unas condiciones) de normalidad de los ecosistemas naturales; vi) a fin de asignar un valor referencial de los bienes ambientales, se examinará si se puede recurrir, a diferenciar los valores comerciales y no comerciales, optar por las técnicas de mercado o acudir a las otras metodologías alternativas de valoración, como: el método de valoración contingente (MVC), métodos como el coste de viaje (CV) o de los precios hedónicos (PH)<sup>924</sup>, para encarar la facultad práctica de dar un valor en el mercado a un bien ambiental, a través de su utilidad social.; y vii) se examinará si es adecuado recurrir, a criterios de reparación de los daños ambientales que satisfagan los intereses de

---

<sup>921</sup> Bienes ambientales, (naturales o artificiales) degradados, única vía apta para la salvaguarda de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. Esto es nos conduce inevitablemente a la necesidad de tomar en cuenta la pluralidad de los utilizadores diversos del bien ambiental afectado (por ejemplo, un curso de agua: bañistas, deportistas, pescadores, bebedores, vertidos de afluentes, etc.) y la extensión o gravedad del daño imputable a los efectos físicos, químicos y biológicos y su interacción con el paisaje. Sólo en caso que sea técnicamente imposible proceder de esta manera, que podríamos llamar del cumplimiento en especie, estaríamos autorizados a proceder a *la indemnización de daños y perjuicios*, vía el cumplimiento por equivalente, eficaz en el plano económico, pero deficiente en el ambiental. BLANCO, Alberto, QUINTERO, Uribe, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 82-85.

<sup>922</sup> HENAO, Juan Carlos, y otros, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 147-149.

<sup>923</sup> i) Un sistema ecológico interactúa, con una red de flujos de alimentos y minerales en la que las trayectorias principales son poblaciones de animales, plantas y microorganismo, cada una de ellas especializada en vivir de un modo distinto, y que hacen distintas aportaciones a los flujos de energía del sistema. ODUM, Howard T., “*La Potencia de los Sistemas Ecológicos*”, Primera Edición, Editorial Blume, Barcelona-España, 1980, pág. 83; ii) medioambiente y ser humano se encuentran tan estrechamente vinculados que conforman, así, un sistema integrado de vida “en el cual los componentes interactúan a través del intercambio de energía, materiales e información”. SALAZAR LARRAIN, Arturo, “*El ser humano no empobrece ni depreda ni contamina*”, Op. Cit., pág. 118.

<sup>924</sup> El método de valoración contingente (MVC), métodos como el coste de viaje (CV) o de los precios hedónicos (PH), serán analizados, sólo de manera general, pues su aplicación técnica, amerita una investigación específica sobre los criterios de valuación del daño ambiental, objetivo, que no es el de la presente investigación. Comentario de la doctoranda, Mercedes Manzanares Campos.



incidencia colectiva: *utilidad social, repercusiones económicas, culturales, naturales*<sup>925</sup>, entre otros indicadores.

La dificultad que el presente asunto representa, no puede ser motivo de pesimismo, tarea ardua que queda por hacer y que ameritaría una línea de investigación específica, sin perjuicio de ello analizaremos el tema de manera general. Lo que se busca es establecer las bases de un nuevo sistema de responsabilidad civil por daño al medio ambiente, basado en un cambio conceptual, del derecho civil de ser históricamente individualista a convertirse en un derecho moderno con utilidad social, que permita lograr el objetivo central de la presente investigación que es la reparación del daño ambiental<sup>926</sup>, necesidad urgente del mundo actual, para la protección del medio ambiente.

## **2.- Formas y alcance de la reparación del daño ambiental.**

Se observa, que es casi unánime la posición del derecho comparado, en el sentido que, de lo se trata en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, es colocar a la víctima, lo más lejos posible de la posición que habría estado si el daño ambiental no habría ocurrido, recurriendo para ello a formas muy creativas y no convencionales de reparación del daño ambiental, que de alguna manera, logren recomponer, restaurar o compensar el daño ambiental, pues de lo que se trata es poner a los bienes ambientales lo más cercano posible al estado anterior del equilibrio destruido por el daño ambiental. Tradicionalmente para reparar los daños comunes, se alcanza de dos modos: a) por el resarcimiento, que consiste en compensar a la víctima mediante *un equivalente pecuniario*, y b) por la reintegración en forma específica (*reparación in natura*), que consiste en restablecer la situación material que hubiera existido de no haber sucedido el hecho dañoso. La primera consiste en una obligación de dar; la última de hacer. Dentro de las modalidades de reparación hay que decir que estas suelen *ser por equivalente*, es decir, en dinero. No obstante, preferentemente en los casos de materia ambiental, cuando sea posible, las reparaciones deben otorgarse *in natura*, la misma que no solo es deseable, sino que es obligada mientras sea posible.

En materia, de responsabilidad ambiental, se tiene que partir de la tesis que, la reposición total del medio ambiente, es muchas veces imposible,<sup>927</sup> no obstante, en estos casos se deberá recurrir a soluciones que satisfagan con la misma intensidad a los bienes ambientales lesionados y por tanto ante la extinción de una especie animal, la obligación del lesionador, puede consistir en evitar que otra especie en extinción desaparezca; así también, ante la tala de árboles, se ordenará la reforestación de los mismos, no siendo imprescindible que los mismos sean de otra especie; ante la contaminación de un río, corresponderá la limpieza de sus aguas, a través de técnicas modernas de descontaminación de aguas, y así sucesivamente, medidas que deben tomarse en función a la naturaleza de los bienes ambientales dañados.

Ahora bien, en el evento que sea imposible restaurar el bien ambiental dañado se debe propender a que la indemnización favorezca a otro bien ambiental de similar naturaleza. Esta posición se sustenta en el hecho de que el ecosistema es interactuado y, por tanto, si bien es cierto no se restaura el bien lesionado, sí se restaura el sistema, que se verá beneficiado en su conjunto, permitiendo que el resarcimiento recaiga sobre otro bien ambiental distinto del dañado, con el fin de lograr la recuperación del bien ambiental para dejarlo al menos en la situación más parecida a la que tenía antes del daño, cuando esto es posible,

---

<sup>925</sup> MOSSET ITURRASPE, y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 136 - 140.

<sup>926</sup> BLANCO, ALBERTO, Quintero, Uribe, “*La reparación del daño ambiental en Venezuela*”, en “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit. pág. 65-68.

<sup>927</sup> ALTERINI, Atilio A. y otros, “*Responsabilidad Ambiental*”, GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (Compilador), Op. Cit., pág. 76.

invirtiendo en otros bienes ambientales cuando es imposible recuperar aquel dañado<sup>928</sup>. En ese sentido, una vez determinada la responsabilidad queda un problema por resolver: la reparación del daño. La responsabilidad es entonces la reacción contra el daño sufrido, la reparación consiste en procurar a la víctima la satisfacción por los perjuicios sufridos, mediante el restablecimiento del equilibrio patrimonial que había sido alterado por la conducta lesiva.

## 2.1.-El resarcimiento *in natura* del daño ambiental.

La denominada “reparación *in natura*” o “*en forma específica*” presenta como característica principal que el resarcimiento del daño se realice materialmente, es decir, se intenta colocar al perjudicado en la misma situación en que se encontraba antes de sufrir el daño. Este medio de reparación, hipotético en muchas ocasiones debido a su difícil realización plena, exige llevar a cabo aquellas acciones, tanto de dar (*daré*) como de hacer (*facere*), que reparen en sentido estricto el daño causado, con el fin de que las cosas queden exactamente igual que con anterioridad a la producción del daño<sup>929</sup>. El resarcimiento específico, consiste en restituir “en su identidad y puntualidad una situación alterada”<sup>930</sup>, por lo que este tipo de resarcimiento, exige llevar a cabo aquellas acciones, por el propio responsable o a su costa<sup>931</sup>, consistente en dar o hacer, que reparen en sentido estricto el daño causado, con el fin de que las cosas queden exactamente igual que con anterioridad a la producción del daño. Una de las modalidades elementales de este tipo de indemnización, es la restitución de la cosa a su dueño, después de haber sufrido éste la desposesión ilegítima, se debe de entregar un objeto equivalente al destruido o perdido<sup>932</sup>, por lo que, como se advierte, se trata de una forma primaria de reparación, y en tanto sea posible realizarla, es la más lógica y justa para efectos de reparar un daño. Quienes hacen primar la reparación *in natura* entienden que lo que se persigue es garantizar al perjudicado la misma situación económica que ocuparía sin el acaecimiento dañoso<sup>933</sup>, siendo las ventajas principales: i) satisfacer plenamente el ideal de la reparación del objeto dañado, volviendo las cosas al estado anterior al daño; ii) descartar el aspecto especulativo o lucrativo que puede significar la indemnización dineraria y los propios problemas de la moneda (depreciación del signo, intereses, etc.);<sup>934</sup> iii) prever los posibles casos de devaluación monetaria, entre otras ventajas.

---

<sup>928</sup> Es así como, por ejemplo, el Convenio Internacional sobre responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos afirma de manera expresa que el daño en estas hipótesis “incluye el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o daños causados por tales medidas preventivas”, y define a estas últimas como “todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona después de ocurrir un siniestro con el objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación”.

Se ha discutido mucho si la responsabilidad civil es ajena a la “Recomposición del ambiente” y no se ha considerado que la reparación *in natura* es una de las instituciones más antiguas de la responsabilidad civil, y que es de vital importancia en materia de reparación del daño ambiental. HENAO, Juan Carlos, “Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 147-149.

<sup>929</sup> La forma específica supone realización de la actividad necesaria (por el propio responsable o a su costa) para reponer cosas o bienes dañados a su estado primitivo; lógicamente sólo cabrá cuando el *statu quo* antes sea reiterado; correspondiéndole en tal caso al dañado la opción entre una u otra forma de resarcimiento. Aunque junto con la indemnizatoria sea atendible la pretensión de supresión de la causa productora del daño tal supresión de la causa productora del daño no es un modo de resarcimiento), sino una forma de tutela encaminada a evitar que se sigan causando nuevos daños. ASUA GONZALES, Clara, “Manual de Derecho Civil”, Madrid, 1998, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., pág. 470.

<sup>930</sup> La reparación natural consiste en restablecer el bien jurídico lesionado, restituyendo al damnificado el bien que ha sufrido menoscabo: si se calumnia a una persona, restituyéndole la fama, a través de la retractación, si se le roba, devolviéndole lo robado, a modo de ejemplo. MOSSET ITURRASPE, J., “Responsabilidad por daños”, Op. Cit., pág. 241.

<sup>931</sup> ASUA GONZALES, Clara, “Manual de Derecho Civil”, Op. Cit., pág. 470.

<sup>932</sup> REY DE CASTRO, Fernando, Op. Cit., pág. 37 – 38.

<sup>933</sup> ORDOQUI, Gustavo y OLIVERA, Ricardo; “Derecho Extracontratual”, Op. Cit., pág. 378-381.

<sup>934</sup> STIGLITZ, Carlos A. y ECHEVESTI, Carlos A., “Responsabilidad civil”, Op. Cit., pág. 293.

Por lo que, amerita analizar la posibilidad de aplicación de la reparación *in natura* en materia de reparación del daño ambiental puro. Al respecto, un sector de la doctrina, señala con optimismo, que en materia ambiental la reparación *in natura*, no es sólo deseable, “sino que es obligada mientras sea posible.”<sup>935</sup> La respuesta en principio parece fácil, pues resultaría ideal que este tipo de reparación debería realizarse para reparar los daños ambientales, como en todos supuestos de responsabilidad civil, en los que, se aplique de forma prioritaria. El asunto es que frecuentemente los daños al medio ambiente supone una alteración de los elementos ambientales cuyo restablecimiento es poco menos que imposible en la mayoría de los casos, y por tanto, es físicamente insostenible afirmar que los bienes ambientales pueden ser restablecidos en su totalidad, según demuestran los estudios científicos, por lo que, finalmente se trata de una forma de reparación hipotética, y de muy difícil realización plena, dada la imposibilidad práctica de reparar los bienes ambientales,<sup>936</sup> más aún si los mismos tienen una connotación social y no privada.

Desde el punto de vista económico, volver a la situación anterior a los bienes ambientales, dejando las cosas como estaban antes de la ocurrencia del daño ambiental, conlleva la adopción de medidas costosísimas en términos económicos que ponen en entredicho no sólo el carácter subsidiario de la reparación por equivalencia o indemnización pecuniaria, sino también en la utilidad de la indemnización en este campo<sup>937</sup>. Situación que amerita ser tenida en cuenta, a fin de asegurar la posibilidad real y no solamente en anhelo frustrado, vía reparación *in natura* de lograr la reparación de los bienes ambientales dañados.

Es claro que, sería lo óptimo la reparación *in natura*, el problema es que la naturaleza *suigeneris* del daño ambiental, hace casi imposible su aplicación, pues la reparación de los daños ambientales, no sólo afectan a las personas o a su patrimonio, sino especialmente al medio ambiente puro, resultaría ser insuficiente e ilógico en cierto modo, una indemnización de este tipo, en razón a que no se puede evidentemente ordenar la reparación en especie de un daño ecológico puro, pues se trata de bienes que no se encuentran en el mercado y por tanto su restitución plena es casi imposible, presentando indudablemente numerosos problemas prácticos. Piénsese simplemente en las dificultades para reponer un río contaminado, o de reponer al estado anterior un bosque talado, o reponer al estado anterior las aguas de un mar contaminado por hidrocarburos.

Algunos autores sostienen que el daño ambiental puro no puede ser objeto de reparación; otro sector de la doctrina, en cambio, afirma que dicha posición es equivocada, pues aunque en la mayoría de los casos no se puede lograr el objetivo de reparar el medio ambiente como si el daño no hubiera ocurrido, sí se puede optar por otras forma reparatorias desde el punto de vista social, que buscan dejar el bien ambiental en la forma más parecida posible a la que tenía antes del daño, por ejemplo reparando el ecosistema, al ser de naturaleza interactuado, se restaura el sistema ambiental dañado, que finalmente es lo que se trata de

---

<sup>935</sup> En lo que respecta a la valuación del daño, el principio que debe regir la materia es el de la valuación al momento de la reparación y no al de la producción de los daños, y para esta valuación debe tomarse en consideración la evolución del daño; hay lugar al pago de los intereses correspondientes. Cabe acotar que con más propiedad debería hablarse de valuación de los medios que se precisan para reparar el daño, antes que de la valuación del daño. MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 141-173.

<sup>936</sup> RAMÍREZ, Félix - LUJAN, José – DEZA, Mario, “*La reparación del daño extracontractual*”, Op. Cit., pág. 225.

<sup>937</sup> La Ley 13/1990, 19 de julio, de Cataluña, que importa al vecino de un predio del que provengan inmisiones molestas está obligado a tolerarlas si son inocuas o que “son consecuencias del uso normal del predio vecino, según la costumbre local si la sensación comporta un gasto económicamente desproporcionado” (artículo 3.3), (...) “las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente faculta solamente al propietario afectado solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas. Si aun así las consecuencias que no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos” (artículo 35). LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “*Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*”, Op. Cit., pág. 157-163.

proteger. Otra sector de la doctrina, mucho más escéptico, sostienen que la responsabilidad civil, llega hasta ese punto, y no más, porque la necesidad de compensación que deberá llevarse a cabo en sede judicial entre la exigencia de integridad de la reparación y los beneficios de índole social-económica derivados de la misma actividad nociva, imposibilitará que en la práctica, se llegue a la satisfacción total de ser resarcido<sup>938</sup>, posición pesimista, dado que si se parte por reconocer la inviabilidad de la reparación *in natura*, se puede buscar soluciones creativas, que se adapten a la naturaleza especial de los bienes ambientales dañados y lograr su reparación, su restablecimiento o compensación.

Ante tal comprobación, no es posible abandonar, por tanto, la posibilidad de la reparación del daño ambiental puro, pues eso sería quedarnos contemplando como nuestro hábitat se va contaminando, sin que nosotros los seres humanos, tengamos capacidad de reacción alguna, y todo ello, porque la realidad del daño ambiental, no se adecúa a la reparación de los daños clásicos, que responden a los dogmas civiles de siglos pasados. Es necesario entonces, abandonar la idea que la reparación del daño ambiental es imposible, y más bien repensar las formas de reparación que se adapten a la naturaleza de los bienes ambientales. La reparación *in natura*, como mecanismo de reparación deberá ser tomado en cuenta, en la medida que sea posible, caso contrario, exige llevar a cabo otras acciones, que igualmente reparen de manera satisfactoria, desde el punto de vista social, el daño ambiental causado, teniendo siempre en cuenta que los ecosistemas son interactuados<sup>939</sup> y, por tanto, si bien es cierto no se restaura en su totalidad el bien ambiental lesionado, sí se restaura el sistema el cual se verá beneficiado en su conjunto.

Por lo que la reparación *in natura de los daños ambientales puros*, reconociendo que este tipo de daños son más complejos, en que se afectan no solo personas o a sus bienes sino de forma indirecta o refleja los elementos naturales (o si se quiere a la inversa, tanto da) ¿no debe más bien ser el ambiente restaurado, para que pueda entenderse cumplido el fin de la reparación?, ¿resultaría ser insuficiente, e ilógico en cierto modo, una indemnización pecuniaria un particular de daños sufridos por el ambiente, aunque redunde en perjuicios para su salud o su patrimonio? ¿o es más bien al revés, se causan daños a ella persona o a su patrimonio y con carácter reflejo se daña el ambiente? Este interrogante no es tan relevante como la de la segunda cuestión: ¿en qué forma deberá verificarse esa reparación? La respuesta en principio parece fácil: esta reparación debería realizarse, como en todo supuesto de responsabilidad civil, *in natura de forma prioritaria, y si ello no es posible y solo en este caso, por equivalencia*. Pues bien, sucede que frecuentemente los daños al medio ambiente suponen una alteración de los elementos ambientales cuyo restablecimiento es poco menos que imposible lograrlo en estos casos, según demuestran los estudios científicos. Ese “volver a la situación anterior”, dejando las cosas como estaban antes de la acusación del daño, conllevan la adopción de medidas costosísimas en términos económicos (ello sin no se demuestran técnicas inviables) que ponen en entredicho *no sólo el carácter subsidiario de ella reparación por equivalencia o indemnización pecuniaria sino también en la utilidad de la*

---

<sup>938</sup> LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “*Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*”, Edit. Thompson –Aranzadi, Navarra –España, 2004, Op. Cit., pág. 157-163.

<sup>939</sup> En las áreas continentales grandes, algunos ecosistemas enteros dependen de otros ecosistemas situados acaso a miles de kilómetros de distancia. La vida alrededor de un gran río depende de los ciclos anuales de la corriente de éste. A su vez, la corriente del río depende del equilibrio del agua en los afluentes. Este equilibrio del agua está controlado por los sistemas de bosques. Así, pues, el estado general de los bosques en los bordes de un pequeño arroyo ejerce una influencia directa sobre los ciclos vitales de organismos que se encuentran en la desembocadura del río. Hay inclusive algunas pruebas de que la estabilidad de un ecosistema grande en una parte de la Tierra podría ser vital para la estabilidad del resto del ecosistema mundial. TURK, Amos y Otros, “*Ecología, Contaminación, Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 17. Barry Conmoner es su obra *El Círculo que se Cierra: Que la Naturaleza sabe lo que hace que todo tiene que ir a alguna parte, que todo está relacionado con todo y que todos somos responsables de todos*. PFTZENMAIER, Wolfgang, “*Ecología y Vida*”, Revista de la Confederación Interamericana de Educación Católica-CEIC, Educación Hoy, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001, pág. 104.

*indemnización en este campo*<sup>940</sup>. Y es en este punto donde entendemos que la fórmula indemnizatoria-reparatoria *in natura* no cumpliría su papel.

Porque como ya se anotó, su función es obtener, salvo en los supuestos de imposibilidad, colocar al perjudicado en la misma situación en que se encontraba antes de sufrir el daño, en este caso, tratándose de daños al medio ambiente puro, por lo que la doctrina, incluso los acérrimos partidarios de este mecanismo como medio de cautelar civil del ambiente, no tienen reparos en reconocer abiertamente<sup>941</sup> que en este campo y en la práctica, la mayor parte de las veces la reparación *in natura* es muy difícil –si no imposible–, por lo que se suele dar con mucha mayor frecuencia la reparación en dinero. Y aquí, es necesario precisar, que el monto de dinero otorgado para reparar el daño ambiental puro, deberá, en todo caso ser destinado a la restauración de los ecosistemas naturales lesionados como una manera óptima de satisfacer los criterios de justicia, en materia de reparación del daño ambiental y que a pesar de sus dificultades prácticas, esta forma de reparación podría desempeñar en ocasiones un importante papel en supuestos de daños ambientales, en donde si es posible, la recuperación de los bienes ambientales lesionados.

## **2.2.-Reparación por equivalencia del daño ambiental**

En el ámbito de la responsabilidad ambiental, la reparación de un daño ambiental puro, el pago dinerario nunca podrá *ser por equivalencia*, porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien por otro, sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema. Esta idea se encuentra apoyada por la Ley española 491 de 1999, por la cual se establece que el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones, cuando en su artículo 6º declara: “cuando el beneficiario de la indemnización deberá destinarse a la reparación, reposición o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados”. Si la *indemnización dineraria por equivalencia* no puede resarcir el daño ambiental se debe entonces, como se ha dicho, privilegiar la reparación *in natura*, que supone hacer las tareas necesarias para que el bien lesionado vuelva a cumplir la función anterior al hecho dañino o, por lo menos, para que la cumpla de la manera más parecida posible. Dicha indemnización se logra con obligaciones de hacer o con dinero para cumplir las obligaciones de hacer, que en nuestro caso sólo pueden apuntar a recomponer el medio ambiente dañado. Es la lógica del parágrafo del artículo 7º de la Ley 491 ya referida. Esta regla es una consecuencia lógica de la reparación *in natura*, en la medida en que no se puede aceptar la indemnización por subrogado pecuniario, como ocurre en las reglas generales de la responsabilidad civil.

---

<sup>940</sup> La doctrina jurisprudencial emitida por el tribunal supremo ha afirmado este principio de primacía de *la reparación in natura* en la indemnización pecuniaria en la sentencia de 23 de setiembre de 1988, a la que siguen los pronunciamientos de 27 de octubre del mismo año, de 15 de marzo de 1993. Ahora bien, interesa concretar cuándo tendrá lugar la aplicación del principio “ad imposibilidad nemoteneretur”, porque son como decir frecuentemente los supuestos en los que el coste de la reparación “in natura” es tan de los tribunales no asimilan a un supuesto de imposibilidad. La dirección que sigue el derecho comparado y el comunitario parece ser de asimilar a los supuestos de elevada onerosidad económica a la imposibilidad física. Así, la redacción del §14 de UmweltHG no deja lugar a dudas, como tampoco la del artículo 4 de la propuesta de directiva del consejo CEE ley activa a la responsabilidad civil de los daños y perjuicios causados al medio ambiente los residuos, que dice que la rehabilitación no podrá tener lugar si los gastos considerablemente más elevados que el beneficio resultante que para el medioambiente de dicha rehabilitación. En la directiva comunitaria 2004/35/CEE del parlamento europeo y consejo de 24 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales dispone que “la reparación de del medio ambiente debe realizarse de manera efectiva, de modo que se cumpla todos los objetivos de la emisora. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental”, Edit. THOMPSONSON –ARANZADI, NAVARRA –ESPAÑA, 2004, pág. 157-163.

<sup>941</sup> RAMÍREZ, Félix - LUJAN, José – DEZA, Mario., Óp. Cit., pág. 225.

Asimismo, teniendo en cuenta, que los daños ambientales son de naturaleza difusa, cuando un particular reclama la reparación del daño al medio ambiente, en este tipo de responsabilidad al no lesionarse ningún derecho real o personal del particular, no cabe que éste pida un resarcimiento económico. En estos casos lo que el particular debe requerir es *la recomposición del ambiente* y, por lo tanto, privilegiar la reparación en especie por sobre el resarcimiento dinerario es esencial en esta cuestión, ya que se trata de un daño al ambiente puro en sí mismo; el mismo que es un bien colectivo, en donde los particulares ejercitan una acción que tiene un fin público o social. Por lo que, la reparación en este tipo de responsabilidad, se ocupa de la recomposición de los ecosistemas lesionados, a través de la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con el objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad. El resarcimiento que el responsable tiene la obligación de pagar se calcula sobre la base del coste real de esa restauración, o recomposición de los bienes ambientales lesionados. Cabe poner de manifiesto un principio fundamental según el cual la cuantía del resarcimiento debe tender a ser igual a los beneficios obtenidos por el ente público o la Administración contaminante con su actividad<sup>942</sup>. En ese sentido, el monto de la indemnización, deberá ser utilizado, para efectos de la recomposición del medio ambiente dañado. Por lo que en esta solución, es necesario compatibilizar la protección del medio ambiente, y la necesidad de compensación dinerario, que deberá llevarse a cabo en sede judicial entre la exigencia de integridad de la reparación y los beneficios de índole económica derivados de la acción de responsabilidad civil, posibilitará que, en la práctica, *se llegue a la satisfacción total por esta vía de resarcido*, si bien tan sólo a soluciones más o menos aceptables para algunos o para otros no, pues es cierto que nunca el medio ambiente volverá a ser el mismo, después de un daño ambiental, en sí, ni para las futuras generaciones, quien siempre saldrán perdiendo de estos arreglos de naturaleza económica.

Se resalta la idea de que en el derecho privado clásico el demandante tiene mayor libertad para disponer si el dinero pagado por su bien lesionado lo reinvierte en el mismo o no; a diferencia de la responsabilidad civil por el daño ambiental donde el pago dinerario *nunca podrá ser equivalencia*, porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien ambiental por otro bien ambiental, sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema. Por tanto, en los casos que sea imposible restaurar el bien ambiental dañado se debe propender a que la indemnización favorezca a otro bien ambiental de similar naturaleza, posición fundamentada en el hecho de que el ecosistema es interactuado y, por tanto, si bien es cierto no se restaura el bien lesionado, sí se restaura el sistema, que se verá beneficiado en su conjunto.

### **2.3. Nuevas formas de reparación del daño ambiental puro.**

En el derecho de daños del medio ambiente, el punto de partida es que el daño se produce a un bien colectivo y difuso, y de difícil reparación toda vez en esta materia el pago dinerario nunca podrá ser por equivalencia, porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien ambiental, por otro, sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema<sup>943</sup>. En razón a ello, lo que es posible, es la reposición de las cosas al estado anterior en aquellos casos en que sea total o parcialmente factible *“recomponer el hábitat”* o *“el equilibrio de los valores ecológicos”*, como descontaminar un río, repoblar un bosque en caso de depredación, descontaminar el aire, recomponer un sistema ecológico, entre otras soluciones reparatorias en materia ambiental.

---

<sup>942</sup> HUTCHINSON, Tomás; En MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros, *Daño Ambiental*, Tomo II, Op. Cit., pág. 141-173.

<sup>943</sup> HENAO, Juan Carlos, y otros, *“Responsabilidad por daños al medio ambiente”*, Op. Cit., pág.147-149.

En efecto, la valuación de los bienes ambientales dañados tiene que basarse en el coste de soluciones alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con el objeto de recuperar el ecosistema lesionado.<sup>944</sup> Estas medidas de reparación no tradicionales, permiten la reparación del medio ambiente destruido, sin perjuicio de otras técnicas de valuación, esto se lograría gracias a un modelo econométrico realizado a partir de dejar respuestas a un cuestionario de una muestra representativa de los miembros de la comunidad interesada, del cual surgiría el valor social promedio, para un momento, lugar y comunidad en concreto, del bien ambiental afectado. Se critica la lentitud de este método utilizado en la estrategia comercial y en investigación social, que tendría que adaptarse a los lapsos procesales, pero sin duda nadie objeta lo fiable de sus resultados.

Por tanto, a la hora de reparar el daño ambiental sería indispensable atender esencialmente a *la restauración o sustitución* de los bienes ambientales afectados y, de no ser ello posible, aplicar los métodos de determinación del valor por indemnizar, monto que deberá destinarse a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, bajo el control del juez, en vía de ejecución de sentencia. Como es natural, los gastos de restauración o sustitución y los de valuación del daño, en general, también deben ser indemnizados por el demandado, así como los perjuicios económicos asociados a los hechos y que se calculan por los métodos tradicionales<sup>945</sup>. Más allá de los debates teóricos sobre la pertinencia de la cuantificación monetaria de muchos de los daños ocurridos, la necesidad de valoración viene determinados por la existencia de posibles responsabilidades civiles y/o penales y por la urgencia de establecer compensaciones justas para aquellas personas y colectivos cuya actividad económica depende directa o indirectamente del estado de los recursos, así como por la necesidad de abordar las acciones de restauración oportunas que devuelvan, en la medida de lo posible, el medio contaminado al estado anterior.

A continuación, presentaremos distintos mecanismos de reparación civil del daño ambiental, que se pueden utilizar, con el fin de lograr el objetivo de reparar los bienes ambientales dañados, para lo cual se tiene que optar por nuevas formas de reparación que se adecuen a la naturaleza del medio ambiente dañado, entre la cuales pueden ser: i) *Medidas reparatorias primarias*, a través de las cuales se restituyan los recursos naturales a su estado básico<sup>946</sup>; ii) *medidas reparatorias complementarias*, son las medidas reparatorias adoptadas en relación con los recursos naturales para compensar los hechos de que la reparación primaria no haya dado lugar a la restitución de los bienes ambientales dañados<sup>947</sup>; iii) *medidas*

---

<sup>944</sup> Toda indemnización, debe ordenar hacer determinadas actividades o pagando para que se hagan, sólo tendrá como finalidad la recuperación del bien ambiental aminorado para dejarlo al menos en la situación más parecida a la que tenía antes del daño, cuando esto es posible, o invirtiendo en otros bienes ambientales cuando es imposible recuperar aquel dañado (...). Se ha discutido mucho si la responsabilidad civil es ajena a la "*Recomposición del ambiente*". HENAO, Juan Carlos y otros, "*Responsabilidad por daños al medio ambiente*", Op. Cit., pág. 147-149.

<sup>945</sup> BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, "La Reparación del daño ambiental en Venezuela, "En: "Responsabilidad por daños al medio ambiente", Op. Cit., pág. 82-85

<sup>946</sup> *Medidas reparatorias primarias* es, "toda medida reparadora y que restituya o aproxime a los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico". La finalidad de la depresión primera día es "restituir o aproxima a los recursos naturales y/o servicios dañados caso". LUQUIN BERGARECHE, Raquel, "Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental", Edit. THOMPSONSON –ARANZADI, NAVARRA –ESPAÑA, 2004, pág. 157-163.

<sup>947</sup> *Medidas reparatorias complementarias*: Reparación *complementaria* es "todas medidas reparatorias adoptadas en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar los hechos de que ella reparación primaria no haya dado lugar a la restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados". Si éstos no se restituyen a su estado básico, se efectuarán reparaciones complementarias, con la finalidad de "proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios –inclusive, si procede, el paraje alternativo- y al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico". En la medida en que sea posible, se procurará su vinculación geográfica al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, "Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental", Edit. THOMPSONSON –ARANZADI, NAVARRA –ESPAÑA, 2004, pág. 157-163.

*reparatorias compensatorias*,<sup>948</sup> son las acciones adoptada para compensar las pérdidas provisionales de los recursos naturales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto; iv) *perdidas provisionales*<sup>949</sup> son las derivadas del hecho de que los recursos naturales y/o servicios dañados no puedan desempeñar sus funciones económicas o prestan servicios para otros recursos naturales o el público o que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias”; v) *la reconstitución, restablecimiento o restauración*, medida que exige el monitoreo constante de los bienes ambientales y la práctica regular de los estudios de impacto ambiental<sup>950</sup>, a fin de conocer con detalle el *statu quo antes del daño*; vi) *la reparación de bienes equivalentes*, es el mecanismo sustituto ideal del anterior, cuando es imposible retomar los bienes ambientales al estado anterior; vii) *la evaluación "forfaitaire" del daño ambiental* destinado a los casos de poca gravedad, similar a las multas administrativas, se aplica a través de ciertas reglamentaciones para proteger la vida animal y vegetal, estableciendo un monto preconcebido por la depredación o destrucción de los seres vivos; viii) *la evaluación equitativa de los daños* efectuada por el juez, tal como ocurre en el derecho civil ordinario; ix) *la valuación realizada por los organismos encargados de la gestión de cada bien ambiental*, a través de agencias especializadas en la valuación de los bienes ambientales; x) *la negociación directa* con el responsable del daño ambiental, lo cual excluye la transacción propiamente, pues la reparación incompleta del daño ambiental equivale a la ausencia de reparación<sup>951</sup>; xi) *los métodos de determinación del valor por indemnizar*, montos de dinero que deberá destinarse a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, bajo el control del juez, en vía de ejecución de sentencia<sup>952</sup>; xii) *la asignación de valores económicos* a bienes y servicios no comerciales, mecanismo de reparación que ha sido objeto de un amplio debate dentro de la comunidad científica, sobre todo en el ámbito económico<sup>953</sup>, utilizando métodos de valoración desarrollados por la economía ambiental que permitirían medir las repercusiones sobre el Valor no comercial de los bienes ambientales. Todos estos criterios son perfectamente asimilables a la naturaleza de los bienes ambientales, los mismos que deben ir

---

<sup>948</sup> *medidas reparatorias compensatorias*, Reparación *compensatoria* esto la acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que en la reparación primaria haya surtido todo su aspecto, y se efectuará con el fin de “compensar las de Ávila provisional de recursos naturales y servicios durante la recuperación”. Consistente en “aportar mejoras adicionales a la especie Hillary tan natural protegido a las aguas, ya sea en paraje dañado o el otro alternativo, y no en compensar económicamente al público”. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental”, Edit. THOMPSONSON –ARAZZADI, NAVARRA –ESPAÑA, 2004, pág. 157-163.

<sup>949</sup> Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente, estado básico, se efectuará a una declaración complementaria. Además, se efectuará una declaración compensatoria para compensar las pérdidas provisionales” y que, en todo caso, “la reparación de daños ambientales consistente en dañar a las aguas o a las especies y hábitats protegido, supone asimismo a eliminar todo riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para él la salud humana”. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental”, Edit. THOMPSONSON –ARAZZADI, NAVARRA –ESPAÑA, 2004, pág. 157-163.

<sup>950</sup> Las Evaluaciones de Impacto Ambiental que han tenido un reconocimiento general en muchos de los países de nuestro entorno han estado regulados en España de modo fragmentado dentro de las normas sectoriales de diferente rango hasta que, como fruto del proceso de convergencia de España para su integración en la CEE y acorde a la directiva 85/377/CE de 27 de junio de 1985, la Evaluación de Impacto Ambiental, es plenamente regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y que posteriormente fue desarrollado mediante el Reglamento para la ejecución de este Real Decreto Legislativo y que fue aprobado por Real Decreto 1131/1998, de 30 de setiembre. UNIVERSIDADES DE LA RED DE CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN URBANÍSTICA, “La Energía y el Territorio-Análisis y Evaluación de las Interrelaciones-Caso de la Comunidad de Madrid”, Edit. CIUR, Madrid, 2004, pág. 65.

<sup>951</sup> BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, y otros, “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 82-85.

<sup>952</sup> BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, y otros, “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 82-85.

<sup>953</sup> Esta controversia se centra fundamentalmente en dos cuestiones: una, cómo dar valores de mercado a algo que no es un gasto de transacción mercantil, y otra, cómo interpretar dicho valor monetario. CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., y otros, “La Responsabilidad Un Grupo de los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige”, Op. Cit., pág. 121-124.



desarrollándose también por la jurisprudencia <sup>954</sup>para lograr finalmente la valuación de los daños ambientales, de manera que posibiliten finalmente su reparación o compensación desde un punto de vista de la utilidad social de los bienes ambientales.

#### **2.4.-La valoración económica y social de los daños ambientales.**

La resolución en todo caso de esta problemática acudiendo a criterios que en última instancia son extra jurídicos (criterios puramente económicos) nos llevará en numerosas ocasiones a óptimos de justicia material · tal como sostiene LUQUIN <sup>955</sup>, el medioambiente, en cuanto la satisfacción de las necesidades humanas, tiene un valor económico, en la medida en que constituye para cada persona un bien que satisface su necesidad del desarrollo personal, en sus niveles tanto físico (ausencia de agentes tóxicos a el ambiente, por ejemplo) como espiritual (piénsese en el derecho al silencio, a la tranquilidad, el descanso y disfrute del tiempo de ocio que dependen muy frecuentemente de la ausencia de inmisiones nocivas, generalmente derivadas del ejercicio de actividades industriales o del desarrollo de la tecnología), pero ello no quiere decir que ese valor económico pueda traducirse en unidades monetarias.

Por lo que la doctrina especializada, la asignación de valores económicos a bienes y servicios no comerciales<sup>956</sup> ha sido objeto de un amplio debate dentro de la comunidad científica, sobre todo en el ámbito económico<sup>957</sup>. Esta controversia se centra fundamentalmente en dos cuestiones: una, cómo dar valores de mercado a algo que no es un gasto de transacción mercantil, y otra, cómo interpretar dicho valor monetario<sup>958</sup>. Para ello se tiene que asignar un valor económico al bien ambiental en contraste con el objeto perdido o dañado en términos económicos, en función a la pérdida de ingresos, de los intereses

---

<sup>954</sup> La última evolución en la materia viene representada por la STS de 2 de febrero de 2001, Art. 1003, Ponente MARTINÉZ CALCERRADA y GÓMEZ. Lo importante es la razón para hacerlo (fundamento de Derecho Cuarto y Quinto). Cree el TS tal intensa contaminación, masiva y continuada por polvos, humos y ruido procedentes de la industria de áridos -han de contemplarse no sólo las circunstancias jurídicas – positivas sino “las atientes a los distintos elementos cualquiera que sea su procedencia económica o profesional, cultural o sociológica, sean factores determinantes o coadyuvantes en la apreciación del hecho ilícito, y, sobre todo, en la verificación de los resultados dañosos. JORDANO FRAGA, Jesús, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, en “Reparto Competencial en Materia de Medio Ambiente. Control Medio ambiental de la Administración Pública”, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial”, Op. Cit., pág. 342.

<sup>955</sup> LUQUIN BERGARECHE, Raquel, “Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental”, Edit. THOMPSONSON – ARANZADI, NAVARRA –ESPAÑA, 2004, pág. 157-163.

<sup>956</sup> Los recursos naturales y el medio ambiente se contabilizan en tanto “agreguen” valor y al ser intercambiados en el mercado. ¿Qué significa esto? El significado es relativamente sencillo y puede analizarse de manera diferenciada para los recursos naturales y para el medio ambiente. De un lado, para los recursos naturales se pueden identificar dos temas de análisis. El primero es el relacionado con el valor que se contabiliza. Mientras los recursos naturales sean explotados, es decir, extraídos y puestos a disposición de los consumidores, adquirirán un valor que se agregará al PBI [\*] o al PNB [\*]. (...) Para otros seres humanos. El segundo tema tiene que ver con el agotamiento del recurso, que no genera un cargo por depreciación en el actual sistema de cuentas nacionales. Un activo natural puede agotarse y ser eliminado como fuente de ingresos, y este hecho no quedará registrado en el sistema. BARRANTES Roxana, “Cuentas Nacionales, Medio Ambiente, Recursos Naturales”, Revista el Debate Agrario, Análisis y Alternativa, N°33, Lima-Perú, pág. 64-65.

<sup>957</sup> III. Procedimientos de valoración. Normalmente los procedimientos de valoración constan de una primera fase de identificación y determinación del daño causado y una segunda fase de estimación del valor económico, en el cual se tienen en cuenta los siguientes costes: Coste de la reposición, Valor de los bienes dañados, Coste de la actividad causante, Beneficio de la actividad infractora.(...) ejemplo el caso del petrolero Prestige, para cuyo vertido se ha elaborado un régimen de compensaciones que viene regulado por el Decreto Ley 4/2004 que establece las indemnizaciones a los damnificados por el accidente del petróleo. Este sistema consta de dos pilares principales: 1 Pago de los daños ocasionados por el vertido. 2 Resarcimiento por pérdidas económicas de pesca, marisqueo y acuicultura como consecuencia del vertido. HEREDIA BORJA, “Valoración de Daños Ambientales”, En “Instrumentos Judiciales de Fomento para la Protección del Medioambiente”, Editorial Consejo General del Poder Judicial Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pág. 349.

<sup>958</sup> CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., y otros, “La Responsabilidad De Los Daños Causados Por El Hundimiento Del Prestige”, Op. Cit., pág. 121-124.

morales, estéticos y científicos, a la utilidad social, la utilidad personal (lesión a la vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho) a causa de los daños ambientales<sup>959</sup>, entre otros indicadores.

La valoración económica de los bienes ambientales, plantea problemas prácticos, pues son bienes naturales (fauna, flora ecosistemas, paisajes, diversidad biológica, los ecosistemas equilibrados, la alta mar, el espacio ultraterrestre, etc.), los mismos que, como ya se advirtió, no tienen ningún valor de mercado porque son bienes intangibles, comunes, y ubicados en áreas de uso común<sup>960</sup>. A ello se aúna la multiplicidad y características de los bienes y recursos afectados; la dimensión espacial y temporal de la afectación del daño ambiental, la pluralidad de los bienes ambientales involucrados, la ausencia de información sobre la situación previa al desastre, la falta de estadísticas disponibles, las limitaciones de la economía para medir determinados valores intangibles, la escasez de técnicas de valoración disponibles y la capacidad del operador para aplicarlas<sup>961</sup>, factores que se deben tener en cuenta para resolver las incertidumbres respecto a la valuación del daño ambiental.

Entre los métodos de valoración desarrollados por la economía ambiental que permitirían medir las repercusiones sobre el valor intangible de los bienes ambientales dañados tenemos <sup>962</sup>: i) la teoría del

---

<sup>959</sup> *Indicadores De Valorización*. Lo que se busca en la valoración es incluir dentro de estos indicadores económicos los efectos de la degradación ambiental, de tal forma que por ejemplo: los impactos económicos de la contaminación ambiental, las pérdidas materiales por erosión, los gastos en salud, los gastos en la prevención de inundaciones y catástrofes, las pérdidas de productividad agrícola y pecuaria, etc., deben ser valoradas y registradas como reducciones del producto nacional bruto; es decir, el desgaste del capital natural debe calcularse así como se hace con el capital físico, ya que el daño ambiental de hoy reduce la posibilidad de obtener ingresos futuros. CASTIBLANCO ROZO, Carmenza., “Control Fiscal Ambiental”, En: “Alcances y Limitaciones de la Valoración Económica de los Bienes y Servicios Ambientales”, Tomo I, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia 2006, pág. 41.

<sup>960</sup> The concept of harm to the environment is often viewed as a property concept, where economic value is placed on the lost or damaged object. This may include market value, loss of income, and damage to moral, aesthetic, and scientific interests. Under German tort law, any natural or legal person is liable for environmental damages to the extent that they constitute an injury to the life, body, health, freedom, property or other right, such as the right to operate and establish a business, of another person if the injury is unlawful and was caused willfully or negligently. The economic approach poses problems for protection of species of wild fauna and flora that are not exploited and thus have no market value, as well as for ecosystems or landscapes the economic value of which cannot be assessed. Evaluating the economic value of the intangible aspects of the environment, such as biological diversity, balanced ecosystems, etc., is difficult. The situation is similar for areas that are under common ownership, and even more for those areas that are for common use but are not capable of ownership, such as the high seas and outer space. Measurement or evaluation of harm for the purpose of damage awards also involves important questions of the threshold or de *minimis* level of harm, proximity of harm, especially for long-term, long-distance, multiple-authored actions and, finally, the possible irreversibility of the harm caused. The last issue is something that is thus far largely ignored in law. ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, “Manual of European Environmental Law”, Op. Cit., page. 140.

<sup>961</sup> En diciembre de 1992, cuando el equipo de investigación de economía Pesquera y Recursos Naturales de la Universidad de Santiago de Compostela (USC), dirigido por la Profesora M. del Carmen García Negro comenzó a trabajar en el caso del *Aegean Sea* (1999), en donde se advirtió que en Europa están en estadio anterior en el desarrollo y en aplicación de las técnicas de valoración ambiental, y sobre todo en el reconocimiento de la necesidad de la valoración económica y de los daños en General por parte de la sociedad y muy en particular en por parte de los legisladores y de los jueces y tribunales. (...) Una de las enseñanzas más importantes obtenidas del caso del *Aegean Sea* es que resulta particularmente difícil entenderse entre los profesionales y los investigadores de los distintos campos de la ciencia que participaban en el proceso. (...) La realidad es que, aun en los casos en que hay buena voluntad, el entendimiento entre profesionales y estudiosos de disciplinas distintas no siempre resulta fácil. CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., y otros, “La Responsabilidad por los Daños Causados por el Hundimiento del *Prestige*”, Op. Cit., pág. 113-116.

<sup>962</sup> Los métodos basados en las preferencias pueden clasificarse en métodos de valoración que extiende en el uso de la teoría del bienestar al análisis de los recursos naturales, y las técnicas de mercado basada en la eficiencia o en los precios de mercado: i) *Los mercados de valoración de preferencias reveladas* (mercado de coste de viaje, precios hedónicos, modelos de utilidad aleatoria, etc.). Se basa en la información del consumo individual o comportamiento de compra en mercados relacionados con el recurso ambiental en tela de juicio. Estos métodos tienen en cuenta el comportamiento observado pero sólo estiman valores de uso (v. gr. Valoración contingente) centrarse en el estudio de aumentado hipotético que permitirá destinar valores de uso y de no uso, ii) *Las técnicas de mercados distinguirlos*: a) *Precios de mercado* (analizan la pérdida de producción de una determinada actividad económica, la pérdida de ingresos o el aumento del gasto provocado por el daño ambiental); b) *valor actual* (se basa en el coste actual de prevenir la degradación medioambiental como indicador de valor ambiental), y c) *valor potencial* (se refiere al coste

bienestar al análisis de los recursos naturales, y las técnicas de mercado basada en la eficiencia o en los precios de mercado; ii) la internalización de los costes ambientales, de las acciones económicas mediante técnicas desarrolladas o adaptadas a tal efecto o por la teoría económica neoclásica; iii) los mercados de valoración de preferencias reveladas (mercado de coste de viaje, precios hedónicos, modelos de utilidad aleatoria, etc.) basados en la información del consumo individual o comportamiento de compra en mercados relacionados con el recurso ambiental en tela de juicio; iv) las técnicas de mercados consistentes en: a) los precios de mercado; b) el valor actual del bien ambiental), y c) el valor potencial del bien ambiental, entre otros métodos.

El valor monetario resultado de la aplicación de cualquiera de los métodos que se consideren oportunos no debe entenderse como el valor real del patrimonio natural afectado, sólo se trata de un valor referencial, para efectos de que el bien ambiental dañado sea reparado, ya que la dificultad estriba en asignarle mayores valores monetarios cada uno de los bienes y servicios no sometidos a las relaciones ortodoxas de la oferta y de la demanda, osando convertir en dinero, algo que resulta insustituible en el mercado y que sobrepasa ampliamente los límites de las relaciones socioeconómicas<sup>963</sup>, debiéndose por ello, tener mucha creatividad y a la vez sensatez respecto a los métodos a utilizarse en la valuación de un bien ambiental, pues hay que reconocer que cuantificar lo intangible es difícil, no por ello imposible.

Las causas principales de la enorme disparidad que existe en la valoración de los daños ambientales, provocados por ejemplo, en el caso de las distintas mareas negras, en Europa y en los EEUU, y sobre todo en las indemnizaciones resultantes ante mareas negras de magnitudes, se debe<sup>964</sup>: a) la falta de un diálogo *entre jurista y economistas* para ver si son capaces de comprender mejor nuestros respectivos enfoques, o por lo menos trata de ofrecer una introducción, un plano un nivel muy intuitivo, al fundamento de las técnicas de valoración económica de los daños ambientales puros y de fijación de indemnización, y b) la falta de acuerdo sobre la propia definición de daños y las metodologías y técnicas que se deben aplicar en cada caso y cómo deben ser aplicadas, así como su adecuada incorporación en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo en el caso del petrolero AMOCO CADIZ<sup>965</sup>, para resolver este caso se aplicaron algunos métodos de valoración económica de los daños provocados por mareas negras, valuando las primeras

---

potencial, aproximación del valor ambiental, en este grupo se incluirían el método de coste de reposición, entre otros). Las técnicas de mercado se emplean con frecuencia para valorar los impactos comerciales de actividades económicas (generalmente bienes y servicios personales) que dependen de los recursos naturales (sector pesquero, turístico, etc.) siempre que exista información suficiente. CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E. y otros, “*La Responsabilidad por los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 113-116.

<sup>963</sup> Debemos centrarnos en cómo determinar un valor de reposición, es decir, en valorar para paliar un daño ya provocado y tratar de restituir al ecosistema al estadio anterior al de la catástrofe. Es cierto que en algunos casos la reposición será imposible y, por tanto, el valor monetario expresará sólo un valor puramente indemnizatorio, de pérdida patrimonial irreparable. Con todo, dicha valoración debe realizarse para que los responsables asuman los costes extraordinarios que la sociedad debe afrontar para restablecer unas condiciones de normalidad. En la diferenciación entre valores comerciales. CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., y otros, “*La Responsabilidad un Grupo de los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 121-124.

<sup>964</sup> CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., “*la valoración económica de los daños causados por las mareas negras: en concierto, el en el caso del Prestige*”, En; “*La Responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*” GARCIA RUDIO, María Paz, ALVAREZ GONZALES, Santiago Y OTROS, Op. Cit., pág. 113-116.

<sup>965</sup> El caso del petrolero AMOCO CADIZ el mismo que naufragó en las costas de Bretaña (Francia) en 1978, perdiendo toda su carga en el mar, consistente en 223.000 toneladas de crudo de petróleo a lo largo de la costa de Bretaña, ocasionando daños ambientales con efectos duraderos sobre el medio ambiente, pues dañaron 180 kilómetros de la costa, destruyó algas, ostras, langostas, entre otras especies marinas, por lo que las acciones de limpieza tomaron seis meses, con la participación de equipos técnicos y recursos económicos franceses. CHAOS AMIL, M. L., NOGUERA MOURE, E. y otros, “*la valoración económica de*

estimaciones de los efectos económicos desde la óptica de la ciencia económica, utilizando las características propias de la producción y comercialización de ciertos productos, las ganancias que dejaron de percibir las empresas a consecuencia de los daños ambientales, los efectos económicos sobre la pesca comercial a consecuencia de la marea negra, así como los efectos económicos sobre los distintos sectores económicos aplicados, en especial sobre el sector pesquero y turístico de las zonas afectadas, entre otros indicadores. Como se aprecia, este caso es un precedente importante en materia de valorización de los daños ambientales por mareas negras, aun cuando es criticable el hecho que la Corte no admitió la valorización del daño ambiental puro, lo importante es que se utilizó métodos económicos para la valuación de las mareas negras. Criterios de valuación de los daños ambientales que se irán complementado, a la luz de los avances en los métodos de valoración desarrollados por la economía ambiental que permitirán medir las repercusiones sobre el valor intangible de los bienes ambientales.

Tal y como sostienen CHAOS Y NOGUERA<sup>966</sup>, los métodos que pueden resolver algunos problemas existentes , a través de los métodos basados en las preferencias pueden clasificarse en las técnicas de mercado basada en la eficiencia o en los precios de mercado, y los métodos de valoración que extiende en el uso de la teoría del bienestar al análisis de los recursos naturales , estos últimos son <sup>967</sup>: i) *El método del coste de viaje* pretende asignar un valor de uso recreativo y las áreas naturales de intereses; El método del coste de viaje pretende asignar un Valor de uso recreativo y las áreas naturales de intereses. Este método supone que el coste de viaje (gasolina, transporte público, tiempo de viaje, gastos, etc.) Es un indicador del Valor recreativo del lugar analizado, de suerte que existe una relación inversa entre los costes de las visitas y el número de visitas registradas; ii) *el método de los precios hedónicos* El método de los precios hedónicos busca estimar un precio implícito de un atributo medioambiental observado y los mercados reales en los que en estos atributos son comercializados. Ambos métodos pueden medir el Valor de uso asociado a un lugar o a un recurso ambiental (Freeman, 1993); iii) *el método de valoración contingente* (MVC), o quizás una combinación acertada de algunos de los métodos anteriores, será necesario recurrir a otros métodos que no permiten estimar este tipo de valores, para proceder a una estimación de los daños totales. Este método, ha sido utilizado para estimar valores de una gran variedad de recursos naturales: animales salvajes, de las especies en vías de extinción, de los bosques, lee la calidad del aire y del agua, de los usos recreativos no comerciales o de la simple contemplación de la naturaleza.

El valor monetario resulta de cualquiera de los métodos que se consideren oportunas no debe entenderse como el Valor real del patrimonio natural afectado, en el sentido de interpretar que es susceptible.

---

*los daños causados por las mareas negras: en concierto, el en el caso del Prestige*”, En: “*La Responsabilidad Un Grupo De Los Daños Causados Por El Hundimiento Del Prestige*”, Op. Cit., pág. 135-137.

<sup>966</sup> Asimismo, se pueden utilizar , y las técnicas de mercado basada en la eficiencia o en los precios de mercado, para resolver algunos problemas de valuación de la reparación de los bienes ambientales, consistentes en : a) *precios de mercado* (analizan la pérdida de producción de una determinada actividad económica, la pérdida de ingresos o el aumento del gasto provocado por el daño ambiental); b) *valor actual* (se basa en el coste actual de prevenir la degradación medioambiental como indicador de valor ambiental), y c) *valor potencial* (se refiere al coste potencial, aproximación del valora ambiental, en este grupo se incluirían el método de coste de reposición, entre otros). Las técnicas de mercado se emplean con frecuencia para valorar los impactos comerciales de actividades económicas (generalmente bienes y servicios personales) que dependen de los recursos naturales (sector pesquero, turístico, etc.) siempre que exista información suficiente. CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., “*la valoración económica de los daños causados por las mareas negras: en concierto, el en el caso del Prestige*”, En: “*La Responsabilidad un Grupo de los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige*”, GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, Op. Cit., pág. 121-124.

<sup>967</sup> CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., “*la valoración económica de los daños causados por las mareas negras: en concierto, el en el caso del Prestige*”, En: “*La Responsabilidad un Grupo de los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige*”, GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, Op. Cit., pág. 121-124.

Sostienen CHAOS Y NOGUERA<sup>968</sup> En todo caso, la dificultad estribaría en asignarle mayores monetarios cada uno bienes y servicios no sometidos a las relaciones ortodoxas de la oferta y de la demanda, osando convertir en dinero, algo que resulta insustituible en el mercado y que sobrepasan ampliamente los límites de las relaciones socioeconómicas. Aunque tengamos presente siempre la dificultad de dicho cálculo, no debemos renunciar a tal valoración, ni al derecho de ser indemnizados. Debemos centrarnos en cómo determinar un Valor de reposición, es decir, en valorar para paliar un daño ya provocado y tratar de restituir el ecosistema al estado anterior al de la catástrofe. Es cierto que en algunos casos la reposición será imposible y, por tanto, el Valor monetario expresará sólo un Valor puramente indemnizatorio, de pérdida patrimonial irrecuperable. Con todo, dicha valoración debe realizarse para que los responsables asuman los costes extraordinarios que la sociedad debe afrontar para restablecer unas condiciones de normalidad. Por lo que se trata de valores, perfectamente aplicable en la valoración de los bienes ambientales.

Asimismo, se trata de evaluar el daño ambiental también *en función de sus incidencias negativas sobre la utilidad social global, actual y futura*, que genera el conjunto de los bienes ambientales, pues el valor de la degradación de bienes raros, únicos, irremplazables y no comercializables no coincide, ni puede coincidir, con la disminución de beneficios sufridos por los entes públicos u otras instituciones demandantes. Existe posibilidad de valorar los bienes ambientales intangibles, *en función a su utilidad social*<sup>969</sup> y de sus incidencias negativas sobre el medio ambiente global, actual y futuro, que genera el daño ambiental al conjunto de los bienes ambientales, pues el valor de la degradación de bienes raros, únicos, irremplazables y no comercializables no coincide, ni puede coincidir, con la disminución de beneficios sufridos por los entes públicos u otras instituciones demandantes. En razón a ello, merece ponerse atención a conceptos modernos como, el “*valor social*” intrínseco del ambiente, en donde la valuación del daño viene dada por la diferencia de calidad entre las funciones ambientales, antes y después de la degradación y no por valores de mercado.

Así, el valor social del medio ambiente dañado, deberá ser estimado, de tal manera que se mantenga el ambiente en su estado anterior<sup>970</sup>, mediante soluciones creativas que permitan valorar la disminución de utilidad social del medio ambiente dañado. en armonía con las funciones del medio ambiente: a) Natural (conjunto de interacciones en juego, en una zona geográfica dada, entre los distintos elementos físicos, químicos y biológicos); b) estético-cultural (conjunto de valores históricos, culturales, estéticos, paisajistas, urbanísticos y arquitectónicos) y c) socio-económica (conjunto de actividades económicas y la salud pública)<sup>971</sup>, por lo que se debe tratar de reparar o compensar los bienes ambientales afectados, aplicando criterios de reparación que satisfagan esas tres funciones del medio ambiente.

---

<sup>968</sup> Los métodos basados en las preferencias pueden clasificarse en métodos de valoración que extiende en el uso de la teoría del bienestar al análisis de los recursos naturales, y las técnicas de mercado basada en la eficiencia o en los precios de mercado.

CHAOS AMIL, M. L. Y NOGUERA MOURE, E., “*la valoración económica de los daños causados por las mareas negras: en concierto, el en el caso del Prestige*”, En: “*la responsabilidad un grupo de los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, GARCIA RUDIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, Op. Cit., pág. 121-124.

<sup>969</sup> En rigor, los bienes ambientales carecen de precio o valor de cambio en el mercado, ya que no hablamos de los recursos sino de los valores ambientales intrínsecos. Por esto, es menester considerar sus aspectos económicos, pero también los culturales y naturales para determinar su “valor social”. BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 82-85.

<sup>970</sup> HENAO, Juan Carlos, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 147-149.

<sup>971</sup> Es fundamental que la comunidad tenga conciencia del valor social intrínseco del ambiente, por cuanto la valuación del daño vendrá dada por la diferencia de calidad entre las funciones ambientales, antes y después de la degradación. La cuantía del daño por indemnizar, entonces, de no ser posible la restauración, se determinaría por el monto estimado que los beneficiarios de los bienes afectados estarían dispuestos a pagar para mantener el ambiente en su estado anterior. Para algunos, sin perjuicio de otras

En rigor, los bienes ambientales carecen de precio o *valor de cambio en el mercado*, ya que no hablamos de los recursos sino de los valores ambientales intrínsecos. Por esto, es menester considerar no sólo sus aspectos económicos, sino también sus valores en función a su utilidad *culturales y naturales* para determinar su valor *"social"*. Pues, como ya se anotó, los bienes ambientales cumplen tres funciones primordiales: *una natural, una estético-cultural y otra socio-económica*. Toda modificación de estas funciones influye el estado de las otras. En consecuencia, es fundamental que los sistemas de responsabilidad por el daño ambiental y en específico el derecho peruano, establezca indicadores económicos y sociales de los bienes ambientales, a efectos que la valuación del daño ambiental puro, vendrá dada por la diferencia de calidad entre las funciones naturales o ambientales y culturales, antes y después de la degradación. La cuantía del daño por indemnizar, entonces, de no ser posible la restauración, se determinaría por el monto estimado que los beneficiarios de los bienes afectados estarían dispuestos a recomponer el ecosistema dañado en lo posible a su estado anterior.

### 3. Extensión de los daños ambientales

De primera intención en el derecho civil clásico, encontramos fundamentalmente dos grandes categorías de daños, que parecen estar en condiciones de comprender la multiplicidad de situaciones que se presentan en la práctica existiendo unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: *"daño patrimonial y daño extra patrimonial."*<sup>972</sup> Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: *el daño emergente*, es decir la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y *el lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibirse. En lo concerniente al daño extra patrimonial: daño a la persona (el daño físico, el daño psíquico, el proyecto de vida y el daño moral).

Tal como ya se anotado, el daño ambiental causa consecuencias tanto patrimoniales como extra patrimoniales, por lo que es posible asumir, la diferenciación de los daños ambientales en los que afectan: i) A las personas y a sus bienes; ii) los deterioros del medio ambiente puros o daños estrictamente ecológicos.<sup>973</sup> Por lo que cabe preguntarse: *¿es posible que los conceptos de "daño emergente" y de "lucro cesante", se adecuen al concepto daño patrimonial a la persona a consecuencia de un daño ambiental o al concepto del daño patrimonial al medio ambiente puro?* Al respecto la doctrina y la jurisprudencia no encuentra problema alguno para aplicar los conceptos antes referidos cuando se trata de daños patrimoniales por impacto de un daño ambiental en las personas, el asunto se complica cuando se trata de aplicar dichos conceptos al "medio ambiente puro", pues se trata de un concepto moderno, que no lo encontramos en el derecho civil clásico de responsabilidad civil, ni en la doctrina tradicional sobre la extensión del daño, en donde aún no se acepta el contenido patrimonial del medio ambiente.

Asimismo, respecto del concepto clásico del daño extra-patrimonial, corresponde interrogarse: *¿es posible que el concepto clásico del daño extra-patrimonial, se adecue al concepto daño extra-patrimonial a consecuencia de un daño ambiental?* Problemática inherente a la naturaleza del daño ambiental y que necesariamente debe ser analizado en el intento de un esquema moderno sobre la extensión del daño ambiental, tal y como se realizará a continuación.

---

técnicas de valuación, esto se lograría gracias a un modelo econométrico realizado a partir de las respuestas a un cuestionario de una muestra representativa de los miembros de la comunidad interesada, del cual surgiría el valor social promedio, para un momento, lugar y comunidad en concreto, del bien ambiental afectado. BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, y otros, *"Responsabilidad por daños al medio ambiente"*, Op. Cit., pág. 82-85

<sup>972</sup>FERNÁNDEZ DE CASTRO DEL CASTILLO, Ximena y SERRANO DEZA, Olga Rosa, *"Responsabilidad Civil Extracontractual por el uso de vehículos automotores"*, Bogotá, 1998, Pontificia Universidad Joveniana, pág. 225.

<sup>973</sup>ARBUES SALAZAR, Juan José; LABRADOR BERNARD, Jesús, *"El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente: El Pool Español de Riesgos Medioambientales"*, Op. Cit., pág. 12-13.

**3.1.-El daño patrimonial por el daño al medio ambiente.** Corresponde analizar los conceptos clásicos de “daño emergente” y de “lucro cesante”, en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas y además el daño patrimonial en relación al daño ambiental puro entendido como un bien de naturaleza colectiva.

**3.1.1. El daño emergente y lucro cesante en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas.** Respecto al concepto de daño emergente, se analizará si es posible adecuar dicha institución tradicional a la reparación del daño ambiental, y de esa manera restituir la pérdida patrimonial sufrida efectivamente tanto en el patrimonio de las personas, como en el medio ambiente puro.

**A. El daño emergente en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas.**

Desde el punto de vista clásico, es la pérdida sufrida, que afecta un bien o un interés actual, que corresponde a la persona en el instante del daño, esto es la disminución de la esfera patrimonial del dañado<sup>974</sup>. Por lo tanto, el daño emergente es el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio<sup>975</sup>, se trata de un daño inmediato al patrimonio de una persona, en cuanto, este será igual a la pérdida o disminución experimentada en su patrimonio.

Si el daño patrimonial de una persona es a consecuencia del daño ambiental, la víctima tendrá derecho a una indemnización igual al valor de ese bien o al costo de la reparación. Así, la pérdida o disminución de cosechas, árboles que se secan, las casas que se agrietan o se caen por vibraciones, los daños patrimoniales causados por inundaciones, causados a las embarcaciones y redes de pesca, constituyen una lesión de un interés valorable en dinero, el mismo que se traduce en un detrimento o menoscabo en el patrimonio de la víctima y que son posibles de ser indemnizados pagando un valor igual del bien o al costo de la reparación del bien patrimonial perdido.

El daño emergente pertenece a una clasificación que data del derecho romano y es recogida en diversas legislaciones. Así en el sistema de responsabilidad civil general peruano, lo encontramos en el artículo 1985° del Código Civil, el cual señala que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño. Cuando éste artículo se refiere a las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño está aludiendo directamente a la pérdida patrimonial sufrida efectivamente a consecuencia de un daño. La reparación del daño emergente no ofrece, por lo general, mayores dificultades, por cuanto será igual a la pérdida o disminución experimentada por la víctima en virtud del delito o cuasidelito<sup>976</sup>. Si, por ejemplo, el daño consiste en la destrucción o deterioro de un bien patrimonial el daño ambiental, la víctima tendrá derecho a una indemnización igual al valor de ese bien o al costo de la reparación, según los casos.

En el derecho argentino, el artículo 519° del Código Civil define al daño emergente como el valor de la pérdida sufrida. La norma se refiere al daño al acreedor, por incumplimiento de obligaciones convencionales. A su vez el artículo 1069° del mismo código, hace referencia al damnificado por actos ilícitos, definiendo al daño emergente como el perjuicio efectivamente sufrido. Por lo que el daño

---

<sup>974</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “*Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*”, Edit. Gaceta Jurídica S.A., segunda edición actualizada, Setiembre, 2003, Lima-Perú, pág. 179.

<sup>975</sup> MOSSET DE ESPANES, Luis y Otros, “*Responsabilidad por daños*”, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Editorial Abeledo-Perrot-Buenos Aires, 1997, pág. 106-107.

<sup>976</sup> ORDOQUI, Gustavo y OLIVERA, Ricardo; “*Derecho Extracontractual*”. Vol. II, Compendio de Responsabilidad Extracontractual, Edit. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Volumen II, Montevideo, 1974, pág. 352.

patrimonial, en materia de daño ambiental, comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido comúnmente denominado “*daño emergente*”, sino también la ganancia o utilidad de que fue privado el damnificado a consecuencia del daño ambiental.

En el derecho español, los daños patrimoniales comprenden tanto el llamado daño emergente como el lucro cesante. El daño emergente (*damnum emergens*) es la disminución de valor o pérdida efectivamente sufrida, mientras que el lucro cesante (*lucrum cessans*) son las ganancias dejadas de obtener por la víctima<sup>977</sup>. Así lo señala el Código Civil Español el cual establece en el artículo 1106º, que la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

En ese sentido cuando se trata de reparar los daños en las personas, reparar el daño emergente por efecto de los daños ambientales, no ofrece mayor dificultad, pues muchas veces son claros los daños patrimoniales causados a: las embarcaciones y redes de pesca; a las tablas y trajes de surf; a otros bienes de propiedad privada; a los bienes de dominio público; a bienes inmuebles que hayan quedado afectados por la contaminación; a bienes inmuebles que queden deteriorados a consecuencia de las operaciones de limpieza, tienen igualmente carácter patrimonial<sup>978</sup>. Es útil recordar que en este rubro se insertan una serie de daños particulares que, para solo mantenerse en la esfera de los daños ambientales, pueden ser: daños a la propiedad y uso de los bienes, disminución del valor de la propiedad, e imposibilidad de venta<sup>979</sup>, por lo que tratándose de daños materiales se entienden aquellos que encuentran reflejo directo en el patrimonio del sujeto lesionado, en sus bienes o en sus derechos de contenido patrimonial, los mismos que son valubles económicamente, siendo que en materia de cuantificación de los daños ambientales, la valoración del daño emergente no existe mayor dificultad.

En cuanto a su resarcimiento, se presentan aquellos daños producidos por causa de contaminación es la valoración exacta de los mismos y su demostración táctico como hemos visto anteriormente. Esto ocurre en aquellos daños que tienen un reflejo inmediato en un detrimento patrimonial, como son la muerte por envenenamiento de animales, la pérdida o disminución de cosechas, árboles que se secan, casas que se agrietan o se caen por vibraciones, daños físicos corporales, daños causados por inundaciones, etc.<sup>980</sup>. Estos daños, se caracterizan porque constituyen una lesión de un interés valorable en dinero, que debe traducirse en un detrimento o menoscabo en el patrimonio de la víctima.

## **B. El lucro cesante en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas.**

Al respecto cabe la pregunta de rigor: *¿Es posible aplicar el concepto de lucro cesante en el patrimonio de las personas por efecto del daño ambiental?* El concepto de lucro cesante desde el punto de vista clásico, comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino, que afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento de daño<sup>981</sup>. Este daño, se manifiesta por el no

---

<sup>977</sup>RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*” EN: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 68-69.

<sup>978</sup>RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*” EN: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, EDIT. CUSTEL, PRIMERA EDICIÓN, MADRID-ESPAÑA, 2007, Op. Cit., pág. 68-69.

<sup>979</sup>PASTORINO, Leonardo Fabio, “*El Daño al Ambiente*”, Edit, Lexis Nexis Argentina S.A., 1ª edición, 2005, Buenos Aires-Argentina, pág. 172-173.

<sup>980</sup>MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídica – Privada del Medio Ambiental y la Responsabilidad por su Deterioro*”, Op. Cit., pág. 258 – 268.

<sup>981</sup>DE TRAZEGNIES, Fernando; “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit.; pág. 37.



incremento en el patrimonio del dañado<sup>982</sup>, y contempla la ganancia frustrada, que se ve privada de dichos beneficios que hubiera obtenido, de no mediar este hecho dañoso<sup>983</sup>. En ese sentido, el lucro cesante consiste en el aumento del patrimonio no efectuado a consecuencia del daño<sup>984</sup>. La frustración de ganancias sólo asume carácter de daño resarcible, cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico<sup>985</sup>. Esto es, la cuantificación del lucro cesante deberá basarse en criterios objetivos y no en una mera expectativa.

Así en el sistema de responsabilidad civil general peruano, lo encontramos establecido por el artículo 1985 del Código Civil, establece que la extensión de la reparación del daño es : el daño emergente, *lucro cesante*, daño moral y daño a la persona, incluso los daños futuros, si son debidamente acreditados<sup>986</sup>. Se parte del hecho que la indemnización del lucro cesante comprende que el curso de la vida y de las cosas del demandante habría sido normal de no mediar el hecho dañino<sup>987</sup>. Por lo que, de lo que se trata, es de determinar si concepto de lucro cesante es posible ser aplicado al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas, esto es posible incluir el lucro cesante, para valorar el quantum indemnizatorio de la responsabilidad civil por un daño ambiental.

El lucro cesante, también es recogido en el artículo 519° del Código Civil Argentino, que define al lucro cesante como el valor de utilidad dejada de percibir (se refiere a las obligaciones convencionales). El artículo 1069° del mismo código, define al lucro cesante como la ganancia de que fue privado la víctima.<sup>988</sup> Debe advertirse que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso, también es verdad que en muchos casos es difícil cuantificarlo, siendo que cada caso debe ser estudiado de manera individual atendiendo a las particularidades vertidas en el proceso.

En el derecho español el lucro cesante es resarcible, conforme a las normas generales, si bien las normas no proporcionan ningún tipo de indicación acerca de cómo debe calcularse, no obstante, debe distinguirse el daño simplemente hipotético o quimérico del daño razonable, pues ha de existir una cierta probabilidad objetiva de realizar la ganancia.<sup>989</sup> Está claro, pues que el juez deberá tener sumo cuidado, pues muchas veces los justiciables proyectan el lucro cesante en función a expectativas imaginarias.

Este concepto, es perfectamente aplicable a la reparación del daño ambiental pues, si bien su valuación puede ser muy difícil de distinguir y ofrece dificultades mayores que la valuación del daño emergente, no hay duda, que es un concepto a valorar cuando se trata de un daño consecutivo en la persona como producto de un daño ambiental, pues habrá que realizar el mismo razonamiento clásico para la valuación del lucro cesante y medir lo que una persona dejará de percibir como resultado del daño ambiental. Así, por ejemplo, el dueño de un hospedaje ubicado en una playa, se ve perjudicado por los efectos de un daño

---

<sup>982</sup>ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “*Derecho De La Responsabilidad Civil Extracontractual*”, pág. 179.

<sup>983</sup>MOSSET DE ESPANES, Luis y otros, “*Responsabilidad por daños*”, Op. Cita, pág. 106-107.

<sup>984</sup>CASTRILLÓN ARCINIEGA, Alberto, “*Responsabilidad Extracontractual Del Estado*”, Op. Cit., pág. 21.

<sup>985</sup>MORILLO, Augusto Mario y otros; “*Responsabilidad Por Daños*”. Op. Cit., pág. 142-143.

<sup>986</sup>ESPINOZA, Juan. “*Derecho de la responsabilidad Civil*”. Op. Cit., pág. 774 – 775.

<sup>987</sup> MANZANARES CAMPOS, Mercedes, “*Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual*”, Edit. Grijley, 2008, Lima –Perú, pág. 46.

<sup>988</sup>DIEZ –PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “*Derecho de Daños*”, Madrid, 2000, Edit. Civitas, pág. 322.

<sup>989</sup>Por ejemplo, según el autor RUDA, dicha probabilidad existe en el caso de una empresa dedicada a la acuicultura que sufrió la destrucción de más de 300.000 alevines a causa de un vertido (SAP Valencia, 1°, 18.1.2001 [ARP 2001/342]. FD 7°) RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”. En: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 85.

ambiental por derramamiento de hidrocarburos, el mismo que dejará de percibir en el tiempo que dure el proceso de limpieza de dicha contaminación, será el lucro cesante, que deberá percibir dicha persona. Un caso, típico en el que se valuó el lucro cesante, es el asunto “Proud homme des pecheurs de Bastia v. Montedison”, sentenciado en 1976<sup>990</sup> en el que se aceptó la indemnización de los pescadores de la isla de Córcega a raíz de la reducción potencial de sus ingresos ante la disminución de la población de peces por la contaminación del Mar Tirreno originada por una empresa Livornesa.

El concepto de lucro cesante si es posible ser aplicado al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas, pues teniendo en cuenta que comprende aquello que ha sido o será la ganancia dejada de ganar a causa del acto dañino y que afecta un bien o un interés que todavía no es del patrimonio de la persona al momento de daño ambiental, este concepto que calza perfectamente en la naturaleza del daño ambiental, por sus matices futuristas. Si bien su valoración puede ofrecer dificultad mayor que la valuación de daño emergente; no hay duda, de que es un concepto a considerar cuando se trata de un daño consecutivo en la persona como producto de un daño ambiental, pues habrá que realizar el mismo razonamiento clásico para la valuación del lucro cesante.

### **3.2.- La posibilidad jurídica de indemnizar el daño ambiental puro.**

La reparación del *daño ambiental puro* implica el restablecimiento del normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y sus componentes, los mismos que son bienes que no pertenecen a la esfera estrictamente individual, en el sentido de bienes apropiables, sino que son colectivos y por tanto el derecho civil, para lograr criterios jurídicos que permitan su reparación, debe optar por despojarse de su visión individualista. El asunto, es que dicha problemática, es prácticamente ajena a la mayoría del derecho comparado, debido al temor extendido a que se desborden las reclamaciones, para lo cual se opta por concepciones restringidas del medio ambiente, ya superados en la doctrina moderna, con el fin de limitar la reparación del daño ambiental puro en toda su extensión.

Es por ello, que el estudio del *daño ambiental puro*, en el derecho civil tiene mucho por aportar, por tanto, se debe centrar los esfuerzos para lograr criterios jurídicos que permitan su *reparación*, toda vez, que sobre los daños causados a la biodiversidad no existen normas ni criterios suficientemente desarrollados motivo por el cual habrá que elaborarlos<sup>991</sup>. Coincidimos con Jean Louis BERGEL<sup>992</sup> cuando sostiene, que, “*la reparación*” de daños ecológicos requiere un tratamiento muy particular, pues no sólo se trata de reparar los daños directos sufridos por las personas o bienes, sino lo más importante aún, será reparar los

---

<sup>990</sup>Un caso significativo en este sentido es el de la “*Proud homme des pecheurs de Bastia v. Montedison*”, sentenciado en 1976 en el que se aceptó la indemnización de los pescadores de la isla de Córcega a raíz de la reducción potencial de sus ingresos ante la disminución de la población de peces a la contaminación del Mar Tirreno originada por una empresa Livornesa. Si bien el caso comentado es significativo porque se indemnizó la pérdida de un recurso natural, la lógica civilista permitió aquel que demostró un interés personal, es decir, el grupo de los pescadores –que podía terminar afectando con su actividad la conservación del recurso-, percibir la indemnización. PASTORINO, Leonardo Fabio, “*El Daño al Ambiente*”, Op. Cit., pág. 172- 173.

<sup>991</sup>HENAO, Juan Carlos y otros, “*Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental*”, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 147-150.

<sup>992</sup>La réparation des dommages écologiques suppose un régime très particulier. Il s'agit, non seulement de réparer le préjudice direct subi par des victimes dans la personne ou dans Lieurs biens, mais aussi, peut-être surtout, de réparer les atteintes subies par le milieu naturel lui-même, qui affectent l'équilibre écologique considère comme le patrimoine collectif. Certains auteurs ont d'ailleurs préconisé la reconnaissance d'un dommage direct a l'environnement, indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens. Ainsi convient-il de repenser, en la matière, à la fois les conditions d'ouverture de Tracção en réparation et les formes de la réparation. BERGEL, Jean-Louis, « *Sous la Responsabilité Civile en Droit Français Et La Mise En (Ouvre Du Droit De L'environnement* », Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, « *L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Couvre Et Sanction Du Non-Respect* » Editions La Documentation française, 2000 – Paris, page. 168-171.

daños sufridos por el propio medio ambiente puro, que afectan el equilibrio ecológico considerado como patrimonio colectivo.

Así, como ya se anotó, en materia de reparación del daño ambiental puro, el sistema de responsabilidad por el ambiental, establecido en la L.G.A. en el artículo 147, expresamente norma que la reparación del medio ambiente es consecuencia del daño ocasionado, el mismo que implica: *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 <sup>993</sup>, por lo que cuando no es posible la reparación *in natura*, por no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, se debe optar por la recomposición o mejoramiento del *ecosistema lesionado* y el monto indemnización tendrá por destino la realización de acciones que *compensen los intereses afectados* o que contribuyan a cumplir los objetivos de reparar el medio ambiente. Por lo que el derecho peruano, no especifica de manera, textual la reparación del daño al medio ambiente puro, no obstante, se entiende que si lo protege en cuanto señala que debe repararse el hecho lesivo al ambiente o sus componentes, no obstante, no señala criterios, ni métodos, que los jueces deban utilizar para lograr dicho objetivo. Ante tal comprobación, DE TRAZEGNIES, sostiene que no “*debemos abandonar la idea de la reparación*” <sup>994</sup>, del daño ambiental puro, sino más bien tratar de superar las dificultades prácticas, para lograr al menos compensar el daño ambiental, por lo cual, teniendo en cuenta, que los daños a reparar, son bienes ambientales: como lo es el aire, las aguas de los ríos, los bosques, las aves, etc., se hace necesario, recurrir a otras ramas de las ciencias, la economía, la tecnología, peritos ambientales, etc., que ayuden, a valorar, los bienes intangibles dañados, así como el uso de métodos económicos, representa todo un reto para la responsabilidad en materia ambiental.

El derecho latinoamericano también se aúna en el esfuerzo de tratar de dar solución a la problemática de la reparación del daño ambiental; así en el derecho argentino<sup>995</sup>, paraguayo<sup>996</sup>, venezolano<sup>997</sup>, entre otros sistemas jurídicos, se observa que no hay discusión respecto al restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al daño ambiental o sus componentes, incluso a nivel de algunos Códigos Civiles, como el venezolano, se faculta al damnificado para imponer al causante del daño a la reposición de las cosas al

---

<sup>993</sup> Concordancia. Ley 28611 – Medio Ambiente: Arts. VIII, IX. Código Civil: Art. 1969. “Normas de Protección de El Medio Ambiente”. Op. Cit., pág. 85.

<sup>994</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando, “*La responsabilidad extracontractual*”, T.II., Lima, 1985, Fondo Editorial PUCP. Op. Cit. pág. 37.

<sup>995</sup> Art. 2618 del Código Civil argentino, establece que las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. (...) 2) Art. 58 del Código de Minería, establece que el propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos, aunque estos perjuicios provengan de accidentes o casos fortuitos. VAIIS, Mario y otros, “*Responsabilidad Ambiental*, GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (Compilador), Op. Cit., pág. 200-202.

<sup>996</sup> En las Constituciones argentina y paraguaya, en relación a la protección del medio ambiente, consiste en la obligación de *recomponer* y, conforme a la Constitución brasileña, en la obligación de *reparar*. ALTERINI, Atilio A y otros, “*Responsabilidad Ambiental*”, GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (Compilador), Op. Cit., pág. 76.

<sup>997</sup> La reparación del daño ambiental en el *derecho venezolano*, se establece en: “el artículo 16 de la Ley Penal del Ambiente, aplicable directamente al campo de la responsabilidad civil ambiental, *se considera de orden público la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios causados al ambiente*. Por su parte la Ley Orgánica del Ambiente, en su ya mencionado artículo 27, establece que quienes realicen actividades que produzcan degradación de los bienes ambientales serán responsables, indicando, además, que la determinación de la cuantía de los daños se hará mediante dictamen de tres expertos, que tomará en cuenta el deterioro que se haya causado al ambiente, la situación económica del obligado a reparar el daño y los demás elementos pertinentes. No existen otras disposiciones legales que regulen la responsabilidad civil ambiental que no sean desarrollo o complemento de éstas. BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, y otros, “*Responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 82-85.

estado anterior. Considerándose, incluso la protección del medio ambiente un asunto de orden constitucional. Resumiendo, si bien las fórmulas de reparación cambian de una legislación a otra, lo cierto es que todas las legislaciones coinciden en que el daño ambiental, debe ser reparado tendencia positiva en materia de responsabilidad civil del daño ambiental. Asimismo, la reacción del sistema ante el daño: ambiental, conforme a las Constituciones argentina y paraguaya, consiste en la obligación de *recomponer* y, conforme a la Constitución brasileña, en la obligación de *reparar*. La doctrina<sup>998</sup>, sostiene que la idea central de la reposición al estado anterior (al *status quo ante*), se deduce del objeto mismo de la responsabilidad civil, que es restablecer en tanto sea posible el equilibrio destruido por el daño.

En el derecho latinoamericano, la doctrina argentina tiene claro que *la reparación del daño ambiental* restablece el derecho colectivo vulnerado, el cual implica no solo la indemnización del derecho individual, sino también el de la colectividad cuando se trata del daño al medio ambiente puro, el mismo que tiene repercusiones sociales y ecológicas, pues afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes. Esa es la razón por lo cual, la legitimidad para obrar, puede ser individual, como colectiva, pues afecta directamente al ecosistema e indirectamente al ser humano que se sirve de éste<sup>999</sup>, golpeando en diversas direcciones, conceptos que deben tomarse en cuenta para efectos de determinar la extensión de la reparación. En el derecho argentino<sup>1000</sup>, en cuanto a reparación del daño ambiental, la Constitución Nacional impone la "recomposición" y el Código Civil faculta al damnificado para imponer al causante del daño a la reposición de *las cosas al estado anterior*, en materia ambiental puede constituirse una carga excesiva, ya que el medio ambiente no es genéricamente inmóvil sino su adaptación a las necesidades humanas, mientras una norma no imponga.

---

<sup>998</sup> Es frecuente que la reposición sea total o parcialmente imposible; una especie animal que desaparece no puede ser repuesta, una playa que es contaminada con petróleo puede no ser totalmente recuperable. En tal situación, es adecuada o imponer al responsable el deber de reparar el daño mediante otros bienes que satisfagan intereses de incidencia colectiva equivalentes a los afectados. Supongamos que cierta especie animal desapareció de la Tierra, o que la playa no servirá a los bañistas, entonces, que el responsable plante árboles, o limpie las aguas de un lago. ALTERINI, Atilio A. "*Responsabilidad Civil Ambiental*", En GOZAINI, Oswaldo Alfredo (Compilador), "*Responsabilidad Ambiental*", Óp. Cit., pág. 76.

<sup>999</sup> El derecho de dominio, así sea con la consustancial función social y ecológica, lo ejerce el propietario (...). Esta posición se refuerza por la "función social de la propiedad que implica obligaciones", según manda el artículo 58° de la Constitución, en el cual, además, se afirma expresamente que "como tal, le es inherente una función ecológica". Lo anterior supone "que el derecho de propiedad ya no es un derecho subjetivo, sino que da lugar a la concepción de función social, según la cual la garantía de la propiedad privada queda condicionada a que ella responda a los intereses de la colectividad. El titular debe actuar de forma que además de no causar perjuicios a la comunidad, garantice que el uso de la cosa reportará beneficios a ésta". HENAO, Juan Carlos, "*Responsabilidad de Estado Colombiano por daño ambiental*", En: "*Responsabilidad por daños al medio ambiente*", Op. Cit., pág. 146-147.n

<sup>1000</sup> Citas legales de derecho argentino: i) Art. 2618 del Código Civil argentino: Art. 2618.- Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente. ii) Arts. 24 y 58 del Código de Minería argentino: Art. 24.- El permiso es indispensable para hacer cualquier trabajo de exploración. El explorador que no ha tenido el consentimiento del propietario del suelo ni el permiso de la autoridad pagará, a más de los daños y perjuicios ocasionados, una multa a favor de aquel cuyo monto será un mil (1000) a diez mil (10000) veces el canon de exploración correspondiente a una (1) unidad de medida, según la naturaleza del caso. La multa no podrá cobrarse pasados treinta (30) días desde la publicación del registro de la manifestación de descubrimiento que hubiere efectuado el explorador.

Art. 58.- El propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos, aunque estos perjuicios provengan de accidentes o casos fortuitos. Los perjuicios serán previamente justificados, y no podrán reclamarse después de transcurridos seis meses desde el día del suceso. Art. 282 del Código de Minería argentino: Art. 282.- Los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otras reglas que las de seguridad, policía y preservación del ambiente. La autoridad de aplicación ejercerá una constante vigilancia a estos fines. VAIIS, Mario, "*Temas de Derecho Ambiental*", En: GOZAINI, Oswaldo Alfredo (Compilador), "*Responsabilidad Ambiental*", Op. Cit., pág. 200-202.

La conducta ambiental determinada, como podría ser la institución de un parque nacional o la declaración de zona o monumento histórico. Mientras ello-no ocurra, nadie tiene derecho a la inmovilidad del ambiente sino a su disfrute. Por eso suele facultarse a los jueces para decidir si se repara o indemniza, en aplicación del artículo 2618 Código Civil, o lisa y llanamente facultarse "al operador para destruir una porción determinada de elementos ambientales, en aplicación de los artículos 24, 58 y siguientes del Código Minero, dentro de los límites que fijan las normas de preservación ambiental, del artículo 282 del Código de Minería.

La reparación del daño ambiental en el derecho venezolano<sup>1001</sup>; en el artículo 16 de la Ley Penal del Ambiente, aplicable directamente al campo de la responsabilidad civil ambiental, *se considera de orden público la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios causados al ambiente*. Por su parte, la Ley Orgánica del Ambiente, en su ya mencionado artículo 27, establece que quienes realicen actividades que produzcan degradación de los bienes ambientales serán responsables, indicando, además, que la determinación de la cuantía de los daños se hará mediante dictamen de tres expertos, que tomará *en cuenta el deterioro que se haya causado al ambiente*, la situación económica del obligado a reparar el daño y los demás elementos pertinentes. No existen otras disposiciones legales que regulen la responsabilidad civil ambiental que no sean desarrollo o complemento de éstas. Por tanto, es menester analizar los postulados que en la materia han sido concebidos por la doctrina especializada. Así, es esencial tener presente el principio de reparación integral del daño ambiental para lograr la justa compensación de la víctima por el daño sufrido, según el cual la finalidad básica de la reparación viene dada por la reconstitución o restauración global de los bienes ambientales (naturales o artificiales) degradados, única vía apta para la salvaguarda de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

La doctrina y del derecho comparado del derecho europeo se ha ocupado de una u otra manera sobre la problemática de la reparación del daño ambiental, así en el derecho francés<sup>1002</sup>, portugués, alemán<sup>1003</sup>, entre otras sistemas de responsabilidad por el daño ambiental, se observa que es una constante, el interés en la búsqueda de criterios para lograr la reparación del daño ambiental de manera diversa: i) Eliminando las consecuencias de la contaminación; ii) optando por medidas de restauración del medio ambiente puro, como por ejemplo, la cultivación de tierras o reintroducción de especies en peligro de extinción afectadas por el daño ambiental; iii) la reforestación de los bosques quemados; iv) la limpieza de las aguas contaminadas, tratando en lo posible de dejarlas en el estado en que se encontraban antes del hecho

---

<sup>1001</sup> Esto nos conduce ineluctablemente a la necesidad de tomar en cuenta la pluralidad de los utilizadores diversos del bien ambiental afectado (por ejemplo, un curso de agua: bañistas, deportistas, pescadores, bebedores, vertedores de efluentes, etc.) y la extensión o gravedad del daño imputable a los efectos físicos, químicos y biológicos y su interacción con el paisaje. Sólo en caso que sea técnicamente imposible proceder de esta manera, que podríamos llamar del cumplimiento en especie, estaríamos autorizados a proceder a *la indemnización de daños y perjuicios*, vía el cumplimiento por equivalente, eficaz en el plano económico, pero deficiente en el ambiental. BLANCO, Alberto, Quintero, Uribe, y otros, "*Responsabilidad por daños al medio ambiente*", Op. Cit., pág. 82-85.

<sup>1002</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*", Edit. ABELEDO – PERROT, Buenos Aires –Argentina, s/f., pág. 149-150.

<sup>1003</sup> Civil Remedies. Portugal's Decree Law No. 186/90 provides a range of remedies including fines, confiscation of machinery and tools, closure of the installation, prohibitions on exercise of a profession or activity, and depriving a company or individual of the right of public competition. There also exists an obligation to restore the environment that will be undertaken by the state and charged to the company if the latter fails to carry out its duty (...) *In Germany* statutory liability limits apply to damages for injury to health, life or property. With regard to ecological damages, i.e., to nature and landscape, the Liability Act requires that the party liable pay for restoration measures such as cultivating lands or reintroducing endangered species affected by the installation. For certain listed ultra-hazardous installations, liability insurance is mandatory. The importance and impact of liability insurance is analyzed further below. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, "*Manual of European Environmental Law*", Op. Cit., page. 149-150.

ambientalmente lesivo, v) la limpieza del aire; la descontaminación acústica, vi) restaurando el medio ambiente a cargo de la compañía contaminante, vii) la restauración de los daños ambientales a cargo del Estado. Entre otras formas de reparación, asumiendo los responsables del hecho dañoso al medio ambiente, los costos razonables incurridos en el restablecimiento del medio ambiente dañado.

Más específicamente, la reparación del daño ambiental en el derecho francés derecho francés<sup>1004</sup>, se admite, vía expansiva de los daños causados en la vecindad, y además se admite que la expresión “daño ecológico” o “daño ambiental” conceptos que comprenden a la vez los daños sufridos por el medio natural y los daños de polución padecidos por las personas y los bienes. La responsabilidad civil en materia de daños ambientales, es ampliamente dominada por *la teoría de las turbaciones anormales de la vecindad* (troubles anonnauux du voisinage) y aún se rige por criterios subjetivos como factor de atribución, sobre la base del artículo 1384, párrafo primero del Código Civil<sup>1005</sup>, la protección del ambiente ha podido ser asegurada. No obstante, resulta a priori difícil de aplicar en materia de polución, la responsabilidad por el hecho de las cosas que se tienen bajo la guarda, salvo que se considere que el humo o los olores son cosas que se encuentran bajo la guarda del industrial. Pues en realidad, la polución proviene de las máquinas y las chimeneas.<sup>1006</sup> Aun cuando su tratamiento, no es tan evolucionado, en materia de reparación de los daños ambientales, en el derecho francés, se va plegando a la tendencia moderna en materia de responsabilidad ambiental, es a la reparación del daño al medio ambiente puro. Por lo que corresponde recurrir, a las nuevas tendencias, que existen en el derecho moderno, la jurisprudencia y la doctrina, respecto a las formas y métodos de reparación de los bienes ambientales, a fin de lograr un sistema de responsabilidad mucho más eficaz, en especial para el derecho peruano, en especial para la reparación del daño ambiental puro.

---

<sup>1004</sup> En el *derecho francés*, la expresión “daño ecológico” o “daño ambiental”, comprende a la vez los daños sufridos por el medio natural y los daños de polución padecidos por las personas y los bienes. Se sostiene la tesis que la vida en sociedad impone que se soporten ciertos inconvenientes normales de vecindad, o, dicho de otro modo, que existen ciertas poluciones o daños admisibles hasta cierto punto, más allá del cuál la reparación debe admitirse porque existiría un daño anormal. El juez civil dispone en los tribunales franceses, gracias a esta teoría, de un margen de aplicación muy grande salvo hasta donde puede considerarse una turbación normal y desde qué límite de tolerancia aquella molestia puede constituir un daño anormal que autorice al perjudicado a pedir la cesación de ella y la reparación del daño, en su caso. La responsabilidad del contaminador puede tener así diversos fundamentos legales. La víctima puede elegir entre la responsabilidad por culpa, la teoría de las molestias o turbaciones de vecindad o la responsabilidad por el hecho de las cosas. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. ABELEDO – PERROT, Buenos Aires –Argentina, s/f., pág. 149-150.

<sup>1005</sup> El régimen de responsabilidad por culpa ha sido raramente aplicado en materia de daño ambiental, pues la víctima *no puede obtener reparación si no prueba la culpa* del responsable de conformidad con los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés. El Derecho Ambiental es en gran parte, un derecho de policía con múltiples reglamentos administrativos, y, por lo tanto, parecería que fuese suficiente demostrar la violación de un reglamento *para que la culpa resulte demostrada*. No obstante, puede existir culpa que resulte del comportamiento del contaminador (pollucur) aunque éste hubiese respetado los reglamentos administrativos, pues esto no sería una justificación. Una negligencia o una imprudencia pueden comportar la obligación de reparar. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires – Argentina, s/f. pág. 149-150.

<sup>1006</sup> La responsabilidad civil fundada en las turbaciones de vecindad apareció por primera vez en Francia, en una sentencia de la Corte de Casación del 27-XI-1844. La idea actual es que la vida en sociedad impone que se soporten ciertos inconvenientes normales de vecindad, o, dicho de otro modo, que existen ciertas poluciones o daños admisibles hasta cierto punto, más allá del cuál la reparación debe admitirse porque existiría un daño anormal.

El juez civil dispone en los tribunales franceses, gracias a esta teoría, de un margen de aplicación muy grande salvo hasta donde puede considerarse una turbación normal y desde qué límite de tolerancia aquella molestia puede constituir un daño anormal que autorice al perjudicado a pedir la cesación de ella y la reparación del daño, en su caso.

La responsabilidad del contaminador puede tener así diversos fundamentos legales. La víctima puede elegir entre la responsabilidad por culpa, la teoría de las molestias o turbaciones de vecindad o la responsabilidad por el hecho de las cosas. Estas acciones son autónomas, y el demandante puede apreciar en el momento de ejercer su acción, cuál es la vía más apta en relación a la naturaleza de su perjuicio. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires –Argentina, s/f. pág. 149-150.

La doctrina española, sostiene que la problemática de la reparación del daño ambiental puro, es extraña al derecho español pues<sup>1007</sup>, más bien, procede de otros países. Esto implica que al plantearse reclamaciones por dicho concepto se deba recurrir al derecho comparado. De hecho, el daño ambiental puro suele verse con bastante recelo en el derecho español, pues está muy extendido el temor de que se presenten tantas reclamaciones por este concepto que se extiendan hasta lugares muy lejanos, desborde el sistema y no pueda decirse dónde acaba el daño<sup>1008</sup>. Temor extendido en otros ordenamientos jurídicos, implicando dificultad para la reparación del medio ambiente puro.

En otros sistemas se advierte una evolución positiva en favor de la reparación del daño ambiental, como en la doctrina italiana: en la *primera fase*, la lesión de “intereses difusos” estaba asegurada por la referencia técnica para el derecho de propiedad en comparación con el derecho de las propiedades vecinas, y la responsabilidad civil, considerado como remedio para el conflicto; en la *segunda fase*, las situaciones jurídicas subjetivas son protegidas, para la protección de los nuevos derechos contra la “injerencia”, y por el reconocimiento del “derecho a la salud” y el derecho al “ambiente seguro” en su “enlace” con la cláusula de responsabilidad general civil y ; en la *tercera fase*, la extensión de la protección de restauración bajo la “cláusula general” de la responsabilidad tiene al medio ambiente considerado en sentido unitario<sup>1009</sup>. Esto es, se ha comprendido intereses difusos, el derecho a la salud y el derecho al medio en sentido unitario o daño al medio ambiente puro.

Por su parte, la Directiva Europea sobre responsabilidad ambiental del 2004<sup>1010</sup> protege los bienes naturales que no están sujetos a ningún derecho de propiedad, como los animales salvajes y plantas, agua,

---

<sup>1007</sup>De hecho, las reclamaciones por daños derivados de la contaminación de una finca perteneciente a otro parecen escasear en nuestro Derecho, así como, en general, las reclamaciones por daños derivados a su vez de daños a cosas de terceros. A pesar de ello, los Tribunales parecen haber sido generosos cuando las ha habido. Así, por ejemplo, dos lavanderas consiguieron en 1975 que se reconociese su derecho a una indemnización por su pérdida de ingresos derivadas de la contaminación de las aguas del río donde limpiaban la ropa por parte de la Administración pública. Parecidamente, una compañía dedicada a cultivar o producir almejas obtuvo una indemnización por daños causados por la paralización de su actividad derivada del incidente del Mar Egeo (...) (SJP A Coruña de 30.4.1996, cit., FD 5°). RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”, Editado por GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 86-99.

<sup>1008</sup>En muchos países donde existe un régimen legal especial sobre responsabilidad medioambiental –como Alemania, Dinamarca o Italia- éste excluye el resarcimiento de los daños patrimoniales puros. No obstante, algunos países –como Suecia o Finlandia- parecen ser más flexibles cuando se trata de un daño patrimonial puro sobre responsabilidad medioambiental (5 § 1 Lag. omerdtingformiljoskador 19.8.1994/737) prevé que sea indemnizable el daño patrimonial que no esté relacionado con un daño a las personas o a las cosas, a condición de que no sea pequeño o insignificante. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”. GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit, pág. 86-99.

<sup>1009</sup>L'application jurisprudentielle de la responsabilité. (...) Dans la troisième phase, l'extension de la protection réparatrice selon la « clause générale » de responsabilité à l'environnement considère au sens unitaire, est compris comme réparation à la lésion à un « bien » juridique. La norme sur le « dommage à l'environnement » qui a été formulée ensuite par le législateur se réfère à l'application de l'instrument juridique de la protection réparatrice qui avait été déjà développée par la jurisprudence. Le cadre de telles hypothèses de dommage environnemental comprend : a) le dommage aux intérêts privés en tant que lésion à un droit et résultant de l'« intersection » entre l'application de la responsabilité civile et des lois sectorielles (De Giovanni, 1982) (ii), b) le dommage aux intérêts publics ou collectifs à l'environnement en tant que lésion à un bien. Dans ce dernier cas, on peut parler de : « dommage public environnemental », tel que formulé par la Cour des comptes, à partir de 1973, sur la base de sa juridiction à l'égard de la responsabilité des fonctionnaires publics (et ensuite attribuée par la loi 349/1986 à la juridiction du juge ordinaire), dommage à l'intérêt général ou collectif dont la réparation a été attribuée aux organismes territoriaux. PAOLI, Nino, “*Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Cuvre Et Sanction Du Non-Respect »*”, Editions La Documentation française, 2000 – Paris, page. 180-185.

<sup>1010</sup>Concept of damage. The Directive does not cover “classic” types of damage - physical injury, damage to property. These types of damage are already covered by existing national legislation, (...). A need for regulation arises in the case of damage to the environment that is not also damage to property, and this applies particularly to damage to natural goods that are not subject to any property rights, such as Wild animals and plants, water, climate and the like. The Directive covers three types of damage:

clima y similares. Asimismo, abarca sólo tres tipos de daños: daños a las especies protegidas y hábitats naturales, daños por agua y tierra, esto es, se trata de una norma que en materia de reparación de daño al medio ambiente puro es restrictiva, no comprende al medio ambiente puro en sentido unitario, ni amplio, no obstante, lo positivo es que empieza a reconocer paulatinamente la necesidad de reparar algunos bienes componentes del medio ambiente puro.

Hay algunos regímenes de responsabilidad civil, y otros estatutarios que intentan superar las insuficiencias del derecho privado común interno e internacional, y logran superar las dificultades normando los daños causados por el deterioro del medio ambiente puro, por lo que es válido preguntarse: *¿Qué es lo que les diferencia a estos regímenes legales, es la medida en que protegen la reparación al medio ambiente puro y no sólo a la protección de las personas y a su propiedad?* Así el derecho alemán, es uno de los ordenamientos que más generosamente permite el resarcimiento del daño ambiental puro<sup>1011</sup>, pues está tratando de superar las corrientes obstruccionistas a la reparación del daño ambiental puro, para lo cual se está recurriendo incluso, al concepto de propiedad, donde se trata de encontrar el valor económico del bien natural, y se coloca en el lugar del objeto perdido o dañado, incluyendo el valor de mercado, la pérdida de ingresos, así como el daño a los intereses morales, estéticos y científicos<sup>1012</sup>. Constituyendo un referente obligado para efectos de determinar la extensión de la reparación del daño ambiental puro.

Asimismo, a nivel internacional, el Consejo de Europa aprobó la convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, el Convenio de Lugano de 1993, que establece que el concepto del daño ambiental resarcible, tiene una extensión amplia, pues consta no sólo del daño a la persona, a su propiedad, sino también de pérdida o daños causados por *el deterioro del medio ambiente*. Lo que se busca es que la reparación incluya los costos y reintegros realizados o a realizarse, y las medidas de restablecimiento, esto es, cualquier medida razonable que apunte a restituir o restaurar los componentes dañados o destruidos del medio ambiente, introduciendo dentro de lo razonable, el equivalente de estos componentes en el ambiente.<sup>1013</sup> Y lo importante es que la definición del término “entorno” es muy amplia pues incluye los recursos naturales tanto abióticos y bióticos, tales

---

damage to protected species and natural habitats, water damage and land damage. MACRORY, Richard, “*Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?*”, Op. Cit., page. 131-132.

<sup>1011</sup>RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”, En: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 86-99.

<sup>1012</sup>The concept of harm to the environment is often viewed as a property concept, where economic value is placed on the lost or damaged object. This may include market value, loss of income, and damage to moral, aesthetic, and scientific interests. Under German tort law, any natural or legal person is liable for environmental damages to the extent that they constitute an injury to the life, body, health, freedom, property or other right, such as the right to operate and establish a business, of another person if the injury is unlawful and was caused willfully or negligently. KISS, Alexander and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 140.

<sup>1013</sup>Compensable damage comprises damage to the person (loss of life and personal injury) and property damage, but also 'loss or damage by impairment of the environment' (Article 2. 7c) and 'the costs of preventive measures and any loss or damage caused by preventive measures' (Article 2. 7d). 'Preventive measures' are defined as 'any reasonable measures taken by any person, after an incident has occurred to prevent or minimize loss or damage' (Article 2. 9). Loss or damage by impairment of the environment covers solely damage not otherwise considered to be damage to the person or damage to property, and compensation for such damage is limited to 'the costs of reinstatement actually undertaken or to be undertaken' (Article 2. 7c). 'Measures of reinstatement' are 'any reasonable measures aiming to reinstate or restore damaged or destroyed components of the environment, or to introduce, where reasonable, the equivalent of these components into the environment' (Article 2. 8). The definition of the term 'environment' is very broad, and includes natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; property which forms part of the cultural heritage; and the characteristic aspects of the landscape' (Article 2. 10). HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Op. Cit., page 6.



como aire, agua, suelo, fauna y flora y la interacción entre los mismos factores; la propiedad que forma parte del patrimonio cultural; y los aspectos característicos del paisaje. Esto es, el convenio recoge el concepto amplio de medio ambiente puro, por lo que ciertamente este sistema de responsabilidad civil constituye un ejemplo a seguir, a pesar que dicho convenio aún no está en vigencia, no por ello deja de ser un buen referente en materia de reparación del daño al medio ambiente puro.

En esa misma tendencia, corresponde explorar no sólo las posibilidades de los regímenes legales de responsabilidad civil, sino también de los sistemas regulatorios, por ejemplo el sistema americano CERCLA, cuya preocupación central es la calidad del medio ambiente, el mismo que permite la limpieza de los daños ambientales<sup>1014</sup>, de antiguos vertederos, destrucción o pérdida de los recursos naturales, incluyendo costos razonables de valuación resultantes de la liberación de los recursos naturales, la tierra, peces, vida silvestre, aire, agua, agua subterránea, suministro de agua potable, etc., así como el daño ambiental ocasionado sustancias peligrosas<sup>1015</sup>. En este sistema se autoriza al gobierno federal, gobiernos estatales y las tribus indias como síndicos a reclamar indemnizaciones de las empresas responsables por los daños ambientales puros, constituyendo una de las fuentes de derecho más destacadas de reparación del daño al medio ambiente puro. El CERCLA americano, es un sistema eficaz de responsabilidad por el daño al medio ambiente puro que debe ser considerado en la extensión de la reparación del daño ambiental, concepto que se encuentra en constante desarrollo, si bien incipientemente, la necesidad y la fuerza de la razón se irá imponiendo en los diversos sistemas jurídicos del mundo.

Hay un camino por delante, en materia de responsabilidad civil ambiental pues, se hace necesario superar, la evidente limitación del derecho privado, esencialmente dirigido a proteger los derechos individuales o derechos relativos a la propiedad, razón por la cual el derecho es claramente reticente a desarrollar mecanismos de reparación que están directamente vinculados con la protección del medio ambiente<sup>1016</sup>. Esta situación se ve reflejada en la doctrina, legislación y jurisprudencia del derecho comparado, en

---

<sup>1014</sup>The way ahead (...). In this sense, these regimes can be said to follow on from measures such as those contained in Part II A of the EPA 1990 relating to contaminated land, or the Water Resources Act 1991, s. 161 which allows for the cleanup of polluted water. Although in practice both might indirectly benefit other property owners (who will avoid having to pay for the cost of cleanup), and directly affect the person paying for the cost of cleanup in a way which, for them, is probably indistinguishable from compensating another private party (the person whose brownfield site is cleaned up benefits from the other party by seeing an increase in the value of his or her land). However, their central concern is with the quality of the environment in its own right, which can be cleaned up, for example, so that ecosystems are restored. The purpose of the following sections is to explore the possibilities of statutory civil liability regimes, which would obviously meet the objection made by Lord Goff in the Cambridge Water case that it is not for the courts to develop the common law in areas where rule- and decision-making is complex and involves many stakeholders. Readers are invited to draw their own conclusions as to the merits of statutory civil liability as against, for example, regulatory clean-up regimes. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Giuvrav LLB Hons, MA, *“Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment”*, Op. Cit., page. 285- 286.

<sup>1015</sup>The two most prominent sources for natural-resource damage are CERCLA and the Oil Pollution Act. CERCLA, which deals with the cleanup of old dumpsites, authorizes the federal government, state governments and Indian tribes as trustees to recover damages from responsible parties 'for injury to, destruction of, or loss of natural resources, including reasonable costs of assessment', resulting from the release of hazardous substances 20 Natural resources are defined as land, fish, wildlife, biota, air, water, ground water, drinking water supplies, and other such resources that belong to, are managed by, are held in trust by, or are controlled by public entities such as the federal government, state governments or Indian tribes. Ownership of the resource is not required. HINTEREGGER, Monika, *“Environmental Liability and Ecological Damage in European Law”*, Op. Cit., page. 12.

<sup>1016</sup>The way ahead? Civil liability in statutes and EC proposals. One of the obvious limitations of private law controls such as nuisance law is that they are essentially aimed at protecting individual rights, or rights relating to property. As cases like Cambridge Water and Hunter show, many judges are clearly reluctant to develop these mechanisms so that they are directly concerned with environmental protection. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Giuvrav LLB Hons, MA, *“Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment”*, Op. Cit., page. 285- 286.

donde no sólo hay reticencias a reconocer la reparación de los efectos de los daños ambientales en las personas, sino también a reconocer los daños ambientales puros.

A ello se aúna el hecho que los requisitos que necesariamente debe cumplir el daño para poder ser reparado mediante la aplicación del mecanismo de la responsabilidad civil, normalmente no se dan cuando se produce un daño ecológico, puesto que, como habrá ocasión de constatar más adelante, ni suele ser cierto ni personal. Adicionalmente, la forzosa humanización del daño ecológico mediante la búsqueda de cualquier elemento que atente a la esfera privada con el fin de conseguir su ansiada reparación en el ámbito civil<sup>1017</sup>, debido a que el derecho civil no ha internalizado aún la naturaleza colectiva del daño ambiental. Asimismo, la falta de legitimación activa para denunciar el daño ambiental puro; y, por último, la dificultad de la prueba del nexo causal o la valuación del daño ambiental puro. Frente a tales dificultades prácticas, los ordenamientos jurídicos optan, por afirmar que resulta imposible desde el ángulo civil y que por tanto solo se podrá conseguir la reparación vía mecanismos regulatorios desde el derecho público, escepticismo que ha sido superado sólo por algunos sistemas de responsabilidad, tal y como se observa en la presente investigación.

### **3.2.1.-El daño al medio ambiente y los intereses colectivos**

Acerca del concepto moderno de daño ambiental, se observa que está generando un cambio en la concepción tradicional del concepto de “daño” versus el concepto de “daño ecológico puro”, y su relación con “intereses difusos o colectivos”. Es una realidad, que el daño ambiental no sólo afecta a la persona o patrimonio del sujeto, sino que trasciende los intereses o derechos privados al daño puramente ambiental, afectando intereses difusos o derechos colectivos, cuya reparación el derecho se resiste. Ello obliga a encontrar los mecanismos legales que permitan la reparación del daño ecológico puro, para proteger los intereses colectivos o difusos, partiendo de una concepción amplia del daño ambiental, de una visión colectiva del derecho civil, recurriendo a teorías económicas modernas y a la ciencia ambiental, para efectos de la valuación del daño al medio ambiente puro, logrando la reparación del daño colectivo.

En ese sentido, el concepto moderno de daño ambiental, está generando un cambio en la concepción tradicional del mismo, en razón a que, por un lado, se tiene que estudiar no sólo el concepto de daño ecológico puro, sino relacionarlo con los “intereses difusos o colectivos”, pues es una realidad que el daño ambiental, “trasciende los intereses o derechos privados, afectando a intereses difusos o derechos colectivos<sup>1018</sup>. El derecho civil, debe dar respuesta adecuada a la reparación de ese derecho colectivo, nueva realidad, que obliga la socialización del mismo.

El problema es que, el carácter supletorio o complementario del derecho civil ambiental nace justamente de los límites a los que este propio derecho somete a la reparación de daños ambientales, los mismos, que usualmente opera a título individual y no colectivo. Podría afirmarse, por ello, que el derecho común no ampara al medio ambiente en sí mismo, sino a quienes hayan padecido daños personales o en sus bienes

---

<sup>1017</sup>GOMIS CATALA, Lucia, “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 64 - 65.

<sup>1018</sup>La cuestión es si este daño es resarcible o no, (...). Por ahora, numerosos problemas, de índole jurídica y económica, quizás lleven a responder negativamente a la disyuntiva mencionada. ALVAREZ LATA, Natalia, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 1702 – 1704. Más aún si la naturaleza de los “bienes ambientales pueden experimentar alteraciones objetivas y directas (por ejemplo, el desmejoramiento de la condiciones atmosféricas y climáticas) que no son susceptibles de corrección a través del sistema tradicional de tutela de la propiedad privada BLANCO, ALBERTO, Quintero, Uribe, “*La reparación del daño ambiental en Venezuela*”, en “*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit. pág. 67.

como resultado de impactos ambientales<sup>1019</sup>En ese sentido, el derecho civil auto limita su capacidad para resolver la problemática de la reparación el daño ambiental puro, por su naturaleza de tipo colectivo, a pesar de que los ordenamientos jurídicos, si se han preocupado en innumerables normas por la implementación de medidas reparativas de dichos bienes de tipo colectivo.

Se tiene que aceptar que el concepto de “intereses difusos o colectivos”, es uno que ronda en todo sistema de responsabilidad civil por el daño ambiental y por tanto se tiene que socializar el derecho civil, caso contrario, la visión individualista determina muchas veces que el derecho civil ambiental limite su aplicación<sup>1020</sup>, en contradicción de lo anhelado, que es la reparación del daño al medio ambiente puro de naturaleza colectivo y difusa. Dicha preocupación se advierte en el Tratado de la Comunidad Europea, en su artículo 153(3), en donde se norma la necesidad de proteger los intereses difusos dentro de la comunidad al permitir que los Estados miembros pueden ir más allá del nivel de protección que fue fijada por la comunidad;<sup>1021</sup> lo que nos lleva a afirmar que el tratamiento y de los derechos colectivos o difusos, está en evolución constante.

Merece la atención del presente estudio, el abordar el problema de los bienes colectivos o difusos, y las grandes dificultades jurídicas relacionadas con la naturaleza de los bienes colectivos partiendo por reconocer la necesidad que:

i) Definir extensión del concepto de daño ambiental, la misma que incluya no sólo las lesiones personales y a la propiedad de los individuos, sino también cualquier pérdida resultante de la alteración del medio ambiente puro. ii) Que se reconozca que el presupuesto básico de los modelos legislativos, administrativos y judiciales de la responsabilidad civil está en la acción individual, debiendo cambiar dicho paradigma hacia las acciones colectivas en materia de responsabilidad civil ambiental, cuya dimensión de escala es absolutamente diferente.<sup>1022</sup> Se debe recurrir, a los mecanismos procesales colectivos como por ejemplo la *class acción*<sup>1023</sup>, cuya dimensión de escala es absolutamente diferente,

---

<sup>1019</sup>En el orden civil, cuatro son las conocidas técnicas arbitradas por nuestros derechos comunes para proteger el medio ambiente: la responsabilidad por daños o "aquiliana", la citada teoría de las inmisiones y sus conexas relaciones de vecindad, la protección interdicial y el genérico abuso del Derecho. JUNCEDA, Javier, “*Derecho Ambiental en el Amazonas – Un reto para Sudamérica*”, Op. Cit., pág. 88-89.

<sup>1020</sup>JUNCEDA, Javier, “*Derecho Ambiental en el Amazonas – Un reto para Sudamérica*”, Op. Cit., pág. 88-89.

<sup>1021</sup> Article 153(3) in the consumer policy section contain similar provisions, expressing the need to protect diffuse interests within the Community by allowing Member States to go beyond the level of protection that was fixed by the Community. KRAMER, Ludwig, “*E.C. Treaty and Environmental Law*”, Op. Cit., page. 123- 125.

<sup>1022</sup>En segundo lugar, los bienes no son monetizables y, por lo tanto, resulta de muy difícil aplicación el parámetro tradicional de valoración del daño, así como los análisis de riesgo-beneficio y las comparaciones. LORENZETTI, Juan Ricardo Luis, “*Teoría del Derecho Ambiental*”, 1ra Edición, Edit. Porrúa, México, 2008, pág. 121.

<sup>1023</sup> i)El moderno Derecho procesal comienza a considerar la necesidad de dar carta de naturaleza a las denominadas acciones colectivas, particularmente interesantes en el terreno de la responsabilidad civil para los casos en que toda una colectividad más o menos identificada resulta damnificada por un agente contaminante o un producto defectuoso. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, Op. Cit., pág. 398-413; ii) se trata de una problemática que se ha planteado hace tiempo en los países anglosajones, que la han resuelto de forma relativamente satisfactoria mediante las llamadas “*class actions*” (...), según el cual el juez sólo debe admitir la continuación del procedimiento cuando considere que los demandantes son suficientemente representativos respecto del interés colectivo por el que actúan en juicio. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “*Conceptos Generales y Elementos de Delimitación de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 163 y 168; iii) para este tipo de supuestos el Derecho norteamericano a través de la Federal Rules of Civil Procedure, ha creado las llamadas *class actions*, cuyo modelo ha tratado de ser seguido por otros países (...) se admite la llamada *class acción* cuando la clase o grupo al que pertenecen los sujetos perjudicados es tan numerosa que la unión de todos sus miembros es impracticable; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, “*Derecho De Años*”, Op. Cit., pág. 169; iv) de acuerdo con la regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure, de los Estados Unidos, se señalan como requisitos: Los miembros de la clase deben ser tan numerosos que hagan imposible un litisconsorcio; debe haber cuestiones debatidas comunes a la clase; los representantes de la clase deben tener las cualidades necesarias para defender los intereses de la clase; debe mediar una o varias

pues lo que es apropiado para los individuos no "suele" dar los mismos resultados para los grupos. Tal y como se pronuncia la jurisprudencia española en la STS (Sala 2º) 1 abril 1993 RJ 1993, 9165<sup>1024</sup>, en donde se reconoce la idoneidad de la acción popular en defensa de los bienes de naturaleza colectiva; iii) Centrar, la preocupación en la necesidad de proteger los intereses difusos,<sup>1025</sup> para lo cual es necesario dar luz verde a las acciones colectivas que protejan los intereses difusos que implica la reparación del medio ambiente puro.

iv) Reconocer que los bienes ambientales no son monetizables y, por lo tanto, resulta de muy difícil aplicación el parámetro tradicional de valoración del daño, así como los análisis de riesgo-beneficio y las comparaciones<sup>1026</sup>. Por ello, es necesario acudir a las teorías económicas modernas que permiten la valoración de lo que no tiene valor en el mercado, como lo es el medio ambiente y que posibilitan incluso valorar las alteraciones objetivas y directas (por ejemplo, el desmejoramiento de las condiciones atmosféricas y climáticas) que no son susceptibles de corrección a través del sistema tradicional de tutela de la propiedad privada<sup>1027</sup>, constituyendo una herramienta útil para valorar económicamente el daño ambiental puro.

v) Se tiene que considerar que la naturaleza de los bienes ambientales pueden experimentar alteraciones objetivas y directas (por ejemplo, el desmejoramiento de las condiciones atmosféricas y climáticas) que no son susceptibles de corrección a través del sistema tradicional de tutela de la propiedad privada<sup>1028</sup>, lo que exige ser creativo, para lo cual el derecho civil debe recurrir a la ciencia ambiental, que permita la valoración de los impactos ambientales; vi) Urge, "acudir" a los viejos y ancestrales principios del derecho civil para despojarlos de su contenido excesivamente privatista y tradicional, haciendo uso de la interpretación teleológica e histórica-sociológica y desarrollar un nuevo derecho civil al servicio de los intereses ambientales colectivos o difusos.<sup>1029</sup>, en busca de la protección de los intereses generales vinculados a la tutela de los bienes ambientales requeridos para asegurar la digna sobrevivencia de la humanidad.

---

razones de conveniencia para el tratamiento conjunto de las acciones, sean de sujetos miembros de la clase determinados o indeterminados. MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUCTCHINSON Tomas; ALBERTO DONNA, Edgardo, "*Daño Ambiental*", Tomo II, Op. Cit., pág. 165-166.

<sup>1024</sup>STS (Sala 2º) 1 abril 1993(Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi-1993, 9165); "No puede antecederse que la asociación FAPAS no se halla legitimado para llegar al Tribunal la pretensión indemnizatoria a que se ha hecho referencia. La muerte del oso, puede dar origen a la indemnización civil correspondiente. El daño originado no es puramente patrimonial, ni sobre aquel animal representante de una especie protegida recaía una dominicanidad civil a favor de la Junta de Castilla y León. En el caso concreto estudiado se ha sacrificada efectivamente un bien Jurídico, no de persona individual, pero sí de sociedades concretas – personas jurídicas – como la que ha ejercido la acción popular, y de la Sociedad en general, por el valor ecológico que supone la conservación de las especies particularmente protegidas. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, ÁLVAREZ LATA, Natalia, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, MENDOZA LOZANA, Ana I., PEÑA LÓPEZ, Fernando, "*Código de Responsabilidad Civil*", Op. Cit., pág.141.

<sup>1025</sup>Article 153(3) in the consumer policy section contain similar provisions, expressing the need to protect diffuse interests within the Community by allowing Member States to go beyond the level of protection that was fixed by the Community. KRAMER, Ludwig "E.C. Treaty—and— Environmental Law", Op. Cit., page. 123- 125.

<sup>1026</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, "*Tema del Derecho Ambiental*", Op. Cit., pág. 121.

<sup>1027</sup>BLANCO, ALBERTO, Quintero, Uribe, "*La reparación del daño ambiental en Venezuela*", en "*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*", Op. Cit. pág. 67.

<sup>1028</sup>BLANCO, ALBERTO, Quintero, Uribe, "*La reparación del daño ambiental en Venezuela*", en "*Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*", Op. Cit., pág. 67.

<sup>1029</sup>El autor, se refiere a sentar las bases de un derecho civil en Venezuela, que es perfectamente aplicable a cualquier país, "en Venezuela, en virtud del principio 13 de la Declaración de Río de junio de 1992, emanada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED 92)". BLANCO, Alberto, QUINTERO, URIBE, "*La Reparación del daño ambiental en Venezuela*", en: "*Responsabilidad por daños al medio ambiente*", Op. Cit., pág. 63-64.

En ese sentido, el concepto del daño ambiental puro, está ligado a los derechos colectivos o difusos, por lo cual, urge superar la posición que la responsabilidad civil, sólo sirve para la reparación del daño individual (daño a la persona, daño patrimonial) y no para la reparación del daño al medio ambiente puro (derechos colectivos o intereses difusos), posición que viene siendo superada por la doctrina, las normas y la jurisprudencia, demostrando que el derecho civil, es capaz de dar solución concreta a esta problemática, posibilitando que la indemnización del denominado “daño ambiental puro”, sea una realidad.

### **3.2.2. El daño emergente y el lucro cesante del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro.**

Analizar, si el concepto de daño emergente, se pueden adecuar en la reparación del daño ambiental, esto si es posible restituir la pérdida patrimonial sufrida efectivamente a consecuencia del mismo, tanto en el patrimonio de las personas, como en el medio ambiente puro.

#### **A. El daño emergente del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro.**

El problema, se centra en determinar si el concepto daño emergente, se adecua para efectos de determinar el daño ambiental puro, esto es si es un patrimonio, en sentido civil, o si bien no lo es estrictamente, se trataría de un “patrimonio social o colectivo” y como tal, debe ser reparado. Por lo que cabe preguntarse si, *¿es posible aplicar el concepto clásico para valorar el daño patrimonial en su dimensión de daño emergente en la reparación del daño ambiental puro?* Cuando se trata de aplicar el concepto del daño emergente, de naturaleza eminentemente patrimonial e individualista, a la reparación del daño al medio ambiente puro, los sistemas jurídicos, tienen serias resistencias en considerarlo como patrimonio colectivo.

Si bien, el medio ambiente se compone fundamentalmente de cosas y derechos que por ahora no son considerados jurídicamente como un patrimonio, toda vez que, desde el punto de vista del derecho civil clásico, el concepto de cosa presupone que sea susceptible de apropiación por el hombre, por esta razón, estrictamente hablando, el aire, el agua corriente o el subsuelo no es patrimonio del ser humano y por tanto no puede reclamar civilmente una compensación por el daño causado al mismo<sup>1030</sup>. No obstante, dicha posición tradicional debe ser superada, toda vez que si bien es cierto los bienes ambientales desde el punto de vista clásico del derecho civil, son bienes que no tienen la connotación patrimonial individual, estrictamente hablando, lo cierto es que se tratan de bienes colectivos, y el derecho debe reconocer por ficción jurídica que los mismos deben ser considerados como bienes patrimoniales colectivos, pues si tienen una connotación económica cuando dichos bienes son dañados. Así las aguas del mar, no son de propiedad de ninguna persona, es cierto, el asunto es que, si se contaminan las aguas de la playa, si tiene connotación económica para todo el colectivo que vive del turismo en esa playa.

Para realizar dicha tarea a menudo, la reparación del daño al medio ambiente puro, deberá ir acompañada de la realización de estudios que lo valúen y determinen cómo repararlo, así la casuística europea señala que “en los casos de los daños al medio ambiente puro se hace referencia al costo de la reparación” del patrimonio social, el mismo que si bien no tiene valor económico establecido, no por ello es imposible cuantificarlos económicamente, para lo cual es necesario recurrir a criterios de cuantificación utilizando

---

<sup>1030</sup>RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “La tipología de los daños causales por el Prestige”, En: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige”, Op. Cit., pág. 68-69.

métodos económicos modernos y mucha imaginación. Así un particular tipo de daño emergente, que la jurisprudencia en materia ambiental tardó en determinar, es el de los gastos por tareas de limpieza o recomposición a cargo del Estado o voluntarios, aceptados en las normas de daños por hidrocarburos y sustancias peligrosas<sup>1031</sup>, el daño emergente en estos casos está dado por todos los gastos que implique la limpieza del lugar contaminado.

En este último supuesto pueden incluirse los daños a las playas, las riberas del mar y los ríos, que forman parte del dominio público marítimo, que afectan al suelo, a la llamada función biológica de los seres vivos, como bacterias, insectos, otros invertebrados, como gusanos o similares, así como el daño a las distintas capas de suelo, agudizándose la aplicación del concepto de daño emergente, pues tratándose de un concepto netamente patrimonial, ¿cómo lograr reparar esos bienes naturales sin contenido patrimonial, con conceptos patrimoniales? Si es posible, por dichos bienes naturales, si tienen connotación económica y con graves repercusiones económicas en la vida de los pueblos.

Así, la casuística europea señala que, en los casos de los daños al medio ambiente puro se hace referencia al costo de la reparación<sup>1032</sup>, por lo cual si es posible la reparación de dicho patrimonio social. ALPA sostiene que a menudo, la reparación del daño deberá ir acompañada de la realización de estudios que lo valúen y determinen cómo repararlo. Estos estudios pueden ser muy costosos debido a su complejidad y es muy importante por ello que el responsable del daño también se haga cargo de los mismos. Por ejemplo, es sabido que tras el accidente del Arco-Anchorage en 1995, los estudios para valorar el daño tuvieron un costo de 285.000 dólares, mientras que la compensación por el daño causado por el accidente en sí ascendió a sólo 35.000 dólares. Aún más, el costo en 1986 de evaluar los daños causados por el vertido de más de 7 millones de galones (unos 15.140.000 litros) de fuel-Oil de Argo Merchant en 1976 se elevaron a aproximadamente 1,4 millones de dólares, y a pesar de ello se concluyó que no se había producido ningún daño ambiental<sup>1033</sup>. Tal como se aprecia a través de la economía es posible valorar económicamente los bienes intangibles, como lo es el efecto del daño ambiental en el medio ambiente puro.

La resistencia a nivel la doctrina jurisprudencial<sup>1034</sup>, a considerar al medio ambiente como un patrimonio colectivo, y a sostener que la naturaleza del daño ambiental puro no tiene un valor económico, se observa a en donde, se valora el daño patrimonial ocasionado a las personas a consecuencia del daño ambiental, obviando reparar el daño ambiental puro, va cediendo paso a la tesis consistente en que es posible realizar dicha cuantificación, para lo cual urge la necesidad de precisar que el medio ambiente puro es un bien jurídico protegido, que es posible de ser valuado a través de los criterios de cuantificación de los bienes intangibles, utilizando métodos económicos creativos, pues el medio ambiente tiene componentes

---

<sup>1031</sup>PASTORINO, Leonardo Fabio, “*El Daño al Ambiente*”, Op. Cit., pág. 172 -173.

<sup>1032</sup>ALPA, Guido, “*Responsabilidad Civil y daño. Lineamientos y Cuestiones*”, Traducido por Juan Espinoza Espinoza, Edit. Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2001, pág. 550-552.

<sup>1033</sup>RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*”. GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, Op. Cit., pág. 69-84.

<sup>1034</sup>Sentencia de la sala 1º del Tribunal Supremo de fecha 27 de Octubre de 1990, Fundamento Jurídico, primero: “Que en los presentes autos no se está juzgando, ni por tanto determinado los posibles agentes productores de la contaminación ecológica del río(...)La denuncia y enjuiciamiento de *este atentado contra la naturaleza corresponde a otras instancias*; en el procedimiento civil que nos ocupa se estudia la posible responsabilidad aquiliana en que ha podido incurrir la entidad R.S.A., si con su conducta negligente ha producido, de forma directa, precisa y adecuada, el daño en el patrimonio del demandante, que aquí se intenta cuantificar. Nos encontramos, por tanto, ellas, los actores son propietarios que han sufrido un daño en su propiedad y demandan su reparación”. SÁNCHEZ – FRIERA GONZALES, María del Carmen, “*La Responsabilidad Civil del Empresario por Deterioro del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 230 – 231.

que si tienen valor económico<sup>1035</sup>. Así si un río se contamina, el daño emergente estará constituido por los costos que impliquen descontaminar el agua.

### **B. El lucro cesante del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro.**

El problema se centra en valorar el lucro cesante por el daño al medio ambiente puro, pues en este tema habría que cuantificar el valor de daño a futuro de un medio ambiente sano y equilibrado, el provecho en el bienestar en su salud, que a futuro dejarán de ganar las personas individualmente o colectivamente consideradas a causa del daño ambiental.

Considerando que el lucro cesante es un concepto que se refiere al futuro con respecto al momento del daño, cabe la posibilidad que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de gozar de un ambiente sano y equilibrado, más aún, si se tiene en cuenta que justamente de lo que se trata es de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras. Hay que reconocer que, si bien no se ha desarrollado este concepto en la doctrina, ni en la jurisprudencia, el mismo se irá llenando de contenido, en la medida en que se planteen las demandas correspondientes, convirtiendo este concepto clásico del derecho civil en un mecanismo válido para la valuación de la reparación del daño al medio ambiente puro, en la medida que es perfectamente posible reparar lo que las generaciones futuras dejaron de gozar, de un medio ambiente equilibrado y adecuado.

### **3.2.3.- La reparación del daño moral por el daño ambiental.**

El problema de la reparación del daño moral en general, no es cuestión nueva en el campo del derecho: se remonta a antiguos tiempos, desde la época primitiva en la que se indemnizaba a través de la venganza privada, pasando a épocas del derecho romano en que el pago de la indemnización era pecuniario, hasta tiempos más recientes iniciada con la emisión del Código Francés, donde se estableció legalmente el daño moral. Así, tenemos por ejemplo que, en el derecho peruano, en el derecho español hoy día no hay duda del carácter indemnizable del *pretium dolores*. Actualmente el daño moral en *stricto sensu* es aquel que no tiene ningún contenido patrimonial, es aquel que afecta; es la privación o disminución de valores relacionados con la vida mis del hombre ( su salud, su cuerpo, su psiquis), y el mundo inmaterial( la paz, la vida íntima, el concepto de seguridad personal; el honor, la honra, el pudor sexual, los sagrados afectos, los pensamientos y de los sentimientos, la tranquilidad de espíritu, el honor) y los demás sagrados afectos son “derechos personalísimos” o “de la personalidad”, aclarándose que son aquellos que protegen como bien jurídico los atributos o presupuestos de la personalidad del hombre.

El tema, es determinar el fundamento técnico-jurídico que justifica la reparación del daño moral, originado por el daño ambiental, el mismo, que está dado en que el derecho no puede reducir su esfera de protección a los intereses patrimoniales, teniendo el medio ambiente un carácter de universalidad, la protección jurídica del medio ambiente no se reduce al ámbito de la reparación del medio ambiente puro, que es integrativa también de los daños causados los derechos personalísimos del hombre, entendiendo este como comprensivo de los daños que afectan no sólo a su patrimonio, su integridad física, sino a su espiritualidad. La procedencia del daño moral ocasionada por el daño ambiental y su consecuente indemnización.

---

<sup>1035</sup> Véase Capítulo iv: “La reparación del daño ambiental” de la presente investigación.

En el sistema de responsabilidad civil peruano, el Código Civil estipula el daño moral en el artículo 1985 el mismo que establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral<sup>1036</sup>. La Exposición de Motivos del Código Civil, se señala que compete al juez señalar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con criterio discrecional. Esto, es se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado *quantum* pecuniario<sup>1037</sup>. Por su parte el artículo 1984 del Código Civil peruano establece que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia. Tal y conforme lo establece la norma general, corresponde el pago de la indemnización por el daño moral, en materia de responsabilidad civil general, la misma que es extensiva al daño ambiental. De lo anotado, no hay duda acerca reparación del daño moral en general, no obstante, que no está legislada la obligación del daño moral por efecto de los daños ambientales de manera específica, es posible accionar por vía acción de responsabilidad por el daño moral ya sea individual o colectivo, causado por un daño ambiental.

Igualmente, a nivel latinoamericano, la doctrina jurisprudencial argentina tiene como sustento la reparación del daño moral en la función discrecional del juez, confiando en su prudente arbitrio judicial, atendiendo la gravedad del daño a la víctima y la equidad, siendo el dinero un medio idóneo para la reparación del daño<sup>1038</sup>. La doctrina jurisprudencial uruguaya, también se apoya para la reparación del daño moral en la apreciación judicial, aceptando que el dinero es una forma de compensar el daño moral sufrido<sup>1039</sup>. En la doctrina jurisprudencial colombiana, existen numerosos fallos que se inclinan en favor de la resarcibilidad del daño moral. Estos fallos encuentran su origen en la antigua jurisprudencia de la Alta Corte, que establecía que debían repararse tanto los daños físicos y morales, como las consecuencias de futuro que en detrimento de los intereses morales envuelve el cuasidelito y la codificación civil regula la reparación de daños patrimoniales y extra patrimoniales<sup>1040</sup>. El asunto, que no encontramos, norma alguna que específicamente se refiera al daño moral por el daño ambiental.

En Europa, el derecho se ha planteado ésta problemática, dando respuestas múltiples, así en Italia, para determinar el *quantum* del daño moral, la jurisprudencia: “en orden de importancia, tiene en cuenta la gravedad de la ofensa, el grado de sensibilidad del ofendido, las relaciones de parentesco, edad y sexo del perjudicado, situación económica del obligado a indemnizar y del perjudicado, proporcionalidad en la cuantía del resarcimiento del daño moral y patrimonial y la entidad del perjuicio económico patrimonial sufrido por el damnificado”<sup>1041</sup>. Asimismo, en la doctrina jurisprudencial francesa, se observa que los tribunales del orden no dudan en conceder la reparación del perjuicio moral en todas las esferas, desde comienzos de siglo tiene particular importancia por cuanto en muchos fallos, como los que se mencionan

---

<sup>1036</sup> FONSECA TAPIA, César A., “Manual de Derecho Ambiental”, Op. Cit., pág. 348.

<sup>1037</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia., “Exposición de Motivos del Código Civil de 1984”, Op. Cit., pág. 807.

<sup>1038</sup> Jurisprudencia argentina: “Su *quantum* debe ser fijado prudentemente por el a quo con un criterio de equidad, como para las turbaciones al derecho la intimidad lo autoriza el Art. 1071 bis del Cód. Civil, según ley 21.173”. GIL BARRAGÁN, Romero, “Elementos del daño moral”, Op. Cit., pág. 116.

<sup>1039</sup> Doctrina Jurisprudencial uruguaya: La estimación del daño moral es siempre difícil, cabe aceptarla, sin embargo, la suma de dinero tiende a compensarlo variando la función de la naturaleza del daño debiendo ser elevada cuando incluye sobre los sentimientos de afección”. (Tribunal. Civil. 1º, sentencia N° 28, 4-III-1968) “Respecto de la cantidad reclamada en concepto de un daño moral, tampoco, en opinión del proveniente, y sobre las mismas bases indirectas relativas a la persona de la víctima, su condición familiar y social y especialmente, habida cuenta, además de los sucesos mismos, desde su comienzo, pudo estimarse exagerada”. (tribunal de Apelaciones en lo Civil del Tercer Turno N°, Montevideo, setiembre 28 de 1962. GIL BARRAGÁN, Romero, “Elementos del daño moral”, Op. Cit., pág. 110.

<sup>1040</sup> PEIRANO FACIO, Jorge, “Responsabilidad extracontractual”, Op. Cit., pág. 397.398.

<sup>1041</sup> GIL BARRAGÁN, Romero, “Elementos del daño moral”, Op. Cit., pág. 112.



a continuación, se advierte muy claramente que se condena a indemnizar por delitos puramente civiles o por cuasidelitos.<sup>1042</sup> Por lo que la reparación del daño moral no ofrece resistencia, pues a pesar de las dificultades prácticas para valorar el daño moral, de esa tendencia, es la doctrina jurisprudencial española, la misma que ofrece una variedad de mecanismos expuestos, que permiten finalmente reparar la jurisprudencia española “ha reconocido reiteradamente la obligación de reparar los daños morales”<sup>1043</sup>, por lo que hoy día no hay duda en el derecho europeo el carácter indemnizable del pretium dolores en general, no obstante, lo que nos ocupa es la cuando se tiene que reparación del daño moral por el daño ambiental.

Por lo que se trata es de analizar la reparación del daño moral en responsabilidad ambiental, en donde se aplica la Teoría del Riesgo, en relación al daño moral, un sector de la doctrina ha sostenido que el daño moral no debe ser resarcido cuando proviene del riesgo de la cosa. No obstante, actualmente la tendencia del derecho moderno, apunta a que incluso en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente, también es posible la indemnización por el daño moral, especialmente cuando se trata de un daño colectivo. El fundamento técnico-jurídico que justifica la reparación del daño moral por daño ambiental originado por el daño ambiental, está dado en la máxima compartida en forma casi por unanimidad en la doctrina argentina, en el hecho que el derecho no puede reducir su esfera de protección a los intereses patrimoniales, teniendo un carácter de universalidad, de esta manera se desprende que la protección jurídica del medio ambiente no se reduce al ámbito de la reparación (*in natura*) o a su indemnización, sino que es integrativa también de los daños causados al hombre, entendiendo esto como comprensivo de los daños que afectan su patrimonio, su integridad física, su espiritualidad, etcétera.<sup>1044</sup> Por lo que daños morales, a consecuencia de los daños ambientales deben ser reparados.

#### **A) El daño moral individual por daño al medio ambiente.**

Si se ocasiona daño moral al ser humano, como consecuencia del daño al medio ambiente puro, y si bien sería de gran dificultad determinar la dolencia espiritual por el daño causado al ambiente puro. La doctrina comparada, en los casos de responsabilidad civil por daños al medio ambiente admite que en los

---

<sup>1042</sup>GIL BARRAGÁN, Romero, “*Elementos del daño moral*”, Op. Cit., pág. 108.

<sup>1043</sup> Jurisprudencia española: “La estimación del daño moral es discrecional del juzgador, sin embargo, para los ataques al honor intimidad e imagen, la precipitada ley de 1982 señala estos criterios: las circunstancias del daño y la gravedad de la lesión; difusión o audiencia del medio en que se ha producido; beneficio que haya obtenido el causante de la lesión con consecuencia de la misma (art.9º, 3). GIL BARRAGÁN, Romero, “*Elementos del daño moral*”, Op. Cit., pág. 114.

<sup>1044</sup>La procedencia del *daño moral ocasionada por el daño ambiental y su consecuente indemnización*, requerirá de: a) Un daño al ambiente totalmente irreversible o que su subsanación no pueda ser efectuada en forma íntegra, o que la misma exija el transcurso de extensos periodos de tiempo, b) Daño al hombre en su esfera espiritual(...)No porque el daño sea reversible se puede hablar de enriquecimiento ilícito por parte del reclamante; hay tesisuras incluso que sostienen que bastaría únicamente la existencia del peligro real, prescindiendo de la ocurrencia del daño; menos aún puede sostenerse que la imposibilidad de la valoración o estimación económica del daño ambiental puede tomar a la indemnización como arbitraria, a decir de Laurent: “del hecho de que el juzgador no pueda conceder una reparación exacta no se puede concluir que no deba conceder ninguna reparación”. Si bien sería de gran dificultad determinar quien sufrió y sufre una *dolencia espiritual por el daño causado al ambiente*, como así mismo limitar cuanto sucede ese sufrimiento, y por cuanto tiempo, pudiendo desviarse con una finalidad lucrativa, se estima que la judicatura, cumpliendo con el principio rector que le exige resolver no pudiendo dejar de fallar bajo el justificativo o pretexto de la ausencia de normativa aplicable, debiendo en todo caso hacer primar la satisfacción o compensación jurídica al interés jurídico lesionado en pos de una reparación plena, deberá efectuar una evaluación del hecho dañoso, sus consecuencias y derivaciones desde la sana crítica racional, haciendo una cuantificación objetiva - subjetiva, de tipo discrecional. Así la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, el 09/02/95, en los autos “Almada, Hugo N. c/ Copetro S.A. y otro: Irazú, Margarita c/ Copetro S.A. y otro; Klaus, Juan J. c/ Copetro S.A. y otro”, LLBA, 1995-IV-175, dispuso que la disvaliosa modificación en el estar de las personas y anímicamente perjudicial que siempre conlleva el daño moral, posee, en los casos de contaminación ambiental, un grado de extensión y continuidad temporal tal, para que la gravedad del agravio moral se nos muestre *in continente*. CATTANEO, José Luis, “*Daño Ambiental*”, DROMI, Roberto (Director), “*Reparación ambiental*”, Op. Cit., pág. 101-103.

casos de daño ambiental es posible la reclamación de daños morales. En la doctrina moderna, sostiene que en los casos de responsabilidad civil por daños al medio ambiente ha clasificado estos en patrimoniales: daño emergente y el lucro cesante y los daños morales, por lo que no cabe duda que el caso de daño ambiental es posible la reclamación de daños morales. Así por ejemplo, por unanimidad en la doctrina argentina, en materia de daños al medio ambiente afirma que el derecho no puede reducir su esfera de protección a los intereses patrimoniales, por lo que la protección jurídica del medio ambiente no se reduce al ámbito de la reparación (in natura) o a su indemnización, sino que es integrativa también de los daños causados al hombre, entendiendo esto como comprensivo de los daños que afectan su patrimonio, su integralidad física, su espiritualidad, etcétera. Lo que de la doctrina nacional e internacional conceptualiza como el equilibrio del desequilibrio entre la actividad dañosa y su justa reparación.

En el derecho español, tenemos que cabe una indemnización por daño moral en materia ambiental, aun cuando no hay un daño patrimonial, MORENO, precisa que si el individuo puede hacer valer frente al Estado esos derechos básicos, igualmente debe poder hacerlo frente a otro sujeto, y en este aspecto se observa como los denominados hoy derechos de la personalidad se insinúan como unas concretas pretensiones de indemnización, cuando una determinada persona es víctima de una ofensa injustificada, que afecta a determinadas cualidades o bienes de esa misma persona<sup>1045</sup>. Así, en el derecho español, tenemos que cabe una indemnización por daño moral en materia ambiental, aun cuando no hay un daño patrimonial, pues hoy los derechos de la personalidad se insinúan como unas concretas pretensiones de indemnización así, lo ha señalado la doctrina jurisprudencial española, en donde se ha admitido que el daño moral es indemnizable como cualquier otro, siempre que el demandante lo demuestre, ya que el sistema parte de un enfoque abierto y no limitativo. Así, serían reparables los daños en la salud, los sentimientos como la ansiedad, inquietud, pesar o pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre e intranquilidad, así como el estrés, dificultades, para descansar, memorizar, concentrarse, comunicarse verbalmente, disminución de la capacidad de reacción o del rendimiento físico e intelectual, o sentimientos de miedo, impotencia, malestar, desasosiego e irritación, ruidos, causados por el daño ambiental, deben ser reparados. Por lo que, la problemática se centra en la reparación de los daños morales, no patrimoniales, o no económicos, los extras patrimoniales, que por todos estos adjetivos se les identifica. Y no solo en su demostración, sino también en su reparación por vía económica.

Como se ha anotado, la contaminación producida por el vertido ha causado en primer lugar daños de este tipo. En particular, se trata de los daños causados por la muerte, así como de los daños a la salud o el sufrimiento de las personas. Igualmente, se encuentran en esta categoría las perturbaciones de orden psicológico sufridas por los niños. En unos casos, los perjuicios derivan de daños a la vida o a la salud, mientras que en otros se provocan sentimientos de angustia que no llegan a constituir una enfermedad<sup>1046</sup>

---

<sup>1045</sup> En España, la doctrina jurisprudencial reconoce que el daño moral a nivel en un ambiente deteriorado, según Moreno Trujillo, señala que: “Quizás el reconocimiento jurisprudencial de este daño moral por vivir en un Ambiente deteriorado, fuera una vía de presión sobre los órganos legislativos competentes para hacer efectivo y práctico ese derecho de la persona en disfrutar de un Medio Ambiente adecuado, que pudiera gozar de la protección específica de la Ley orgánica de 2 de mayo de 1982. Lo que, si hay que reiterar, y alabar en ello el pronunciamiento de la sentencia en este tema, es la afirmación, aunque sea tácita, de la posibilidad de resarcimiento moral por daño al Medio Ambiente considerando en general”. MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deterioro*”, Op. Cit. pág. 268.

<sup>1046</sup> En la jurisprudencia española encontramos la sentencia también dictada por el mismo Tribunal del 30 de abril de 1966 por el cual se resolvió el contrato de arrendamiento por los malos olores originados por la actividad del arrendatario, por lo que es una tendencia positiva, que se ha visto reforzada por lo establecido por el Tribunal Europeo de derechos Humanos, en esta materia. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, “*La tipología de los daños causales por el Prestige*” EN: GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ,

Señala RUDA, que resulta obvio que los bienes afectados en estos casos tienen un valor tan elevado que no existe para ellos un mercado, por lo cual puede hablarse de daños no patrimoniales, inmateriales o morales. Uno de los supuestos en los que, con frecuencia, se genera en daños no patrimoniales es el de afectación a la salud física producida como consecuencia del deterioro del medio ambiente. Por lo que si se quiere ser minucioso, para su reparación, se puede considerar lo que la doctrina española propone<sup>1047</sup> que para la valoración del daño corporal, se propone que sea un perito médico el que debe determinar: a) Daño real producido por el tratamiento, teniendo en cuenta los estados patológicos preexistentes, las características y circunstancias del perjudicado y el carácter estacionario, progresivo o regresivo de la secuela; b) repercusión anatómica, funcional, estética, psíquica y extracorpórea (entendiendo tal repercusión de la secuela sobre otras personas, cónyuge, hijos, padres, etc.); c) posibilidad del grado de reparación mediante tratamientos farmacológicos, físicos, quirúrgicos, etc.; d) limitaciones que las secuelas producen en la vida de relación socio familiar y laboral; e) costo de los cuidados médicos o asistenciales que con carácter puntual, transitorio o permanente necesita la persona; f) grado de los cuidados médicos o asistenciales que con carácter puntual, transitorio o permanente necesita la persona; y) análisis del balance: beneficios que se alcanzaron y perjuicios que se han originado. Todos estos criterios, son perfectamente aplicables, en caso de la reparación de un daño moral individual ocasionado por un daño ambiental, con efectos consecutivos en la salud de un ser humano, pues las consecuencias no tangibles que se derivan de las lecciones a la salud que, con frecuencia, se ocasionaba en los supuestos de daños ambientales, deben ser reparadas. La vinculación entre medio ambiente y salud ha sido destacada por la doctrina, el reconocimiento de la incidencia del daño ambiental debe tipificarse como daño físico, debiendo considerarse tal la disminución de la aptitud vital, genérica de la víctima existente o potencial”<sup>1048</sup>. Por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia, no dudan en reconocer que el daño físico es un componente del daño al medio ambiente, cuyos efectos son muchas veces gravísimos.

El daño moral individual, incluye también la reparación del daño o psíquico causado por el daño ambiental. El tema del daño psíquico, al relacionarlo con el daño ambiental, resulta novedoso, pues aún la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en la materia, no se ha ocupado mayormente, no obstante, no por ello es un indicador que no debe tomarse en cuenta, pues los daños ambientales no sólo afectan a la salud física de la persona, sino muchas veces también alteran la parte psicológica del ser humano. Es común, por ejemplo, que el daño psíquico se valore dentro del daño moral, ello se debe a que el concepto de daño psíquico no está específicamente establecido en el derecho comparado, pues está comprendido dentro del concepto del daño moral. Existe jurisprudencia que sí se refiere concretamente a la afectación no sólo física sino también psíquica; así tenemos que en la jurisprudencia argentina es común que se considere el daño psíquico como parte integrante de la integridad física. El daño psíquico, como es conocido, comprende las alteraciones mentales de la persona: psicosis, neurosis, perturbaciones pasajeras de la mente, lesiones de carácter nervioso, etc., por lo que dicho daño debe ser reparado, cuando ha sido producido por un daño ambiental.

---

ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, “*La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*”, EDIT. CUSTEL, Primera Edición, Madrid-España, 2007, pág. 60-67.

<sup>1047</sup> GARCIA BLÁZQUEZ, Manuel, “*Manual Práctico de Responsabilidad y defensa de la profesión médica*”; Granada-España; 1997; Edit. Comares, pág. 103.

<sup>1048</sup> PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de responsabilidad por daño ambiental en Argentina*”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Op. Cit., pág. 250-251.

## **B) La reparación del daño moral ecológico**

Como ya se ha anotado, el concepto de daño moral colectivo, referido al padecimiento general de la población por la pérdida sufrida por el daño al medio ambiente puro o un ambiente integrante del mismo. Si es posible la restauración o recomposición queda vinculada al tiempo que transcurre desde el ambiente dañoso hasta su reparación compensación por el tiempo transcurrido sin poder gozar de un ambiente en su máximo nivel posible de calidad. En el derecho francés se ha reconocido el daño moral de las asociaciones correspondiendo aquí volver sobre la naturaleza del daño colectivo.

Por otra parte, la doctrina argentina, sostiene que el daño ambiental, por lo común no se circunscribe a una o varias personas, sino que suele afectar indiscriminadamente, de un modo genérico o colectivo a un grupo social determinado. Siendo ello así, puede tocar en las afecciones legítimas, en la tranquilidad anímica y espiritual, de ese conjunto social al que se le ha degradado la calidad de vida. Por ello se ha llegado a sostener que existe un daño moral colectivo, diferente del que puede experimentar una o algunas personas en particular y que tienen ciertas características singulares. En primer lugar, el afectado es un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa, sufre perjuicios extra patrimoniales; en segundo, que deben producir verdaderas incomodidades, alteraciones o sufrimientos sin que sea necesaria una prueba directa, desprendiéndose de las circunstancias del caso.

De hecho, en algunos países la doctrina pone de relieve que la ley llega incluso a prever que sea resarcible el daño moral derivado del daño al medio ambiente como bien colectivo. Si esto es así, no se protegería el daño moral entendido como pesar o aflicción sufrida por la persona física, sino una especie de dolor colectivo, con el fin de proteger el medio ambiente. Por lo que la reparación del daño moral ecológico, se encuentra en pleno desarrollo, que debe ir progresando en la medida que el derecho entienda que el daño moral colectivo es una realidad, a la que no es posible darle la espalda, concepto que debe integrar necesariamente la extensión para el año ambiental.

El daño moral colectivo, referido al padecimiento general de la población por la pérdida sufrida por el ambiente o un ambiente integrante del mismo, es una realidad en materia de daño ambiental. se ha llegado a mantener que existe un daño moral colectivo en donde los afectados por graves daños ambientales, con efectos en la vida de las personas, verdaderas incomodidades, alteraciones o sufrimiento, los mismos que son obvios, incluso que no requieren prueba para reconocer su existencia. Así, un daño moral colectivo, es el daño estético al medio ambiente, esto es cuando se ha afeado el ambiente del cual legalmente el demandante disfruta, en algunas legislaciones admiten en mayor o menor grado que el hecho de arruinar la estética del lugar es un daño reparable y que los damnificados pueden ejercitar la correspondiente acción de daños y perjuicios. Por lo que, es un concepto, que necesariamente tiene que adicionarse para efectos de valorar el daño ambiental, pues no hay realidad más triste que deba ser reconocida, como lo es, el hecho que todo daño ambiental siempre va aparejado de un daño a la estética del medio ambiente, pues lo afea, lo destruye, situación que debe ser revertida, si no es posible en su totalidad, pues es una tarea ardua, si al menos deba ser compensada.

### **3.3.- Posibilidad jurídica de reparar otros daños extra-patrimoniales por el daño al medio ambiente.**

Existen otros daños no patrimoniales ocasionados por efectos del daño al medio ambiente, los mimos que no son valuables en dinero, como, por ejemplo: Incomodidades que causan a terceros, emanaciones toxicas, contaminación olfativa, esto es, olores desagradables, inundaciones, contaminación acústica o

ruidos molestos, que hacen insostenible la vida de las personas, no obstante, a su vez también ocasionan indirectamente daños patrimoniales a los vecinos.

La doctrina sostiene que, la existencia de una actividad en las inmediaciones que emite un olor desagradable o que produce ruidos molestos causan un daño económico porque rebaja el valor de la propiedad en la zona, reduce las expectativas de alquileres, etc.<sup>1049</sup>. Y, no debe incidir el hecho que el lugar sea altamente industrializado para dejar de reparar los daños ambientales, pues todos estos casos deben ser indemnizados, debiendo el causante de dichos daños inmateriales correr con los gastos que solucionan dichas molestias olfativas o acústicas.

Asimismo, para configurar de una forma adecuada el concepto de daño no patrimonial en el ámbito del derecho del medio ambiente, se han de identificar los elementos que lo caracterizan: i) Como cuestión previa puede afirmarse que este tipo de perjuicios tienen siempre su origen en un atentado o en un deterioro del medio ambiente<sup>1050</sup>; ii) daño inmaterial o espiritual a una persona o a un colectivo de personas ; iii) vulneración del derecho a un medio ambiente adecuado; iv) la alteración de la calidad de vida, de la salud o por la lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio ya sea individual o colectivo.

El reconocimiento del daño no patrimonial, en el derecho comparado como el español, por ejemplo, no está expresamente reconocido, siendo necesario recurrir al derecho común, dada la generalidad con la que está redactado el artículo 1902º, unida a la flexibilidad aplicada por la jurisprudencia, determinan que sea la vía que con más frecuencia se emplea en las recomendaciones de daños no patrimoniales, producidos como consecuencia de un deterioro ambiental.<sup>1051</sup> En ese sentido, también se pronuncia el derecho comparado, no existiendo reconocimiento expreso del carácter indemnizable del daño no patrimonial causado como consecuencia del deterioro ambiental. De igual manera en el derecho peruano, en estos casos ante la inexistencia de normas específicas, se debe recurrir a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil, el mismo que por su generalidad, es capaz de aprehender el daño no patrimonial causado en

---

<sup>1049</sup>Es posible concebir los daños causados por las emanaciones industriales no solamente en función de los perjuicios que causan a la salud de las personas (costos médicos, etc.) o a otra explotación económica (desmedros del ganado o de los cultivos) o simplemente a otro patrimonio (alteración de la pintura de una casa privada, vecina de la instalación industrial), sino también en función de las meras incomodidades que causan a terceros(...) Evidentemente, para construir la idea de daño en estas situaciones, el juez puede ser notablemente ayudado por las disposiciones administrativas sobre zonificación; no es lo mismo instalar una fábrica que produzca humos pestíferos al lado de la Plaza de Armas que en una Zona Industrial especialmente habilitada para industrias molestas. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *“La Responsabilidad extracontractual”*, T. II., Op., Cit., pág. 362-364.

<sup>1050</sup>No basta, por tanto y como se ha indicado, con una mera invocación de la vulneración del derecho a un medio ambiente adecuado sino que, además, ha de generarse un daño indemnizable que puede producirse como consecuencia de la alteración de la calidad de vida, de la salud o por la lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar o a la inviolabilidad del domicilio. YANGUAS MONTERO, Guillermina, *“El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente”*, Edit. Thomson Civitas, Primera Edición, Navarra – España, 2006, pág. 121-122.

<sup>1051</sup>Otro precepto particularmente relacionado con la materia “es el artículo 1908º, que obliga a los propietarios a responder de los daños causados: “1º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que estuviesen colocada en lugar seguro y adecuado. 2º Por los sumos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando sea ocasionado por fuerza mayor. 4º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”. (...) la gran parte de las resoluciones aún que citen el artículo 1908 al enjuiciar conductas que tienen perfecta cabida en el, prefiere reconducir el fundamento de la indemnización al artículo 1902, constituyéndose en minoría las que con apoyo exclusivo, acuden al 1908º(...) el Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse con el tema de los daños producidos a las personas o a las cosas por alteraciones medio ambientales (...) ha acudido al instrumento de la responsabilidad civil aquiliana, sobre la base de una progresiva interpretación de los artículos 1902 y siguientes del código civil”. YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA, *“El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente”*, Op. Cit., pág. 63-66.

las personas por el daño ambiental, como el caso de las molestias, pues el derecho civil aún no ha legislado de manera específica los daños no patrimoniales por efectos del daño ambiental.

Al no existir, el reconocimiento expreso del daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente, como consecuencia de un daño ambiental, deberá recurrirse a la normatividad general de responsabilidad civil, para resarcir los daños no patrimoniales ambientales. Esta situación ha determinado que, con carácter general, el resarcimiento de los perjuicios que estamos analizando se ampare en los preceptos que regulan la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, por la generalidad y flexibilidad con la que ha sido legislada en la mayoría de ordenamientos jurídicos, y aplicada por la jurisprudencia, lo que determina, que sea la vía con que más frecuencia se aplican los daños no patrimoniales, razón por la cual debe legislarse los casos de daños ambientales no patrimoniales de manera específica, lo que supone una ampliación de la extensión del daño jurídicamente indemnizable en relación a la reparación del daño no patrimonial por el daño ambiental.

### **3.3.1.- Las molestias a consecuencia del daño ambiental.**

El tema de las molestias se somete a la regulación de las llamadas inmisiones: algunas deben tolerarse sin derecho a indemnización, otras se toleran, pero dan derecho a reparar, otras conllevan el fin de la actuación y la reparación. Así, las inmisiones no son un tipo de daño, sino un expediente jurídico que limita la responsabilidad por daños ambientales: los daños se producen, *pero no siempre se deben indemnizar ni siempre debe pararse la actividad que los ocasiona*. Estamos, no obstante, ante una norma entre particulares, no afecta a la administración que podría revocar, o no conceder la licencia de actividad.

Corresponde analizar la tendencia que en el derecho moderno se manifiesta, como consecuencia del deterioro ambiental producidas por las molestias, pues ninguna persona natural o jurídica puede causar daños a los vecinos. Desde el punto de vista doctrinario, se han clasificado dos tipos de molestias en el derecho común: privados o públicos, las mismas que implican actos que interfieren con el uso o goce de la propiedad. También hay las molestias públicas, que son alteraciones del orden público que suceden cuando las molestias afectan a un grupo suficientemente grande del público, y que son similares a las molestias privadas<sup>1052</sup>. Las molestias deben ser de tal trascendencia que interfieren con el normal uso de la propiedad, y que muchas veces afectan a grandes colectivos de personas alterando incluso el orden público, constituyendo un auténtico daño no patrimonial ambiental, y por tanto debe ser indemnizado.

De lo que se trata es de lograr la indemnización de perjuicios no patrimoniales producidos como consecuencia del deterioro ambiental como es el caso de las molestias, perturbaciones del descanso por la producción de ruidos excesivos, incomodidades que afectan a la ordinaria convivencia y bienestar debido a los olores provenientes del desarrollo de ciertas actividades contaminantes<sup>1053</sup>. Ello se debe a que las

---

<sup>1052</sup>There are two types of nuisance at common law: private or public. All types of 16.04 nuisances involve acts that interfere with the use or enjoyment of land. Private nuisance is intended to protect the proprietary interests of the claimant from unlawful interference caused by activities carried out on, and emanating from, the defendant's land. In private nuisance, the acts of the defendant on his or her own land need not be unlawful in themselves; those activities only constitute a nuisance when they give rise to an interference with the use or enjoyment of neighboring land's. Indeed, it is essential for the defendant to be a neighbor of the claimant because 'a nuisance cannot arise if what has taken place affects only the person or persons occupying the premises where the nuisance is said to have taken place'. Public nuisance will arise where the nuisance affects a sufficiently large class of the public, and is a common law offence. Public nuisance has much in common with private nuisance, but also has several distinguishing features, which are considered more fully below. WOOLLEY QC, David, "Environmental Law", Oxford University Press, Second Edition 2008, London, page. 747.

<sup>1053</sup>El propio TS tiene en cuenta que la contaminación puede disminuir la calidad de vida (STS de 22.2.2001, cit. FD 4º; así también SAP Murcia, Sección 3º, de 19.9.2002 [Act. Civ. 2002/134], FD 5º, daño moral por malos olores e incluso vulnerar el

personas pueden disminuir la calidad de vida por los malos olores, que vulneran el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado.

En el sistema de responsabilidad civil general peruano, artículo 961 del Código Civil<sup>1054</sup>:

*“El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego, y la salud de sus habitantes. Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que exceden de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias”.*

Norma relevante a la responsabilidad civil ambiental, según CHIRINOS<sup>1055</sup>, las limitaciones por razón de vecindad que se imponen a las explotaciones industriales y las obras y depósitos nocivos y peligrosos, en el contexto de las disposiciones legales sectoriales que establecen los límites máximos permisibles. Y que además posibilita, accionar una acción de responsabilidad civil, de manera directa ante la ocurrencia de un daño ambiental, que perjudique las propiedades contiguas o vecinas.

Respecto al daño no patrimonial causado por la vulneración de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio en materia de daño ambiental el Tribunal Europeo, es el que ha desarrollado con propiedad este tema a partir de la consideración de que determinadas alteraciones ambientales son susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad personal, familiar y a la inviolabilidad del domicilio proclamados en el artículo 18° de la Constitución. En esta singular ampliación de los derechos fundamentales, ha tenido una importancia decisiva la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1056</sup>. Para ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reconocido dichos derechos, vía interpretación indirecta, recurriendo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por ser una norma de carácter interno en España en atención a lo establecido en el artículos 10.2 y 96° de la Constitución, sobre la inviolabilidad del domicilio o el respeto a la intimidad personal y familiar, en razón que el Convenio de Roma no contiene ningún precepto que de forma expresa consagre el derecho a un medio ambiente adecuado, habiéndose recurrido al artículo 8 del Convenio de Roma<sup>1057</sup>, en los supuestos de alteraciones medioambientales que

---

derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (STS de 29.4.2003 [Act. Civ. 2003/524], FD 5°. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, *“La tipología de los daños causales por el Prestige”*. GARCIA RUBIO, MARÍA PAZ, ALVARES GONZALES, SANTIAGO Y OTROS, *“La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige”*, Op. Cit., pág. 60-67. el reconocimiento de este tipo de perjuicios, “ha sido precisa una notable ampliación jurisprudencial de los menoscabos indemnizables al amparo de las normas reguladoras de la responsabilidad aquiliana. Además, debido a la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las reclamaciones por estos daños también se han sustentado en los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA, *“El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente”*, Op. Cit., pág. 63.

<sup>1054</sup> CÓDIGO CIVIL, Ministerio de Justicia, Décimo Sexta Edición Oficial, 2015, Lima- Perú, pág.578.

<sup>1055</sup> CHIRINOS, Carlos, *“Responsabilidad por el daño ambiental en el Perú”*, Edit. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental”, 2000, Lima-Perú, pág. 28-29.

<sup>1056</sup> Este nuevo enfoque tiene especial interés ya que, en ocasiones, las indemnizaciones por daños no patrimoniales ocasionados por un deterioro del medio ambiente se conceden no ya -o no solamente- al amparo de lo dispuesto en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, sino mediante los mecanismos de los que el ordenamiento jurídico dispone para proteger unos derechos fundamentales que, *a priori*, poco tienen que ver con el medio ambiente. YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA, *“El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente”*, Edit. THOMSON CIVITAS, Op. Cit., pág. 63.

<sup>1057</sup> Artículo 8 del Convenio de Roma en cuya virtud: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituye una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. YANGUAS MONTERO,

afectan a los individuos y que pueden conllevar la responsabilidad del Estado, no ha afrontado adecuadamente los derechos humanos reconocidos en el Convenio, al tiempo que se hace responsables a los estados de proporcionar a los sujetos las condiciones necesarias para que no se ocasionen tales lesiones en sus derechos.

La doctrina, es unánime en reconocer que se trata de una protección ambiental indirecta, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado entrada, a la protección del derecho a un medio ambiente adecuado, por la vía mediata de entender que cuando un ataque al medio ambiente lesione o limita gravemente el disfrute de un derecho reconocido en el Convenio<sup>1058</sup>. La protección del medio ambiente, vía protección ambiental indirecta del Convenio de Roma, tutelando determinados derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como la inviolabilidad del domicilio o el respeto a la intimidad personal, familiar, y al domicilio, lo que constituye, un buen referente en materia de protección de los daños ambientales no patrimoniales. Esta interpretación que realiza el Tribunal Europeo, si bien es indirecta, no deja de tener la importancia, pues realmente está determinando, vía interpretación de derechos humanos, la indemnización de estos daños que muchas veces queda en indefensión, pese a que son daños que atentan gravemente a la salud, al patrimonio de las personas, no solo individuales, sino colectivas.

En el derecho francés, existe el principio general de derecho consistente en que, “ninguna persona podrá causar daños a los vecinos”. Dicho principio se aplica a una variedad infinita de los daños, por lo que el concepto de vecindad se ha ampliado considerablemente, cuya responsabilidad es de naturaleza subjetiva y donde se presume el carácter anormal de dichos daños, y la misma varía en función del contexto y de las circunstancias. No se reparan ciertos tipos de contaminación, ya que no se consideran como anormales, incluso si se traducen en molestias, mientras que otros, debido a la intención deben dar lugar a una reparación<sup>1059</sup>. El derecho francés, no siempre va a responsabilizar al causante de una molestia, ya

---

GUILLERMINA, “*El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 63.

<sup>1058</sup> Sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo el asunto López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994 (TED 1994, 3), se enjuiciaba la demanda formulada por la señora López Ostra contra el Reino de España ante la Comisión, por los problemas de salud y ambientales derivados del funcionamiento de una planta depuradora de residuos en el municipio de Lorca (Murcia), en la que habitaba la demandante, reunía una gran concentración de industrias del cuero(...)Su puesta en funcionamiento causó emanaciones de gases, olores pestilentes y contaminación (debido a su mal funcionamiento), que provocaron inmediatamente trastornos de salud y molestias a numerosos habitantes de Lorca, especialmente a los del barrio de la demandante(...).Al haber fracasado el intento de encontrar una solución interna, la señora López Ostra acudió al Tribunal Estrasburgo invocando la infracción de los artículos 8.1 y 3 del Convenio a causa de los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por planta depuradora, en la medida en que se consideraba víctima de una violación del derecho al respeto de su domicilio que hacía imposible su vida privada y familiar, así como de un trato degradante. Ante esta reclamación, el Tribunal sienta una interesante doctrina al afirmar que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar sin, por ello, poner en grave peligro la salud. En particular, el Tribunal afirma que la Sra. López Ostra sufrió «un daño moral innegable; además de las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedentes de la fábrica, padeció la angustia y la ansiedad de ver que la situación perduraba y cómo se deterioraba el estado de salud de su hija» y decide, en equidad, ya que los daños tenidos en cuenta no se prestan a un cálculo exacto, conceder a la perjudicada la suma de 4.000.000 de pesetas (24.040,48 euros) en concepto de indemnización por los daños morales sufridos. YANGUAS MONTERO, Guillermina, “El daño no patrimonial en el derecho del medioambiente”, Op. Cit., pág. 98-108.

<sup>1059</sup> La responsabilité pour trouble anormal de voisinage a pris, dans la jurisprudence judiciaire et administrative, un essor considérable. Elle s'applique à une infinie variété de dommages et la notion de voisinage s'est considérablement entendue. En attendant l'émergence d'un corps de régies spécifiques, la jurisprudence sur les troubles de voisinage permet d'assurer, tant bien que mal, la sauvegarde de l'environnement. La responsabilité pour troubles de voisinage, qui ne suppose pas de faute, est présumé dès que le dommage revêt un caractère anormal. Le seuil d'anormalité, apprécié par les tribunaux, varie néanmoins selon le contexte et les circonstances. Ainsi, certaines pollutions ne sont pas réparées parce qu'elles ne sont pas considérées comme anormales, même si elles entraînent des nuisances, alors que d'autres, du fait de leur intensité, doivent donner lieu à réparation. On dénonce donc parfois l'inadéquation de la théorie des troubles de voisinage à la réparation des dommages écologiques (14), notamment en ce que



que cuando no haya culpa no hay deber de reparar, y en todo caso dependerá de la apreciación del juez, si las molestias se consideran normales o anormales, del contexto y de las circunstancias en que ocurran ciertos tipos de contaminación.

Respecto al derecho inglés, se puede sintetizar el aporte de dicho sistema a la responsabilidad civil medioambiental, respecto a que las molestias privadas, a través de dos teorías<sup>1060</sup>: i) *El criterio de la racionalidad*. Según el cual la base para una reclamación de molestia se fundamentaba en un ejercicio de equilibrio en torno a la cuestión de la racionalidad, para lo cual se evalúan además, otros factores específicos consistentes en: la ubicación, la duración, el alcance de las molestias, cualquier hipersensibilidad por parte del demandante, la conducta del acusado, la distinción entre daños físicos, a la propiedad, la molestia que podría causar malestar personal, el efecto económico, la usurpación de su propiedad, los usos comunes de la sociedad particular, el contexto del carácter de la vecindad, en resumen todas las circunstancias del lugar donde ocurre la molestia; ii) *la doctrina de la localidad*. Según la cual, la localidad de la molestia sería un factor material para evaluar el ejercicio equilibrado “los que sufren la mayoría de los estragos de la contaminación son los más dignos de protección”. Bajo la doctrina de la localidad, podría argumentarse que en una zona agrícola un propietario tiene que esperar que tal corral huelga mal, el asunto es que, no por eso debe soportarlas, incluso en las zonas más fuertemente industrializadas, no hay una libertad absoluta para producir molestias.

Por lo que, estamos frente a un sistema en el que, por un lado se ha privilegiado el análisis en torno a la cuestión de la racionalidad en el uso del bien, dicho criterio obviamente es subjetivo, pues corresponde al Tribunal determinar, si el bien se está usando razonablemente o no, ese equilibrio entre la racionalidad de la actividad del demandado y su impacto sobre los derechos de propiedad del reclamante, son factores eminentemente subjetivos: La localidad de la molestia, la duración y el alcance de las molestias, cualquier hipersensibilidad por parte del demandante y la conducta del acusado, etc. El asunto, es que esta posición nos ayuda para la valuación del monto indemnizatorio, pero no para determinar la responsabilidad del causante del daño, quien tiene la chance de probar que, si usó razonablemente el bien, para liberarse de responsabilidad.

Respecto a la doctrina de la localidad de la molestia, se sostiene que se deberá analizar el ejercicio equilibrado del derecho de propiedad, así como, la intensidad de los daños, los mismos que serán dignos

---

l'intensité des nuisances n'implique pas partout la même réparation, selon qu'on l'apprécie dans une zone résidentielle ou dans des quartiers modestes. On lui reproche aussi de permettre à des pollutions de se perpétuer, simplement parce qu'elles sont considérées comme normales, si bien qu'elles paraissent tolérables. Jean-Louis BERGEL, Sous « *la responsabilité civile en droit français et la mise en oeuvre du droit de l'environnement* », Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, « *L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Ouvre Et Sanction Du Non-Respect* », Op. Cit., page.163-168.

<sup>1060</sup>Although there is a distinction drawn between actual damage done to property and interference with the enjoyment of property, in practice there is often an overlap. It has been alleged that the economic effect of nuisance can be just as detrimental as physical damage to an interest in land. If, for instance, a house is situated by a pig farm, the smells emanating from that may well make the house less attractive to potential buyers, but under the locality doctrine it could be argued that in an agricultural area an owner has to expect such farmyard smells (see, however, *Wheeler v J.J. Saunders Ltd* [1996] Ch 19 discussed below at p. 284). However, even in the most heavily industrialized areas, there is not an absolute freedom to produce polluting materials. An illustration was given in the case of *Rushmer v Polsue and Alfieri Ltd* [1906] 1 Ch 234, where Cozens-Hardy LJ said: It does not follow that because I live, say, in the manufacturing part of Sheffield I cannot complain if a steam-hammer is introduced next door, and so worked as to render sleep at night almost impossible, although previously to its introduction my house was a reasonably comfortable abode, having regard to the local standard; and it would be no answer to say that the steam-hammer is of the most modern approved pattern and is reasonably worked. In short, if a substantial addition is found as a fact in any particular case, it is no answer to say that the neighborhood is noisy, and that the defendant's machinery is of first-class character. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald Mc Gillivray LLB Hons, MA, “, *Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, page 255-258.

de protección, dependiendo que las actividades que se realizan en un determinado lugar, se deben esperar tal o cual tipo de daños ambientales. Esto es, asumir la contaminación como algo normal, lo que actualmente no es posible defender, pues aún en las zonas industriales, no se debe permitir dañar el medio ambiente, por lo que esta doctrina no es útil para determinar la responsabilidad respecto a la ubicación del agente contaminante. En este sistema, según la cual por las actividades que se realizan en un determinado lugar, un propietario tiene que esperar que suceda tal tipo de contaminación, esto se conoce como el fatalismo ambiental y debe tomarse con cuidado, esta posición jurídica no es posible defender actualmente, en razón a que no debe haber ninguna circunstancia que permita que el agente contaminante evada su responsabilidad, cuando contaminen el ambiente, y ocasionen molestias a los vecinos que viven en dichas zonas en que se realizan actividades industriales, tienen el deber de reparar dicho daño. Tal y como, sostiene WOOLLEY<sup>1061</sup>, respecto al avance de la teoría de la localización, además de los factores que tendrán que ser evaluados para determinar si ha habido una molestia, incluido el criterio de la razonabilidad de los usos comunes de una sociedad particular, esto es el contexto del carácter de la vecindad, las circunstancias del lugar donde ocurre la molestia, esto no implica que los reclamantes que viven en las zonas industriales están destinados a soportar las molestias en perjuicio de vivir en un ambiente normal desde el punto de vista ambiental.

En el derecho argentino, el art. 2618 del Código Civil, establece que los vecinos deben soportar *las molestias* que no superen la normal tolerancia como las causadas por el humo, el calor, los olores, la luminosidad, los ruidos, las vibraciones y daños similares. Este último concepto de "daños similares" hace a la enumeración lo suficientemente enunciativa como para cubrir cualquier molestia ambiental. En cambio, reduce las fuentes de esas molestias a las actividades humanas, lo que excluye las causadas por el inmueble y las cosas que en él se encuentran, que pueden ser seres vivos o sustancias incorporadas a un inmueble que sin mediar acción humana moleste a los vecinos. Y las que se realicen en fundos vecinos<sup>1062</sup>. Además, se debe cumplir con lo siguiente: i) Identificar la relación de vecindad entre la víctima y el agente contaminante; ii) definir la amplitud de la normal tolerancia tomando en cuenta las condiciones del lugar; iii) se puede disponer la indemnización del daño y además la cesación de las molestias; iv) se debe

---

<sup>1061</sup> A. Nuisance by interference with the enjoyment of land. A number of factors will need to be assessed in order to establish whether there has been an actionable nuisance under this category. No claimant can claim an absolute standard of comfort and convenience, for fear of being dismissed as 'oversensitive'. A court must decide what is reasonable according to the ordinary usages of mankind living in a particular society. The claimant's expectations must also be judged in the context of the character of the neighborhood. The old maxim, 'What would be a nuisance in Belgrave Square would not necessarily be so in Bermondsey' still holds true. Any interference must be judged in 'the circumstances of the place where the thing complained of actually occurs'. (...). A grant of planning permission is capable of changing the character of a neighborhood, although this may only apply in the case of major developments. Actionable nuisances in this category include: noise from industrial installations, an interference with a person's leisure activities, and odors. Smoke or fumes are examples of agents that may both cause damage to property, and also interfere with the claimant's enjoyment of it. WOOLLEY QC, David, "Environmental Law", Oxford University Press, Second Edition, 2008, London, page. 748-749.

<sup>1062</sup>Código Civil Argentino. Art. 1109 del Código Civil: Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro. Art. 2618 del Código Civil: Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad. Art. 58 del Código de Minería argentino. Art. 58." El propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos, aunque estos perjuicios provengan de accidentes o casos fortuitos. Los perjuicios serán previamente justificados, y no podrán reclamarse después de transcurridos seis meses desde el día del suceso. VALLS, Mario, y otros, "Temas de Derecho Ambiental", GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (compilador), "Responsabilidad ambiental", Op. Cit., pág. 194 – 195.

contemporizar las exigencias de la producción con el uso regular de la propiedad. Siendo, por tanto, la tendencia actual, a que se repare las molestias privadas, a consecuencia del daño ambiental

#### **4.- Formas complementarias de reparar el daño ambiental: los seguros, las garantías financieras y los fondos.**

##### **4.1.- Las diversas modalidades de garantías y la responsabilidad civil.**

Lo que parece imparable -a nivel global- no sólo es el surgimiento de la responsabilidad civil por el daño ambiental, la misma que regula las relaciones jurídicas exclusivamente interpartes, sino también el desarrollo de los sectores financieros y de seguros<sup>1063</sup>, que colaboran con el derecho civil, a través de las diversas modalidades de garantías<sup>1064</sup>, contribuyendo de esa manera en la eficacia del pago de la reparación del daño ambiental, consistentes en: pólizas de seguros<sup>1065</sup>, avales otorgado por entidades financieras autorizadas, la constitución de fondos públicos y privados, inversiones financieras respaldadas por el sector privado y público, entre otras modalidades alternativas complementarias para lograr la reparación del daño ambiental.

Así, en materia de seguros, REGLERO, estudioso del tema, refiere que se trata de un lento proceso de transformación, tanto de los presupuestos de la responsabilidad civil, como de las diversas modalidades de garantías, como es el seguro, habiéndose logrado la moderna configuración de éste como elemento de cobertura imprescindible para el desenvolvimiento de la actividad económica, hasta el punto que hoy son cada vez más numerosas las actividades para cuyo desarrollo se exige su contratación obligatoria<sup>1066</sup>, tanto, que actualmente, sería ilusorio abordar la responsabilidad medioambiental, sin buscar mecanismos financieros para garantizar la aplicación de la reparación del daño ecológico,<sup>1067</sup> consolidándose paulatinamente, el establecimiento de los seguros medioambientales.

---

<sup>1063</sup> ALONZO GARCIA, Enrique, “*Comentarios a la ley de Responsabilidad Medioambiental*”, Edit. ARANZADI S.A., Primera Edición, Pamplona-España, 2008, pág. 38-40.

<sup>1064</sup> La Directiva 2004/35/CE establece un marco general abierto que dota de gran libertad a los Estados miembros respecto al sistema de responsabilidad que quieran establecer y a la obligatoriedad o no de garantías financieras exigibles a aquellas actividades con riesgo para el medio ambiente (...) La Directiva da en este sentido un mandato a los Estados para que promuevan los citados mercados de garantías financieras, pero evidentemente ante un riesgo tan costoso económicamente en caso de materializarse en daño las aseguradoras son reacias y de ahí que la oferta de este tipo de garantías sea escasa, centralizándose en España en un *pool* de aseguradoras con numerosas excepciones y limitaciones. RUIZ DE APODACA ESPINOZA, Ángel, “*Estudios sobre la Directiva 2004-35-CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español*”, Edit, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 207.

<sup>1065</sup> El seguro de responsabilidad civil ha venido a ser cause de reajuste en el desenvolvimiento efectivo de la responsabilidad civil. Ha multiplicado la expansión, la presencia social y el recurso a las reclamaciones indemnizatorias de daños y perjuicios. El seguro es garantía para el asegurado, pero también comporta incitación a proceder por parte de quien se cree injustamente perjudicado por la actuación ajena. LOPEZ JACOISTE, José Javier, “*Las Filosofías de la Responsabilidad Civil*”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Anales, Número 32, Madrid, 2002, pág. 176- 177.

<sup>1066</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 656 – 657.

<sup>1067</sup> Il serait en effet illusoire de consacrer quelques techniques de responsabilité environnementale que ce soit, sans rechercher des mécanismes de garantie financière de mise en œuvre de la réparation des dommages écologiques. A cet égard, la solution classique consiste à recourir à la technique des assurances. Toutefois, certains dommages environnementaux d'importance exceptionnelle peuvent paraître inassurables, de sorte que leur réparation suppose de recourir à des fonds spéciaux d'indemnisation. En matière de pollution, ce n'est que très tardivement que Ton a eu recours à la technique de l'assurance, d'abord au titre des polices de responsabilité civile, puis par des polices séparées pour les activités présentant des risques, surtout « pour les pollutions non accidentelles, de type graduel (dommages par accumulation ou par synergie). Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civilement Droit Français Et La Mise En (Eure Du Droit De L'environnement, Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, « L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Couvre Et Sanction Du Non-Respect* », Op. Cit., page. 168-171.

En esa línea de interpretación, la responsabilidad civil y las diversas modalidades de garantías, como los seguros son dos mundos que están estrechamente relacionados desde un punto de vista jurídico de tal manera que la evolución de la regulación de la responsabilidad ha incidido de manera significativa en el seguro y, a la inversa, lo que indica que la evolución no se hubiera producido sin un paralelo desarrollo de la institución del seguro,<sup>1068</sup> como efecto de la responsabilidad civil. Dichas modalidades de garantía, son de gran utilidad para los jueces a efectos del establecimiento del monto indemnizatorio en los casos de reparación de los daños ambientales, pues cuando detrás del demandado se halla una compañía de seguros<sup>1069</sup>, y otras modalidades de garantías, permiten que la reparación de un daño ambiental sea más viable, que cuando no hay seguros, ni garantías financieras previamente establecidos.

Y es que resulta una verdadera exigencia del principio de eficacia en aquellos ámbitos en los que, quienes desarrollan actividades generadoras de riesgo de efectos externos, no están situados en la mejor posición para asumir y distribuir estos riesgos<sup>1070</sup>, constituyéndose en el aspecto más importante de la responsabilidad civil, ya que permite hacer frente al riesgo de pérdidas económicas por las empresas y asegura la percepción del importe íntegro de la indemnización, al hallarse cubierta ya sea por una póliza<sup>1071</sup>, un fondo, etc.; de manera que tanto los seguros como las diversas modalidades de garantías, unidas a la responsabilidad civil, son instituciones que compatibilizan en la solución de la reparación del daño ambiental.

No obstante, diversos han sido los obstáculos que, a lo largo de la historia del derecho, han impedido el desarrollo no sólo de esta modalidad de seguros de responsabilidad civil<sup>1072</sup>, sino también las diversas modalidades de garantías, para la reparación de los daños ambientales, siendo que actualmente, no ofrece ninguna duda que, si se quiere ofrecer una protección efectiva frente al riesgo ambiental, se hace particularmente necesario el aseguramiento de dicha responsabilidad, a través de las diversas modalidades de garantías, con el objeto básico de garantizar la indemnización de los perjudicados por los daños ocasionados,<sup>1073</sup> y también prever, la posible insolvencia del responsable, generalizando el seguro y las

---

<sup>1068</sup> La existencia humana se encuentra constantemente amenazada por una serie de riesgos que acechan tanto a la persona como a sus bienes. A la vista de estas circunstancias, los hombres, conscientes de que los riesgos son inevitables, han tratado de que, al menos, nos los resulten gravosos y han ido estableciendo para ello diversos mecanismos entre los que destaca de manera primordial la institución del seguro que permite desplazar o transferir dichos riesgos a otra persona. ALONSO SOTO, Ricardo, *“Responsabilidad Civil y Seguro, en la Responsabilidad en el Derecho, Universidad Autónoma de Madrid”*, Madrid, 2001, pág. 193-195.

<sup>1069</sup> IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *“Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual”*, Edit. DYKINSON, 2001, Madrid, pág. 511-512.

<sup>1070</sup> Su traslación por medio de contratos de seguro a las aseguradoras profesionales es el resultado óptimo según la Teoría Económica. GÓMEZ, Fernando, *“La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costes y Alternativas”*, Op. Cit., pág. 58-71.

<sup>1071</sup> HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, *“El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil”*, Op. Cit., pág. 41-73.

<sup>1072</sup> Los más destacados obstáculos, son la ausencia de grandes riesgos; y la existencia en los ordenamientos jurídicos con principios tradicionales como la responsabilidad subjetiva. Estos principios, entran en quiebra en el pasado siglo debido a una serie de circunstancias tales como: las exigencias de la sociedad moderna que, conscientes de que con la industrialización se aumenta la posibilidad de accidentes y la gravedad de los mismos y de que este fenómeno produce, a su vez, consecuencias que puedan afectar gravemente a las economías individuales y al desarrollo económico general, trata de imponer alguna forma de desplazamiento de dichas consecuencias hacia un tercero que esté en condiciones de soportarlo para que el desarrollo económico no se vea amenazado. Surge así la llamada responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo cuya característica esencial consiste en que se responde por haber creado la situación de riesgo aun cuando no exista culpa por parte del responsable, sirvan de ejemplo, los casos de responsabilidad por contaminación medioambiental. Se pone *el acento más en la reparación del daño* que en la intencionalidad de la persona que lo causa. ALONSO SOTO, Ricardo, *“Responsabilidad Civil y Seguro, en la Responsabilidad en el Derecho, Universidad Autónoma de Madrid”*, Op. Cit., pág. 195-202.

<sup>1073</sup> El seguro de responsabilidad civil viene ya concibiéndose, cada vez más, como una garantía de indemnización a favor de las víctimas. Debido a la recíproca incidencia (relación) existente entre responsabilidad civil y seguro, creemos que tiene importancia el seguro en la tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración

demás modalidades de garantías, a fin de que la responsabilidad por el daño ambiental no resulte excesivamente gravosa para el sujeto responsable.

#### 4.2.- El derecho peruano y los seguros ambientales

Se observa, que en el derecho peruano, similar a otros sistemas de responsabilidad del daño ambiental, viene implementando de manera paulatina el sistema de seguros para cubrir la reparación del daño ambiental, en donde además de los seguros de responsabilidad civil referido a las actividades económicas, se están regulando por la ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros u otros seguros ambientales específicos, que establezcan la ley de la materia de cada actividad. Así, respecto a la responsabilidad por la reparación del daño ambiental, el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA), establece el *principio de internalización de costos*, según el cual: “toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos”. Además, la cobertura del riesgo ambiental, se establece en el artículo 148, de la (LGA)<sup>1074</sup>, referido a las garantías, en donde en el inciso 148.1, textualmente norma que: “tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, *la autoridad sectorial* competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, *un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones* que pudieran derivar por daños ambientales. El mismo que es complementado, con el inciso 148.2, de la misma norma anotada, el cual establece que los compromisos de inversión ambiental se garantizan a fin de cubrir los costos de las medidas de rehabilitación para los periodos de operación de cierre, post-cierre, constituyendo *garantías a favor de la autoridad competente, mediante una o varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica del Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia*<sup>1075</sup>. Tal como se aprecia, la ley, señala que es la autoridad sectorial, a su criterio, que *podrá exigir*, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales. Esto es, se trata de una potestad de la autoridad administrativa, y no una obligación del que realiza las actividades riesgosas y peligrosas. Por lo que, el seguro es aplicable, para los compromisos de inversión ambiental, se garantizan a fin de cubrir los costos de las medidas de *rehabilitación para los periodos de operación de cierre, post-cierre*, constituyendo garantías a favor de la autoridad competente, mediante una o varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica del Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. En ese sentido, no se trata de un seguro que en puridad cubra todos los daños ambientales que resultan de la actividad ambientalmente peligrosa y

---

del medio ambiente. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo*”, Op. Cit., pág. 55.

<sup>1074</sup> Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA). *Artículo 148.- De las garantías. Inciso 148.1* Tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales. *Inciso 148.2* Los compromisos de inversión ambiental se garantizan a fin de cubrir los costos de las medidas de rehabilitación para los periodos de operación de cierre, post-cierre, constituyendo garantías a favor de la autoridad competente, mediante una o varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. Concluidas las medidas de rehabilitación, la autoridad competente procede, bajo responsabilidad, a la liberación de las garantías. <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N-28611.pdf>

<sup>1075</sup> “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”. Op. Cit., pág. 85.

permitida por la administración. No obstante, es en la ley de la materia de cada actividad, en donde se deberá establecer los seguros ambientales específicos.

Así, recientemente el 21 de diciembre de 2017, se ha publicado el Reglamento de la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, Decreto Supremo N° 014-2017-MINAM, el cual en sus artículos 82° y 100° establece el requisito de contar con una Póliza de Seguro para la importación y tránsito de residuos peligrosos<sup>1076</sup>. Así, el artículo 82, establece una póliza de seguro para la importación y tránsito de residuos peligrosos, en donde se obliga al responsable de la importación o tránsito de residuos sólidos peligrosos comprendidos en el Convenio de Basilea que deberá contar con una póliza de seguro que cubra los eventuales daños propios y contra terceros, el cual debe cubrir daños a la salud y al ambiente, que puedan originarse por accidentes o incidentes que resulten durante el desembarque, desaduanaje y en el transporte hasta su destino final. La referida norma, debe concordarse con el artículo 100 de la referida norma citada, el mismo que establece que la *obligatoriedad de contar con póliza de seguro* para las empresas, que administren infraestructuras de residuos sólidos que cubran todos los riesgos por daños al ambiente y contra terceros que sean consecuencia de los actos u omisiones del titular de la infraestructura. En este contexto, sostiene JARA *los seguros ambientales obligatorios y la creación e implementación de un fondo común*, constituido entre todas las empresas de un determinado sector que cuenten con el seguro, servirían para remediar aquellos daños ambientales significativos generados tanto en el presente como en el futuro. Todo esto bajo la óptica de la responsabilidad ambiental, es decir, bajo el principio de que quien contamina responde por los daños ocasionados en el ambiente. Y esa línea se está siguiendo en nuestro país con la reciente aprobación del citado Reglamento de la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, que implementa *Póliza de Seguro para la importación y tránsito de residuos peligrosos*, No obstante, ello, cabe precisar que el seguro solo cubre una determinada cantidad, esto es, un monto máximo asegurable, el cual, si bien es mayor a comparación de otras garantías, aun así, se encuentran delimitados por los toques para la remediación de los daños o medidas a adoptarse para evitar que se materialice. Esto es necesario saberlo puesto que permiten a las compañías aseguradoras cuantificar el riesgo y delimitar su responsabilidad<sup>1077</sup>. Además de este seguro, no existen en el derecho peruano, un seguro específico de seguro ambiental, que cubran las demás actividades ambientalmente riesgosas.

Por lo que, al no haber en el derecho peruano un seguro que cubra un daño al medio ambiente, en específico, en especial si se trata de cubrir, los daños patrimoniales o personales, existe el *Seguro de Riesgo de Responsabilidad Civil Frente a Terceros*, que se basa en dos artículos del Código Civil peruano, cubre las indemnizaciones que el asegurado o las personas que de él dependen está legalmente obligado a pagar por daños que se causee en la propiedad y/o persona de terceros, por sus hechos, descuidos o imprudencias. MARTHAUS, precisa que este tipo de seguro cubre las pérdidas pecuniarias que sufre el asegurado en virtud de la responsabilidad civil que incurra frente a terceras personas como

---

<sup>1076</sup> Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1278, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos *Decreto Supremo N° 014-2017-MINAM. Artículo 82.-* Póliza de seguro para la importación y tránsito de residuos peligrosos comprendidos en el Convenio de Basilea .El responsable de la importación o tránsito de residuos sólidos peligrosos comprendidos en el Convenio de Basilea deberá contar con una póliza de seguro que cubra los eventuales daños propios y contra terceros, el cual debe cubrir daños a la salud y al ambiente, que puedan originarse por accidentes o incidentes que resulten durante el desembarque, desaduanaje y en el transporte hasta su destino final. *Artículo 100.-* Póliza de seguro para infraestructura de residuos sólidos. Las EO-RS que administren infraestructuras de residuos sólidos deben contar con una póliza de seguro que cubra todos los riesgos por daños al ambiente y contra terceros que sean consecuencia de los actos u omisiones del titular de la infraestructura.<https://www.minam.gob.pe/gestion-de-residuos-solidos/nueva-ley-de-residuos-solidos/>

<sup>1077</sup> JARA PALOMINO, Bryan Alberto, "*Hacia un Seguro Ambiental Obligatorio*" - Instituto Peruano de Protección Ambiental. Disponible en: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015\\_04\\_1593\\_1631.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_1593_1631.pdf)

consecuencia de accidentes producidos en el desarrollo regular de sus actividades y que ocasionan daños ya sean corporales o materiales susceptibles de ser indemnizados de acuerdo del Código Civil peruano<sup>1078</sup>, esto es de acuerdo a lo establecido en el artículo 1969 y 1970<sup>1079</sup>, en donde se establece la responsabilidad subjetiva y objetiva por los daños en general, aplicados de manera supletoria a los casos de indemnización producto de los daños ambientales. Las víctimas que pueden ser los ciudadanos particulares, el colectivo o el Estado, según cada caso en concreto, estos seguros de responsabilidad civil que tenga el agente contaminante, ante las empresas aseguradoras, las mismas que cubrirán el daño hasta el monto de la suma asegurada, y en el caso de ser varias las víctimas, la indemnización se tiene que distribuir entre todos ellos. En tal sentido, se hace necesario la implementación de los seguros ambientales específicos, en el derecho peruano, toda vez que son viables para coadyuvar a la reparación de los daños ambientales, pues tal como se observa, su implementación es positiva en el derecho comparado.

En la mayoría de países de Europa *ya se obliga a las empresas cuya actividad es considerada riesgosa, a que, antes de iniciar sus operaciones, cuenten con un seguro ambiental*. Uno de los países que más ha desarrollado esta materia es España<sup>1080</sup>. En el derecho español, la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, creó un nuevo sistema de responsabilidad ambiental, implementado, de acuerdo la Directiva europea sobre responsabilidad medioambiental (2004), al estar ante una responsabilidad canalizada hacia el operador de una o varias de las actividades relacionadas establecidas en la ley, éste es quien se configura como tomador del seguro y asegurado principal, cuyas *condiciones particulares de la póliza*: en la LRM, siguiendo a PAVELEV, son las siguientes <sup>1081</sup> : i) El concepto por el que se asegura no puede ser otro que el nacimiento de la obligación de reparar los daños ambientales causados en el ejercicio de alguna de las actividades contempladas en el Anexo III, con el carácter de garantía financiera obligatoria; ii) la suma asegurada<sup>1082</sup>, tiene límites cuantitativos de la garantía, queda pendiente la determinación que realice la autoridad competente aplicando los criterios y el método que establezca el reglamento de valoración de daños; iii) respecto a la franquicia, según el artículo 30.2 contempla la posibilidad de que quede a cargo del operador, en concepto de franquicia, una cantidad que no supere el 0.5% de la cuantía a garantizar que en cada caso se fije; iv) sobre la vigencia de la garantía quedará constituida cuando así se estipule en el caso de que se contrate voluntariamente y «desde la fecha en que surta efectos la autorización necesaria para el ejercicio de la actividad» cuando se trate de la garantía obligatoria contemplada en la LRM (art. 31.1); v) sobre la duración de la garantía deberá quedar constituida, desde la fecha en que surta efectos la autorización necesaria para el ejercicio de la actividad y el operador deberá mantener la garantía en vigor durante todo el periodo de actividad, sin perjuicio de que, como es habitual, los seguros se suscriban por un período anual, bien a término o con tácita reconducción; vi) acerca de la instalación garantizada-asegurada, siendo habitual que las pólizas de seguro de responsabilidad se suscriban atendiendo al conjunto de actividades que lleva a cabo una

---

<sup>1078</sup> MARTHAUS GARRO, César A, “*Seguros y Reaseguros*”, Editorial San Marcos, Primera Edición 2007, Lima-Perú, pág. 201.

<sup>1079</sup> Ver III Capítulo sobre el factor de atribución en el derecho peruano, de la presente investigación.

<sup>1080</sup> JARA PALOMINO, Bryan Alberto, “*Hacia un Seguro Ambiental Obligatorio*” - Instituto Peruano de Protección Ambiental. Disponible en: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015\\_04\\_1593\\_1631.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_1593_1631.pdf)

<sup>1081</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Garantías Financieras (Art.24 a 34)*”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora) “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, Op. Cit., pág. 315 -317.

<sup>1082</sup> Aunque la cuantía se determina con el carácter de «cantidad que mínimo deberá quedar garantizada» y, según el art. 30, nunca será superior a 20.000.000 de euros, acabamos de ver como voluntariamente si el mercado asegurador así lo acepta, podrían suscribirse límites superiores. Se contempla también (art. 30.3) la posibilidad de establecer sub- límites específicos, no inferiores al 10% de la suma asegurada, para las obligaciones de prevención y evitación de daños. Tampoco es posible que estos sub- límites sean ampliados a mayores cantidades. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Garantías Financieras (Art.24 a 34)*”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora) “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, Op. Cit., pág. 315 -317.

sociedad o conjunto de sociedades; vii) exclusiones: primarias, secundarias y terciarias: a) Las primarias: la noción de Fuerza Mayor (hechos político-sociales terrorismo, terremotos, huracanes), o bien por no compadecerse con la naturaleza aleatoria del contrato de seguro (daños causados dolosamente). Las exclusiones secundarias se centran en aquellos supuestos no que se cubren por un seguro de responsabilidad civil tradicional por tener una regulación específica; c) Finalmente las exclusiones terciarias, aluden a otros supuestos que en principio no son objeto de la garantía, pero que, previa negociación con el asegurado, podría derogarse tal exclusión (construcción de túneles por puentes en caso de obras públicas, mezcla de componentes o productos intermedios para la fabricación de un producto final en una cobertura de responsabilidad civil de productos, disparo de fuegos artificiales en fiestas municipales, etc.; viii) Delimitaciones temporales<sup>1083</sup>, territoriales<sup>1084</sup> y jurisdiccionales. El art. 32 de la LRM, que admita una limitación temporal que escapa de la norma general, pero que a la vez pueda dotarse de un contenido más amplio

Se debe considerar, además, que la llamada “*socialización de los riesgos*” intenta que la obligación de reparar los daños ambientales, venga dada a través del establecimiento de garantías o seguros de carácter obligatorio para todos aquellos sectores socio económicos con un grado mayor de riesgo<sup>1085</sup>, efectos de la justicia distributiva, en donde la implantación de una garantía o de un seguro obligatorio es lo más idóneo para reparar este tipo de daños<sup>1086</sup>. En ese sentido, tanto el seguro, los fondos, las garantías financieras, se adaptan perfectamente a la naturaleza *suigeneris* de los daños ambientales, y aunque parezca difícil y lento el proceso de contratación de este tipo de seguros, el establecimiento de los fondos, o la implementación de garantías financieras, por la complejidad de los riesgos, lo costoso de las indemnizaciones, se trata sin lugar a dudas de mecanismos de vital importancia para un sistema de responsabilidad por el daño ambiental.

---

<sup>1083</sup> Podrá limitarse el ámbito temporal de la garantía» cuando se cumplan conjuntamente las siguientes circunstancias: que el hecho generador contaminante (comienzo de la emisión sea identificado y haya ocurrido durante el período de cobertura, - que la primera manifestación constatable de la contaminación haya producido dentro del período de la garantía o dentro del plazo (de tres años a contar de la terminación de la misma), que la reclamación al operador se formule igualmente durante el periodo de garantía o dentro del plazo de tres años a contar desde la terminación de la misma. Garantías Financieras {Art.24 a 34}”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca {coordinadora}” Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, Op. Cit., pág. 338-362.

<sup>1084</sup> Las delimitaciones territoriales y jurisdiccionales de un seguro están dar de responsabilidad se suelen ampliar sin mucho problema a los daños ocurridos en territorio español o en cualquier lugar del mundo excepto Estados Unidos y Canadá. No se trata tanto en casos tradicionales de responsabilidad civil de una cuestión estrictamente espacial sino también jurisdiccional y de ley aplicable donde pueden jugar convenios intencionales, normas de conflicto v reglamentos comunitarios de ejecución y reconocimiento de sentencias o bien de ley aplicable, como el reciente aprobado Roma II. autoridades de los Estados miembros afectados que hayan debido emprender las acciones de reparación en su propio ámbito territorial. PAVELÉN ZAMORA, Eduardo,” Garantías Financieras {Art.24 a 34}”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca {coordinadora}” Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, Op. Cit., pág. 338-362.

<sup>1085</sup> Estamos en vías de implantar un sistema de responsabilidad civil impregnado de aspectos socializantes, que no persiguen otra cosa más que la protección a ultranza del perjudicado (...). Es lo que hemos llamado *el principio pro damnato* o la idea de que por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño. Es lo que se ha denominado como la *socialización del concepto de responsabilidad civil*, en cuanto a que el interés último de la sociedad es la de proteger a la víctima a fin de procurarle una reparación integral ante el daño causado; lo cual se consigue a través de la exigencia de contratar obligatoriamente un seguro de responsabilidad civil que, prácticamente sin lugar a distancia, indemnice, hasta el límite exigido y contratado, a la víctima del evento, independientemente de que haya habido o no culpa del causante del daño. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “*El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 41-73.

<sup>1086</sup> AMBROSE B., Nelly, “*Contaminación y Seguro. 5º Congreso Mundial de Derecho de Seguros (AIDA) Tema II*”, Editorial MAPFRE, S.A, Madrid, Op. Cit., pág. 14 – 18.



### 4.3.-La naturaleza del seguro ambiental.

En principio, el contrato de seguro<sup>1087</sup>, es aquel contrato mediante el cual el asegurador se obliga a una garantía de indemnización a favor de las víctimas de un daño ambiental<sup>1088</sup>, en donde, existen dos partes: el asegurador y el tomador del seguro, cuya característica más sobresaliente es la presencia de un *tercer sujeto perjudicado* en principio ajeno al contrato, el mismo que se inserta en la relación contractual cuando acaece el siniestro, a quien se le debe satisfacer una indemnización por cuenta del asegurador. Para que nazca la obligación de indemnizar a cargo del asegurador, es necesario que quien resulte responsable sea el asegurado u otra persona de la que aquel deba responder, siempre que esto último quede especificado en la póliza<sup>1089</sup>, por lo que, en el seguro ambiental, deberá establecerse que el daño ambiental constituye una obligación a indemnizar, debiendo señalarlo expresamente para que las aseguradoras no se resistan al pago de dichas indemnizaciones en caso que suceda un siniestro.

Los elementos objetivos del seguro del daño ambiental, está constituido por los siguientes presupuestos: i) que el asegurado resulte obligado a indemnizar los daños ambientales causados a terceros como consecuencia de un determinado hecho o actividad ambiental; ii) que ese hecho o actividad ambiental este previsto en el contrato como generador del daño que ha de ser indemnizado; iii) asimismo, el asegurado debe ser responsable del daño, lo que sucederá bien por reconocimiento del mismo, o bien por declaración judicial<sup>1090</sup>, por lo que en materia de contrato de seguro por el daño ambiental, deberá preverse que los que realizan las actividades contaminantes, sean los responsables de dicha actividad.

#### 4.3.1.- Formas de aseguramiento del daño ambiental.

El derecho comparado ha creado diversas fórmulas para el aseguramiento de los daños ocasionados al medio ambiente, entre ellas cabe señalar: i) *el auto seguro*, cuya consecuencia es el incremento del costo del producto; ii) *el seguro obligatorio*, el cual se exige por parte de la Administración para el ejercicio de una actividad; iii) *el pool de aseguradores*<sup>1091</sup>, el mismo que suele ir asociado al seguro obligatorio; iv)

---

<sup>1087</sup> Resulta importante señalar la definición de seguro de responsabilidad civil dada por la legislación española, establecido en el art. 73 L S, según el cual el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derechos. LA CRUZ BERDEJO, José Luis, “*Elementos del Derecho Civil*”. Derecho de obligaciones, 2da Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 494-496.

<sup>1088</sup> El seguro de responsabilidad civil cubre el riesgo de que nazca una deuda por ese concepto o de dicha naturaleza (...) en el patrimonio del asegurado. Lo que en principio significa que el *siniestro* que el seguro afronta es la eventualidad de que esa deuda nazca, como consecuencia de haber incurrido el asegurado en una situación que le constituye en obligado a indemnizar por el concepto de responsabilidad civil. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 361 – 383.

<sup>1089</sup> De otro modo, la persona que ha causado el daño no puede considerarse asegurada (...). Como veremos, para que nazca esa obligación es también presupuesto necesario que medie una declaración o un reconocimiento de la responsabilidad del asegurado. En otro caso no hay responsabilidad y, en consecuencia, tampoco siniestro. Y, por último, tercero perjudicado es el acreedor de la deuda indemnizatoria; es decir, la persona que ha experimentado un daño en su cuerpo, mente, sentimientos, patrimonio y, en general, en bienes y derechos jurídicamente tutelados, como consecuencia de la conducta o actividades del asegurado. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 663-666.

<sup>1090</sup> Así lo ha declarado, en efecto, la doctrina jurisprudencial, según la cual las cláusulas que definen el riesgo y las exclusiones objetivas o subjetivas de cobertura, debidamente aceptadas por el asegurado, vienen a delimitar el riesgo asumido en el contrato, su contenido, y el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituye excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado, sino que, por constituir el objeto contractual, excluye la acción, que no ha nacido, del asegurado y, por ende, la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato. Junto a la descripción del medio material que se cubre, se suelen introducir ciertas excepciones, como los daños causados por determinados fenómenos naturales y otros. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 667-692.

<sup>1091</sup> Efforts have been made to overcome the limitations of insurance as a means of compensation payment guarantee, both within and outside insurance schemes. Within insurance schemes a trend towards *joint reinsurance participation pools in the pollution*

*indemnizaciones por el Estado*, utilizado en casos excepcionales a cuenta de los presupuesto generales del Estado<sup>1092</sup>. Formas de aseguramiento, mediante los cuales se trata de garantizar los daños ambientales, los mismos que constituyen un mecanismo complementario a la responsabilidad civil por el daño ambiental.

#### **A.- El seguro voluntario para el daño ambiental.**

El seguro voluntario de responsabilidad civil es un seguro de daños en interés propio del asegurado, en cuanto el contrato tiende a que el asegurador le libere del pago de la deuda que nace con motivo del hecho dañoso<sup>1093</sup>. Estos seguros, en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, se hacen necesarios, para llenar de contenido el principio “el que contamina paga”, por lo que todos los agentes contaminantes tienen el deber de contratar un seguro ambiental, por el solo hecho de constituir una amenaza al medio ambiente, el mismo que debe ser contratado en mayor medida por las empresas que con sus actividades ponen en riesgo al medio ambiente.

#### **B.- El seguro obligatorio para el daño ambiental.**

Frente a un eventual daño descubierto nace la idea de un seguro obligatorio, los mismos que se imponen con carácter preceptivo para el desarrollo de determinadas actividades que revisten una gran peligrosidad social, con respecto a los cuales hay que señalar que ofrecen como principales ventajas: Simplificar los costes de la determinación de la existencia de responsabilidad, liberar al responsable del pago de la indemnización, ofrecer a las víctimas las máximas garantías en cuanto a la reparación del daño causado y, por último, lograr una gran tranquilidad social<sup>1094</sup>. Frente a la generalización de la responsabilidad civil por el riesgo ambiental se hace necesaria la existencia de seguros ambientales a fin de resolver las demandas de responsabilidad civil a través de los seguros, como un mecanismo complementario de responsabilidad.

Tal y como sostiene HEBRERO, aun cuando existe reticencia en el mercado de seguros para establecer un seguro obligatorio<sup>1095</sup>, pues el problema, que la doctrina advierte, es que cuando adquiere un carácter obligatorio, se puede convertir en un instrumento muy peligroso industrial de un Estado al gozar indirectamente del poder de autorización de las actividades sometidas al seguro obligatorio<sup>1096</sup>. Lo cierto

---

*field*, which enables coverage of wider categories of pollution damage and increased cover provided by insurance, is noted Outside insurance schemes a supplementary mechanism of compensation payment guarantee in the form of compensation funds has been developed. SERSIC, Maja I; “*La Politique De l'environnement-De La Reglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments*”, Editions Martinus Nijhoff Publishers, 2003, The Hague/ Boston/London, page. 584-588.

<sup>1092</sup> DÍAZ- AMBRONA BARDAJÍ, Dolores, “*Derecho Civil Comunitario*, Op. Cit., pág. 469-470.

<sup>1093</sup> DE ÁNGEL YANGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág.361 – 383.

<sup>1094</sup> ALONSO SOTO, Ricardo, “*Responsabilidad Civil y Seguro, en La Responsabilidad en el Derecho, Universidad Autónoma de Madrid*”, Op. Cit., pág.195-202.

<sup>1095</sup> El Comité Europeo de Seguros, a través de su Comisión de Seguros de Responsabilidad Civil, ha publicado en abril de 1.996 un documento sobre “los requisitos para el seguro de responsabilidad civil medioambiental”, donde se afirma que este seguro debe ser facultativo (no obligatorio) para que el mercado se desarrolle libremente y obtenga la experiencia necesaria para una valoración de riesgos efectivos y la prevención de riesgos futuros. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “*El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág.74-84.

<sup>1096</sup> La propia naturaleza del seguro resulta incompatible con la práctica mayoría de daños ambientales: la aleatoriedad, incertidumbre o azar-características esenciales que informan al riesgo objeto de cobertura- se contradicen con los supuestos de contaminación crónica o acumulada. Por regla general, las pólizas de seguro solo cubren los daños cuya causa sea accidental, súbita, imprevista y no intencionada del asegurado. En el caso de la contaminación crónica se incumplen, por definición, las primeras características. Por otra parte, las especiales características del daño ambiental obstaculizan gravemente la determinación de las variables utilizadas para el cálculo de la prima: *en primer lugar*, el cálculo del importe medio del siniestro exige superar las dificultades de valoración del daño ambiental anteriormente expuestas; *en segundo término*, la frecuencia de siniestros obliga a

es que la objetivación de la responsabilidad por daños al medio ambiente reclama su utilización en la práctica, pese a la resistencia de las empresas aseguradoras, que hacen eco en las legislaciones del derecho comparado a no establecerlo.

Las actividades ambientalmente peligrosas, representan un riesgo implícito para los terceros o el entorno ambiental, debiendo estar protegidos, a través de un seguro de responsabilidad civil, que vele por un resarcimiento rápido y efectivo del tercero perjudicado, por lo que el seguro obligatorio es un auténtico seguro de responsabilidad civil fruto de la evolución que la sociedad moderna ha tenido hacia un mundo repleto de riesgos inminentes o latentes, que han obligado al aseguramiento mínimo como mecanismo de protección; o, como se ha afirmado, como mecanismo de justicia a favor de la víctima. Unido a ello debe haber control técnico previo a la celebración del contrato, que se ha de renovar a lo largo del mismo, lo cual implica una preocupación que han de tener los aseguradores en sus esfuerzos de prevención de acuerdo con el interés general<sup>1097</sup>, a fin de revertir todas las garantías, tanto para el asegurado, como para las empresas aseguradoras y las víctimas de los daños ambientales, y además para el medio ambiente.

Por lo que, el seguro obligatorio es un “instrumento” del que se sirve el Estado para garantizar un mínimo de seguridad económica de los terceros víctimas que se ven sometidos a actividades que conllevan un riesgo al medio ambiente. Los fundamentos que inspiran la decisión de establecer la contratación de un seguro obligatorio son<sup>1098</sup>: i) Protección de los consumidores y usuarios de los daños en la salud y el patrimonio; ii) interés social por la especial exposición al riesgo de una determinada actividad; iii) garantía del tercero víctima, en los supuestos de insolvencia o desaparición del causante; iv) proteger de forma creciente a los perjudicados por las actividades más peligrosas; v) reparar el daño ambiental, aun cuando el responsable resulte insolvente para cubrir el resarcimiento de la víctima; vi) evitar convertir al responsable, por el pago de su deuda de responsabilidad, en otra víctima, por la posibilidad de caer en insolvencia económica al tratar de reparar el daño ambiental; vii) facilita la extensión de la responsabilidad civil por riesgo; viii) permite formar con mayor facilidad el fondo de primas para hacer frente a los siniestros que sufran los damnificados, entre otros fundamentos.

Así tenemos, que la obligatoriedad del seguro para el desarrollo de actividades que resulten ser contaminantes ha sido acogida por algunas legislaciones, y por otras rechazadas. Ejemplo de ello es la Directiva de la Unión Europea sobre Responsabilidad Ambiental (2004), la misma que no prevé un seguro obligatorio, dejando a los Estados miembros tomar las medidas para fomentar el desarrollo de instrumentos de seguridad financiera y de mercados<sup>1099</sup>, lo que significa un retroceso en materia de seguros ambientales en el derecho europeo, esto se explica, porque las pretensiones de establecer un seguro obligatorio para hacer frente a la responsabilidad instaurada por la Directiva fueron, desde un principio, cuestionadas por el sector asegurador, que aducía como argumento principal la falta de experiencia en el tratamiento de esta clase de responsabilidades ambientales por ser ajenas al campo secular de actuación del seguro: Los daños tradicionales, ya sean a personas o a bienes tangibles<sup>1100</sup>.

---

contar con información estadística en materia de daños ambientales inexistente actualmente. GOMIS CATALA, Lucia, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág.282-293.

<sup>1097</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo*, Op. Cit., pág.60-62.

<sup>1098</sup> HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, *El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*, Op. Cit., pág.74-84.

<sup>1099</sup> MACRORY, Richard, “*Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?*”, Edited Europa Law Publishing, 2006, Groningen/Amsterdam, pág. 131-132.

<sup>1100</sup> La respuesta del seguro hacia una garantía financiera obligatoria se ha mostrado más bien cautelosa, de modo que, a pesar de expresar sus buenos deseos de colaboración en el desarrollo de productos específicos para cubrir esta clase de garantías a precios razonables, en la redacción final de la Directiva se prefirió retrasar la decisión de establecimiento de la garantía financiera hasta el

Finalmente, la Directiva 2004 de la Unión Europea, no estableció el seguro obligatorio, lo que va en contra de la tendencia de la legislación moderna de optar por un seguro obligatorio en materia de daño ambiental.

El planteamiento del seguro obligatorio de responsabilidad civil por contaminación, tampoco fue acogido por la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental LRM, de España, optándose por la garantía financiera en los términos, y condiciones contemplados en su capítulo IV, si bien el requerimiento de constitución obligatoria de la misma quedó aplazado, con arreglo a lo dispuesto en la disposición final cuarta, hasta el 30 de abril de 2010 fecha coincidente con el informe previsto en el art. 14.2 de la Directiva 2004/35 en el que se supone que se podrían fijar las bases de una garantía financiera a nivel europeo, una vez contrastada la capacidad de los mercados financieros para disponer de unas ofertas de garantías completas y generalizadas a precios razonables<sup>1101</sup>. Por lo que, el derecho español en esta materia está aún en expectativa de que se legisle los seguros obligatorios.

Caso peculiar es el seguro de responsabilidad civil por daños nucleares<sup>1102</sup>, este tipo de seguro está establecido en la normatividad norteamericana<sup>1103</sup>, alemana, española<sup>1104</sup>, en donde lo que se busca es la socialización del riesgo. Siguiendo la tendencia mundial en materia de seguros, las empresas aseguradoras

---

año 2010, tres años después de la fecha límite otorgada para la transposición por los estados de la citada Directiva. PAVELÉN ZAMORA, Eduardo, *“Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”*, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 315 -317.

<sup>1101</sup> Cuando ven la luz los primeros documentos de trabajo de incorporación de la directiva al derecho interno español, ya se considera la implantación de la garantía financiera con pretensiones extraordinariamente maximalistas que afortunadamente se han ido atemperando por el hecho casi anecdótico de que, por primera vez, haya existido una permanente vía de diálogo abierta entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Sector Asegurador. Esta circunstancia ha permitido que la garantía financiera, que reiteramos se va a canalizar preferentemente hacia el seguro por las razones que después se expondrán, se haya visto finalmente plasmada en un articulado desarrollado en una línea menos ambiciosa que la original, pero mucho más posibilista en cuanto que se compadece plenamente con los principios de la técnica aseguradora y con las propias disponibilidades económicas del sector asegurador. PAVELÉN ZAMORA, Eduardo, *“Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”*, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 315 -317.

<sup>1102</sup> Cobertura de riesgos nucleares. Para poner a cubierto a los perjudicados no basta imponer a los posibles obligados que indemnizar, lo mismo que a los poseedores de vehículos a motor, la obligación de concertar un seguro de responsabilidad civil, ya que tal seguro no alcanzaría hoy en suficiente medida para los enormes riesgos, unidos a la explotación de instalaciones de energía atómica, o alcanzaría a sumas que desde el punto de vista económico no son soportables. Por ello, las legislaciones (Estados Unidos, Alemania Federal) han *“socializado”* el riesgo nuclear del titular de las instalaciones, previendo un deber subsidiario del Estado al intervenir éste como asegurador suplementario. GONZALES POVEDA, P, *“Navegación Aérea y Energía Nuclear”*, En: *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, SIERRA GIL de la CUESTA, Ignacio(Coordinador), Tomo II, Segunda Edición, Edit. BOSH, Barcelona, 2008, pág. 817.

<sup>1103</sup> Se llevaron a cabo buen número de estudios en EE.UU. y Europa respecto del seguro nuclear dado que este daño escapa a la rutina de los siniestros, acarreado la posibilidad de pedidas cuantiosas que pocas aseguradoras en el mundo estarían en condiciones económicas de soportar. “Por ello, se llegó a la formación de consorcios de compañías aseguradoras para brindar una cobertura de responsabilidad por \$60.000.000.Uno de los consorcios denominado ‘Nuclear Liability Insuranse Association’ lo integraron 141 compañías de seguros que ofrecieron una cobertura de \$47,000.00 y el otro integrado por 105 compañías de seguros tuvo una capacidad de cobertura de \$13.500.000”.En Francia existe el “Pool Francais d’Assurance des Risques atomiques’ constituido bajo la forma de una agrupación de reaseguradores tanto franceses como extranjeros”. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Nora., *“La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica”*, Editorial Abeledo-Perrot S.A.E, Buenos Aires- Argentina-1989, pág. 108.

<sup>1104</sup> Los daños indemnizables, en este seguro, son tanto los de naturaleza material como personal. Como causa de exoneración de la responsabilidad, el texto legal prevé dos situaciones: i) Por una parte, la culpa exclusiva de la víctima. estamos ante un caso bastante improbable y meramente teórico, pero que cualquier sistema de responsabilidad civil objetiva debe contemplar; ii) por otra parte, cuando el accidente nuclear se deba directamente a un conflicto armado, guerra civil o insurrección, o una catástrofe natural de carácter excepcional, iii) se prevé también una causa de exoneración parcial de la responsabilidad, cuando la persona que sufrió los daños nucleares contribuyó a ellos por culpa o negligencia. Todo aquel que por razón de su actividad pueda ser declarado responsable de daños nucleares en virtud de lo dispuesto en la normativa nuclear, está obligado a constituir una garantía suficiente para responder con la extensión y en los términos establecidos en la misma, y que a continuación estudiaremos. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, *“El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil”*, Op. Cit., pág. 91-106.

se unen a través de fórmulas asociativas en estos seguros el asegurador queda obligado frente al asegurado y sus causahabientes en los mismos usos y términos en los que tuviera el explotador<sup>1105</sup>, fórmulas de cooperación diversas, con o sin personalidad jurídica formando Pools, agrupaciones de aseguradores y reaseguradores, con la finalidad de poner en común sus conocimientos técnicos, sus relaciones comerciales y, sobre todo, su capacidad económica de suscripción.

Otro precedente importante, constituye la Ley Alemana de Responsabilidad Ambiental, en donde sí se han previsto los seguros obligatorios en materia ambiental, los mismos que han sido acogidos por las aseguradoras y empresas, pues la obligación de la misma tuvo una incidencia positiva, más aún si la doctrina especializada afirma que en una investigación empírica de datos de los seguros peligrosos se encontró que hubo un incremento en las pólizas de seguro contratado por las empresas desde la entrada en vigor de la ley<sup>1106</sup>, lo que constituye un avance de la concientización por parte de las empresas de asumir su responsabilidad frente a los posibles daños ambientales ocasionados por su actividad.

En ese sentido la implantación del seguro obligatorio en materia ambiental, se va a ir consolidando en la legislación en la medida que evolucione la responsabilidad del daño ambiental, la misma que debe apoyarse en los seguros obligatorios ambientales, para efecto del pago de una indemnización. Y que si bien, las dificultades prácticas, para establecer un seguro obligatorio son numerosas no por ello debe dejar de normarse, por la importancia que tiene para efectos de la protección del medio ambiente, pues se hace necesario el establecimiento de un seguro obligatorio para aquellas industrias que realicen las actividades peligrosas para el medio ambiente, razón por la cual deberá establecerse las condiciones más representativas como son: la determinación de las empresas sometidas a la obligación de aseguramiento, la determinación de las categorías de daños que exigirían la cobertura del seguro obligatorio; la extensión del seguro obligatorio; el procedimiento de control del seguro obligatorio<sup>1107</sup>, entre otras obligaciones.

El tema resulta trascendental, pues es un auténtico seguro fruto de la evolución que la sociedad moderna repleta de riesgos, inminentes o latentes, que obligan la necesidad al aseguramiento mínimo como mecanismo de protección; o como mecanismo de justicia a favor de la víctima<sup>1108</sup>. Ello en razón a que la protección del medio ambiente de ciertas actividades peligrosas (necesarias para el desarrollo), a través del seguro de responsabilidad civil obligatorio, constituyen un sistema de “socialización de los riesgos”,

---

<sup>1105</sup> Dadas las especialísimas características del riesgo que estamos tratando, las entidades aseguradoras tienen serias dificultades o verdadera imposibilidad de suscribirlo por sí solas. Para proteger las carteras contra el peligro de catástrofes bajo las pólizas de responsabilidad civil frente a terceros y las de daños de la propiedad que cubren las instalaciones nucleares, y debido al desconocimiento relativo del riesgo, los aseguradores y reaseguradores de países que tienen que asegurar instalaciones nucleares, se han reunido para crear los denominados *Pools*(...). Por ello, internacionalmente se han previsto formulas asociativas, que tienen su origen en 1.956 en los EE. UU., Suiza y Gran Bretaña; generalizándose a partir de 1957 en toda Europa (...), los Pools eran agrupaciones de aseguradores y reaseguradores, formadas dentro de cada mercado nacional, que utilizan fórmulas de cooperación diversas, con o sin personalidad jurídica, con la finalidad de poner en común sus conocimientos técnicos, sus relaciones comerciales y, sobre todo, sus capacidad económica de suscripción. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “*El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 91-106.

<sup>1106</sup> With respect to the German Environmental Liability Act, Schwarze comes to an ambiguous conclusion: based on a theoretical analysis and on empirical investigation of insurance and hazardous incidents data he found that there was an increase in insurance policies taken out by companies since the entry into force of the Act. MACRORY, Richard, “*Reflections on 30 Years of EU Environmental Law a High Level of Protection?*”, Op. Cit., pág. 131-132.

<sup>1107</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo*”, Op. Cit., pág. 60-62.

<sup>1108</sup> Es una forma de atender y acallar la conciencia social, así como una forma de mantenimiento del denominado *Estado del Bienestar*. Estamos, ante un seguro a favor de terceros. No se busca proteger el patrimonio del asegurado ante la ocurrencia de un hecho dañoso, sino que se pretende, sin más, la protección del tercero (...) en el campo de la responsabilidad civil medioambiental a través de un sistema general de seguro obligatorio. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “*El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 74-84.

de suerte que la realización de determinadas actividades exige, por imperativo legal, que quien las desarrollan aseguren previamente las consecuencias dañosas a terceros, que tales actividades puedan dimanar<sup>1109</sup>, constituyéndose en una valiosa garantía anticipada, para las posibles víctimas de los daños ambientales.

La necesidad de dotar al sistema de responsabilidad civil ambiental del instrumento del seguro obligatorio, no solo porque, en cierta medida, *garantiza el cobro de las indemnizaciones a los perjudicados*, sino porque las empresas se ven día a día más amenazadas por el riesgo de tener que hacer frente con su propio patrimonio a los daños que como consecuencia del riesgo que lleva aparejada su actividad se puedan originar.<sup>1110</sup> A ello, se aúna, que la implantación de un seguro obligatorio no sólo, se piense en esa socialización de riesgos, sino también, en que el proceso de producción de estos seguros, obligan a los asegurados, a cumplir con diligencia su deber de prevención de los daños. En definitiva, se trata de establecer patrimonios responsables y solventes (entidades aseguradoras), siendo que la razón fundamental del establecimiento de *seguros obligatorios* reside en el deseo de proteger a los perjudicados frente a la posibilidad de que el causante del daño ambiental sea insolvente y por tanto constituye una tendencia positiva para la eficacia de la responsabilidad por el daño ambiental, la misma que debe ser implementada en el derecho peruano, con el fin de contribuir a lograr un sistema eficaz de responsabilidad por el daño ambiental.

#### **4.3.2.- El pool de aseguradoras para cubrir el daño ambiental.**

Se trata de instrumentos que internacionalmente han previsto formulas asociativas, y que tienen su origen en 1.956 en los EE. UU., Suiza y Gran Bretaña; generalizándose a partir de 1957 en toda Europa, *los pools* las cuales eran agrupaciones de aseguradores y reaseguradores, formadas dentro de cada mercado nacional, que utilizan fórmulas de cooperación diversas, con o sin personalidad jurídica, con la finalidad de poner en común sus conocimientos técnicos, sus relaciones comerciales y, sobre todo, su capacidad económica de suscripción.<sup>1111</sup> Son sistemas creativos, en el mundo internacional del mercado de aseguradoras, con relevancia en la protección de las víctimas del daño ambiental, ante la imposibilidad de que una sola aseguradora pueda cubrir la magnitud de los daños ambientales, tratando a través de este mecanismo de paliar, en lo posible las deficiencias del seguro frente al riesgo ambiental a través de los diferentes *pools* que afrontan con mayor eficacia, la cobertura de los daños ambientales. MARTHAUS, sostiene que en todo el mundo no existe ninguna empresa de seguros que esté en la capacidad de asumir riesgos que representan algunas primas muy grandes. Por ello recurren a la contratación de reaseguros, o coaseguros, principalmente en el extranjero, para que, en caso de ocurrir un siniestro, pueda resarcirse y pagarse el monto total de la suma asegurada<sup>1112</sup>. Así los *pools* de aseguradoras, se basan en el sistema de

---

<sup>1109</sup> Naturalmente, existe perfecta compatibilidad entre el seguro obligatorio y el voluntario, dado que el primero cubre las responsabilidades derivadas de ciertos hechos dañosos, pero lo hace hasta cierto límite en sus cuantos, siendo así que el seguro voluntario permite reducir todavía más los riesgos del asegurado, ya que este puede convenir con la compañía aseguradora la cobertura de indemnizaciones más elevadas. DE ÁNGEL YANGUEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 361 – 383.

<sup>1110</sup> Debería considerarse la posibilidad de crear fondos a través de los cuales se encauzaran todas las reparaciones de aquellos daños ecológicos que quedan sin cubrir con el sistema de responsabilidad civil, como lo son los que han quedado excluidos por no quedar cubiertos por el techo máximo de responsabilidad establecido en la ley (fondo complementario) originados por la contaminación del mismo (fondo de garantía), conforme señala Diez Picazo DIEZ – PICAZO y GIMENEZ, Gema, *Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Op. Cit., pág. 165 – 173.

<sup>1111</sup> HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “*El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 91-106

<sup>1112</sup> MARTHAUS GARRO, César A, “*Seguros y Reaseguros*”, Editorial San Marcos, Primera Edición 2007, Lima-Perú, pág. 275.

coaseguro<sup>1113</sup>, en donde tanto el riesgo, como el beneficio de la prima, es compartido a través de porcentajes previamente acordados entre un grupo de empresas aseguradoras, de tal forma que, ante la ocurrencia del daño ambiental, asuman los mismos porcentajes en función al monto de la suma asegurada. Asimismo, los pools de aseguradoras, recurren el sistema de reaseguros<sup>1114</sup>, (seguro del seguro) en donde la empresa que asume un porcentaje de la suma asegurada, en un *pool* de aseguradoras a su vez lo reasegura a otra empresa, de tal manera que, ante la ocurrencia, de un daño ambiental, la empresa reaseguradora asume el % de la prima que le correspondía a la empresa. Ambos sistemas, permite que el riesgo asumido sea diseminado a nivel de varias empresas aseguradoras, de tal manera que se logra cubrir la suma asegurada y además se evita la quiebra de las aseguradoras.

Así, por ejemplo, en el sistema americano, la industria aseguradora, presionada por los Estados y por las industrias afectadas, ha ofrecido distintas soluciones, cuya efectividad ha sido muy cuestionada, y que se pueden reconducir fundamentalmente a dos: *las pólizas E.I.L.* (Environmental Impairment Liability) y *los pools* aseguradores<sup>1115</sup>. Como se indicó, el *pool* se basa en un acuerdo entre varias compañías aseguradoras o reaseguradoras para hacer frente a este tipo de riesgos, sin distinguir entre contaminación accidental y gradual, si bien exigiendo que la misma sea fortuita y no intencionada. Esta figura se ha extendido ampliamente en Europa y en Estados Unidos: así, tenemos el famoso *Pool francés* (Assurpol), el *pool inquinamento italiano*, el *pool holandés* (MAS), el *pool japonés* (Oil Pollution Liability Pool), el *pool estadounidense* (PLI-Pollution Liability Insurance) o, incluso, sistemas alternativos como el sueco (Miljoskade Konsortiet) que combina la participación de la industria concernida y los asegurados sobre la base de un seguro colectivo<sup>1116</sup>. Fórmula que ha tenido acogida en diferentes países, incluso en España. En atención a las dificultades anotadas, ÁLVAREZ LATA, precisa, que, con el ánimo de superarlas, sobre todo en lo que atañe al riesgo de las propias aseguradoras, en 1994 se constituyó en España, siguiendo la experiencia europea, el denominado “Pool español de riesgos medioambientales”, que supone la agrupación de ciertas entidades aseguradoras en orden a ofrecer y hacer frente a la cobertura de la póliza de responsabilidad civil ambiental. Con todo, los estudios sobre la cobertura del daño ambiental ponen de relieve la insuficiencia de las pólizas existentes en el mercado, requiriendo la generalización de las pólizas específicas de contaminación.<sup>1117</sup> Así en el ámbito nuclear, las empresas aseguradoras españolas, para poder cubrir las catástrofes nucleares se han reunido creando los denominados *pools*, práctica que debe ser extendida en todo el mundo, pues es un mecanismo importante de aseguramiento con grandes posibilidades de éxito, debido a que el riesgo de la contaminación, por su importancia y complejidad, requiere garantías excepcionales que sólo los consorcios de seguros pueden ofrecer. Así en

---

<sup>1113</sup> El Coaseguro se produce cuando por mandato o aceptación del asegurado, se reparte un seguro en forma directa entre dos o más compañías aseguradoras, designando a una de ellas como líder del coaseguro. Se permiten, bajo el sistema de coaseguro pactado, riesgos industriales, comerciales o residenciales, según las normas siempre y cuando estos estén bajo control de una sola administración. MARTHAUS GARRO, César A, “Seguros y Reaseguros”, Editorial San Marcos, Primera Edición 2007, Lima-Perú, pág. 276.

<sup>1114</sup> Reaseguro, es el sistema o procedimiento, mediante el cual se conviene que una de las partes (LA CEDENTE), traslade a la otra (EL REASEGURADOR), una parte o participación fija de las responsabilidades que ha asumido, a través de sus seguros directos, a fin de protegerse o reducir sus probables pérdidas. Es la operación de volver a asegurar. El reaseguro cubre una parte mayoritaria del riesgo que significa asegurar los activos de empresas muy grandes. MARTHAUS GARRO, César A, “Seguros y Reaseguros”, Editorial San Marcos, Primera Edición 2007, Lima-Perú, pág. 275.

<sup>1115</sup> Estas pólizas aparecieron obre los años ochenta aparecen en el mercado americano las primeras pólizas específicas que cubrían solo contaminación (E.I.L), incluida la de tipo gradual. GOMIS CATALA, Lucia, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1116</sup> GOMIS CATALA, Lucia, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1117</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia; “Tratado de Responsabilidad Civil”; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003. pág. 1739

el derecho francés, *Assurpol* denominado “garantías que se tapan” y se limita a la contaminación accidental y gradual, y que excluye la contaminación y el abandono permanente, en este sistema la obligación de reparar el daño, se ha extendido a la obligación de reparar los bienes naturales, lo que aumenta en gran medida el costo del seguro<sup>1118</sup>. Se trata de una forma de evitar que las reaseguradoras excluyan el riesgo de contaminación de los contratos de seguro de responsabilidad civil y de aislarlo en una rama separada, pues unidos a las empresas aseguradoras, pueden con mayor posibilidad cubrir los daños ambientales.

El impacto observado en la legislación mundial en materia de daño ambiental, en relación a los seguros, ha provocado una verdadera crisis que intenta sugerir con un enfoque moderno y adecuado a la siniestralidad de los riesgos asegurados, debido a que las empresas aseguradoras se han mostrado no muy receptivas ante los riesgos ambientales, por lo que se hace necesario la intervención de las mismas a manera de apoyo a la economía de los agentes contaminadores y también de los Estados, incentivando, los llamados *pool de aseguradoras en materia de siniestros ambientales*, a fin de distribuir el riesgo, con mayor capacidad de respuesta por parte de estas empresas. Para ello es imprescindible, el incentivo económico por parte de los Estados, a todas aquellas empresas que apuesten por cubrir los daños ambientales, o también la opción legislativa, de que un porcentaje de sus primas obligatoriamente se dediquen a asegurar los daños ambientales.

De todo lo anotado, estos modelos de seguros, deben existir en todos los países del orbe, pues se diversifica el riesgo de tal manera, que las empresas aseguradoras, pueden sin temor alguno, responder con eficacia, frente a la ocurrencia de un daño ambiental. Pues no queda dudas, de que este sistema, en materia ambiental es de suma trascendencia, y en razón a ello de manera puntual, el sistema peruano de responsabilidad ambiental debe incentivar la implementación de *pools de aseguradoras*, con el fin de que las empresas aseguradoras estén en posibilidad de cubrir las pólizas de seguros ante un daño ambiental, y de esa manera los agentes contaminantes, estén en mejores condiciones de reparar los daños ambientales a las, más si nuestro país, es considerado vulnerable desde el punto de vista ambiental.

### **4.3.3. Acerca de las limitaciones y ventajas de los seguros ambientales**

La complicación, respecto al seguro por el daño ambiental, es que teniendo en cuenta los cuatro criterios que técnicamente suelen considerarse para volver asegurable un riesgo, estos son: la aleatoriedad, identificación, mensurabilidad e independencia de los riesgos<sup>1119</sup>, dichos parámetros aparentemente estarían en contradicción con las características del daño ambiental, especialmente de naturaleza crónica,

---

<sup>1118</sup> Le risque pollution », du fait de son importance et de sa complexité, suppose des garanties exceptionnelles que seuls des pools d'assurances peuvent offrir. Ainsi, en France, il en a été créé un dénommé Assurpol dont les garanties sont plafonnées et limitées aux pollutions accidentelles et graduelles, ce qui exclut la pollution permanente et les négligences. L'obligation de réparation du dommage, étendue à l'obligation de dépolluer les milieux naturels atteints, augmente considérablement le coût des assurances. Cela explique que les réassureurs aient voulu exclure le risque pollution des contrats d'assurances de responsabilité civile et l'isoler dans une branche distincte. Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En (Ouvre Du Droit De L'environnement* », Sous la direction de Sandrine Mal Jean-Dubois, « *L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non- Respect* », Op. Cit, page. 168-171.

<sup>1119</sup> Los criterios de asegurabilidad: i)La aleatoriedad implica una doble exigencia: por un lado, la incertidumbre, por otro lado, que la influencia de la conducta del propio asegurado no sea demasiado elevada o, cuando menos, existían medios de controlarla; ii)El segundo de los criterios de enjuiciamiento de asegurabilidad es el de la identificación del riesgo cubierto, del siniestro; iii) Asimismo, la viabilidad del cálculo de la probabilidad de materialización del riesgo asumido por el asegurador es un presupuesto esencial del seguro. (...), ésta dificultad no es invencible. Existen medidas asumibles que permiten paliar el problema: primas flexibles, primas adicionales de seguridad, auditorias medioambientales, procedimientos individualizados de estimación y tarificación de los riesgos medioambientales. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 667-692.



acumulado, incommensurable, lo que contradice, las características clásicas del daño común. Razón principal, por la que, en el esquema clásico del seguro, mayormente se excluye en esencia la asegurabilidad del daño ambiental<sup>1120</sup>, pese a que la objetivación de la responsabilidad por daños al medio ambiente reclama su utilización en la práctica<sup>1121</sup>, al ser considerado un mecanismo valioso de solución para la reparación del daño ambiental.

### A) Las limitaciones de los seguros ambientales

Así, en los supuestos de daño ambiental cuando se trata de daños crónicos o con largo periodo de latencia, es frecuente que resulte *casi imposible determinar una única persona* o empresa responsable del daño, porque han sido varias empresas las que han contribuido a producir el daño, por consiguiente, es casi imposible conocer el grado de participación de cada una de ellas<sup>1122</sup>. En estos casos se deberá responsabilizar no sólo la empresa directamente involucrada, sino a todas aquellas que emitieron en su día idéntica sustancia y, por lo tanto, debe establecerse la responsabilidad solidaria entre todas ellas, debiendo tener cada empresa un seguro que responda por el daño ambiental ocasionado. Por ejemplo, en los casos de daño al medio ambiente puro, por efectos de la contaminación por vertimiento del relave minero deberán ser responsables todas las empresas mineras que realizaron actividades mineras en la zona y cada una de ellas contar con un seguro ambiental.

Las especiales características del daño *ambiental obstaculizan gravemente* la determinación de las variables utilizadas para el cálculo de la prima, especialmente porque el importe del siniestro ambiental exige superar las dificultades de valoración del daño ambiental, y porque la frecuencia de los siniestros obliga a contar con información estadística en materia de daños ambientales inexistente actualmente<sup>1123</sup>. Más aún, si mayormente los daños ambientales se proyectan a lo largo del tiempo, y su reparación se afronta demasiado tarde, además que sus consecuencias nocivas son muchas veces desconocidas para los conocimientos científicos, haciéndose necesario adaptar fórmulas flexibles en la dimensión temporal,<sup>1124</sup> realizando la proyección económica a través del tiempo, a fin de que realmente los daños ambientales sean valuados oportunamente, y no sea un pura especulación por parte de las empresas aseguradoras el establecimiento de la prima.

Otro de los puntos en discusión es lo relacionado al *límite de cobertura de los seguros*, en razón a que la tendencia actual, es la objetivación de la responsabilidad civil por los daños al medio ambiente, ello

---

<sup>1120</sup> GOMIS CATALA, Lucia, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1121</sup> GOMIS CATALA, Lucia, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1122</sup> GÓMEZ, Fernando, “La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costes y Alternativas”, Op. Cit., pág. 58-71.

<sup>1123</sup> GOMIS CATALA, Lucia, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1124</sup> No hay más remedio que referirse a lo que se ha denominado el agujero negro de la industria del seguro, que tuvo lugar en Estados Unidos y que ha tenido enorme incidencia en todos los demás ordenamientos jurídicos aseguradores (...). Ha sido el Macro siniestro combinado (*Pollution and asbestosis*) el que condujo a la crisis del sector asegurador a final del siglo, con la particularidad de que se trata de un acontecimiento o mejor dicho, serie de acontecimientos dañinos que todavía no se pueden por finalizados pues aún tendrán que transcurrir muchos años en este suceso pueda darse por concluido a efectos del seguro, por otra parte consustancial al seguro de responsabilidad civil ciertamente con un carácter agravado cuando se está en presencia de daños personales o ambientales de manifestación tardía o diferida en el tiempo. De este modo, las reclamaciones de los cientos de miles de personas afectadas por la respiración de fibras de amianto, o los miles de pleitos entablados para dilucidar la procedencia de la cobertura otorgada por el seguro con el fin de sufragar los costes de los terrenos contaminados tras la promulgación del CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act -1980*), elevan la cuantía de este gran siniestro a varias veces el coste total de las indemnizaciones afrontadas por el seguro para reparar los daños materiales provocados por el huracán Katrina, hasta el momento el más costoso para la industria aseguradora norteamericana considerándolo como un hecho generador actual. PAVELÉN ZAMORA, Eduardo, “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, “Comentarios a la Ley Responsabilidad Medio Ambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre”, LOZANO CUTANZA, Blanca (coordinadora) Edit. Thomson Aranzadi, Primera Edición, Pamplona-España-2008, 469 pág. 317-321.

determina que las empresas contaminadas se sientan cada vez más amenazadas por el riesgo de tener que pagar elevadas indemnizaciones y, aumente la necesidad del seguro, el problema, es que hoy no existe ningún seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de contaminación progresivo y duradero<sup>1125</sup>, pues mayormente los seguros ambientales no cubren, las emisiones deliberadas o de carácter continuo de materiales nocivos.

Asimismo, un factor a tomar en cuenta *es el de la siniestralidad del riesgo*, por lo cual es necesario evaluar la probabilidad de ocurrencia del siniestro, y cuantificar sus consecuencias financieras, para así poder determinar la prima aplicable de cada asegurado.<sup>1126</sup> Siendo que el costo de la reparación de un daño ambiental es incalculable, y aunque las empresas aseguradoras estén dispuestas a cubrir las mismas, es muy oneroso soportar dichos montos indemnizatorios, por lo que es necesario prever dicha situación en los contratos de seguros, estableciendo un límite razonable respecto a la cobertura del riesgo además de incentivar la unión de las empresas aseguradoras, con el fin de otorgar mayor cobertura los daños ambientales.

Los inconvenientes que presentan los seguros de responsabilidad civil por daño ambiental, explican porque las compañías aseguradoras evitan asegurar cierto tipo de siniestros ambientales, como los casos de derrame de hidrocarburos, por la cantidad de demandas, por lo que las empresas aseguradoras optaron por excluir toda responsabilidad por los daños causados por contaminación de petróleo y limitando la cobertura a los accidentes o sucesos inesperados. De igual manera algunas legislaciones, como Ley de Seguros de Nueva York, establecieron la exclusión de responsabilidades derivadas de contaminación o polución excepto cuando estas se deban a descargas o escapes repentinos y accidentales, excluyendo daños causados por acumulaciones graduales.

Tal como se observa, muchos son los problemas que se plantean en torno a esta modalidad de seguros ambientales, los mismos que sistematizados podría resumirse a los siguientes:

#### **a) Sobre las exclusiones de la cobertura del seguro ambiental.**

La doctrina especializada reconoce las principales limitaciones de la cobertura del seguro ambiental<sup>1127</sup>: i) Los riesgos normalmente excluidos de la cobertura de seguro son bastante numerosos; ii) las exclusiones

---

<sup>1125</sup> A diferencia de la enfermedad, las lesiones y la muerte, cubierta por los seguros tradicionales y por la seguridad social (seguro de enfermedad), el seguro tradicional de responsabilidad civil por daños materiales ofrece resistencia a cubrir los daños causados por contaminación, y ello no solo por la finalidad de probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador alegado, sino porque las pólizas exigen que el daño fuese imprevisto, repentino. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo*”, Op. Cit., pág. 37-39.

<sup>1126</sup> Respecto al mismo, la experiencia de los mercados que han llevado a cabo un análisis independiente de los siniestros de contaminación es que la siniestralidad no es muy frecuente, pero genera hechos de costo individual alto; ahora bien, un siniestro grave (...), puede suponer un 20% o un 30% de todas las primas recaudadas en un año por el seguro de responsabilidad civil en España. Por lo que el costo de la reparación de un daño ecológico puede llegar a ser incalculable, motivo por el cual las aseguradoras pese a poder darse las condiciones de pago de la indemnización, no podrían soportar las mismas, dado su elevado costo, es por ellos, que sería procedente establecer un techo o un límite respecto a la cobertura del riesgo. ARBUES SALAZAR, Juan José, LABRADESBERNALES, Jesús, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente: El Pool Español de Riesgos Medio Ambientales*”, Op. Cit., pág. 24-43.

<sup>1127</sup> Limitations of Insurance as a Compensation Payment Guarantee. (...) This means that the injured party — depending on the existing basis of liability — has to prove the causal link between the harmful event and the damage, if not the fault of the insured. In most cases it involves a lengthy and expensive procedure. In cases of strict liability, even if liability of the insured is established, he may be exonerated from liability if grounds for exoneration exist. The existing gap between the compensable pollution damage and pollution damage covered by insurance may be a further obstacle to compensation or full compensation of injured parties. SERSIC, Maja, “*La Politique De l'environnement-De La Reglementation Aux Instruments Economiques*.”

específicas del seguro de responsabilidad medioambiental son: la guerra, disturbios, huelgas, los eventos naturales desastrosos, como los huracanes, los ciclones, las inundaciones, los terremotos, etc., determinando la ineficacia del seguro; iii) las exclusiones derivadas de las condiciones requeridas para la asegurabilidad, como: la contaminación intencional, el incumplimiento de los reglamentos ambientales, el mal estado o la insuficiencia de los equipos destinados a prevenir el daño ambiental determinan la ineptitud del seguro; iv) las exclusiones propias de cualquier contrato de seguro de responsabilidad civil como: la noción de fuerza mayor: hechos político-sociales, el terrorismo, los terremotos, huracanes<sup>1128</sup>; v) la limitación de la cobertura de la póliza, de seguros a accidentes o a descargas repentinas e inesperadas<sup>1129</sup>, excluyendo daños causados por acumulaciones graduales; vi) en las pólizas de seguro se excluyen los hechos dañosos voluntariamente realizado por el asegurado, o derivado de una situación defectuosa conocida y mantenida conscientemente<sup>1130</sup>, y que es justamente la problemática del daño ecológico; vii) los textos legislativos hacen referencia mayormente al seguro ambiental que cubre tan solo la contaminación accidental<sup>1131</sup>, y que no sea debida a hechos intencionados o consentidos por el agente contaminante<sup>1132</sup>; viii) la mayoría de las pólizas excluyen la responsabilidad por contaminación que no alcance los niveles tolerados legal o reglamentariamente<sup>1133</sup>, por lo que no cubren el daño ambiental en su totalidad; ix) el tema de las franquicias y las exclusiones, las mismas que tienen por objeto común evitar que los aseguradores extiendan su cobertura más allá de los riesgos predecibles, excluyéndose los casos donde puede incidir la conducta propia del asegurador<sup>1134</sup>; x) la exclusión de la contaminación histórica de las pólizas del seguro ambiental, pues ninguna legislación obliga y, por supuesto, ninguna compañía está dispuesta a dar cobertura a los daños conocidos originados en el pasado<sup>1135</sup>, a pesar que mayormente los daños ambientales son históricos; xi) la exclusión de la responsabilidad por daños causados por contaminación gradual<sup>1136</sup> que mantiene la cobertura por contaminación “súbita y accidental”<sup>1137</sup>, por lo que no cubre la magnitud del daño ambiental.

---

*Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments*”, BOTHE, Michael, SAND, Peter, Editions Martinus Nijhoff Publishers, 2003, The Hague/ Boston/London, page. 584-588.

<sup>1128</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 352-358

<sup>1129</sup> AMBROSE B., Nelly, “*Contaminación y Seguro en el V Congreso Mundial de Derechos de Seguros*”, Op. Cit., pág. 14 – 18.

<sup>1130</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo*”, Op. Cit., pág. 37-39.

<sup>1131</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 697-717.

<sup>1132</sup> La exclusión de daños por contaminación. La cláusula tipo C. G. L. contiene una exclusión de responsabilidad para los casos provocados por contaminación, salvo cuando los mismos sean *súbitos* y *accidentales*. Los tribunales han interpretado que *súbitos* y *accidentales* son los casos en que son intencionales solamente, con lo cual se admite la responsabilidad de las compañías en los demás casos. Eso ha convertido en letra muerta a esta cláusula. El caso típico se refiere a los casos de asbestos, pero criterios semejantes se han aplicado en materia de residuos peligrosos y otros reclamos de responsabilidad ambiental por exposición a productos químicos. El lapso entre el momento en que ocurrió la exposición al producto, hasta que se manifiesta la enfermedad puede ser muy prolongado, hasta insumir décadas. Existiendo durante ese lapso distintas pólizas en vigencia, la cuestión es determinar cuál es la que debe cubrir el daño sufrido. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot Buenos AIRES – Argentina, s/f, pág. 193-199.

<sup>1133</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 697-717.

<sup>1134</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot Buenos AIRES – Argentina, s/f, pág. 193-199.

<sup>1135</sup> GOMIS CATALA, Lucia, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1136</sup> The main criterion of insurability of a pollution risk is the unexpected, unforeseeable and unintended nature of the harmful event. *Many insurers still require suddenness of the polluting event*, consequently excluding coverage for damage resulting from gradual pollution, i.e. pollution as a result of a continuous occurrence. The seriousness of this problem, because in practice most pollution damage results from gradual occurrences, has induced industry and insurers to look for solutions found in new environmental liability insurance schemes in several Western European countries, where insurance pools cover sudden as well as

El problema, es que el sistema de seguros, sostiene GEMA DIEZ – PICAZO se basa en las exclusiones que la experiencia haga aconsejable incorporar; existe además una coincidencia general en el mercado internacional sobre cuales debieran ser las exclusiones contempladas en todo caso por las condiciones particulares de la póliza: a) el importe de las sanciones debidas a infracciones legales o administrativas y aquellas que tengan su origen en usos y costumbres; b) daños que tengan su origen en el efecto lento y persistente de la emisión del elemento, tal y como el humo, hollín, polvo, vertido de abonos, basuras, residuos tóxicos y peligrosos; c) daños que tengan su origen en el incumplimiento deliberado de las prescripciones legales y reglamentarias vigentes en materia de contaminación y protección del medio ambiente; d) daños que tengan su origen en la infracción deliberada de las especificaciones del fabricante relativas a la colocación, mantenimiento y reparación de instalaciones, maquinaria o accesorios destinados a prevenir la contaminación; e) daños producidos en la experimentación de técnicas de investigación no homologadas o insuficientemente contrastadas en materia de prevención control y minoración de los elementos contaminantes; f) daños de carácter genético causados a personas o animales. g) daños producidos por la lluvia acida; h) enfermedades profesionales; i) daños causados por personas o industrias que no tienen la condición de productor o gestor de residuos tóxicos y aquellos producidos u ocasionados con posterioridad a la suspensión o retirada de la licencia administrativa para el ejercicio de dichas actividades; j) daños producidos por industrias dedicadas a sondeos petrolíferos o actividades conexas tales como transporte, almacenamiento y refinado del crudo.<sup>1138</sup> Esta y otras exclusiones, son las que perjudican la evolución de los seguros ambientales, situación que debe ser revertida, a través de la implementación de seguros específicos, que cubran a cabalidad el tipo de daño ambiental cubierto.

#### **b) Las limitaciones de los seguros en relación al tiempo.**

En relación al tiempo, existen limitaciones en los seguros ambientales, para cubrir los daños ambientales, que contradicen las peculiaridades del daño ambiental, como: el fenómeno de latencia, el daño continuado, etc. Por lo que se observan los siguientes indicadores que limitan las pólizas de seguros ambientales: i) la irretroactividad de la norma de responsabilidad, en contraposición con la naturaleza histórica de los daños ambientales; pues el límite temporal de la aplicación de las leyes, dejan en indefensión el grueso de los daños ambientales; ii) las prescripciones legales y reglamentariamente establecidas para el tipo de actividad que desarrolla<sup>1139</sup>, deben cumplirse, limitando la cobertura del seguro; iv) en los supuestos de daños ecológicos crónicos con largo período de latencia<sup>1140</sup>, es frecuente

---

gradual pollution: Current pollution risk insurance in Europe shows two main characteristics: the cover of accidental pollution provided by the insurance is generally inadequate and smallest and medium-sized enterprises are not insured and could not face their liabilities in case of a serious accident. Some countries try to overcome this situation by imposing mandatory insurance or other financial guarantees for environmental risks. Compulsory insurance or other financial security is also provided in several international conventions dealing with civil liability for pollution damage, as well as in the European Community (EC) Draft Directive SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter, « *La Politique De L'environnement-De La Réglementation Aux Instruments Economiques.Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments* », Op. Cit., page. 584-588.

<sup>1137</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. ABELEDO – PERROT Buenos AIRES – Argentina, s/f, pág. 193-199.

<sup>1138</sup> DIEZ – PICAZO y GIMÉNEZ, Gema, *Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Op. Cit., pág. 165 – 173.

<sup>1139</sup> DIEZ – PICAZO y GIMÉNEZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*”, Op. Cit., pág. 165 – 173.

<sup>1140</sup> En el sistema americano CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act 1980*), se planteaba el problema de la del momento de ocurrencia del daño del denominado “*triggret*” (activador), en cuanto que efectuaba a varios periodos de cobertura. La teoría del fin de o continuos “*trigger*” ha sido particularmente significativa al involucrar a todas aquellas pólizas de sucesivamente han ido involucrando a una empresa desde el comienzo de la contaminación hasta su

que resulte casi imposible responsabilizar a una única persona o empresa responsable del daño ambiental<sup>1141</sup>; v) la problemática respecto al tiempo de la efectividad del seguro, dentro del periodo de vigencia de la póliza, o dentro de un determinado plazo posterior a su extinción<sup>1142</sup>. No obstante, un sector de la doctrina, señala que en los casos cuando el hecho dañoso ocurre durante el tiempo de vigencia de la póliza, y sus efectos se manifiestan fuera ese período, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnización tanto respecto del asegurado como del tercero<sup>1143</sup>, lo que se condice con la naturaleza del daño ambiental, pues en su mayoría se manifiesta en el futuro.

En relación a las limitaciones de los seguros ambientales, en relación al tiempo, cabe recurrir al sistema americano CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act 1980*), debido a que es un sistema de responsabilidad, en donde los agentes contaminantes están obligados a limpiar los sitios contaminados, que han sucedido a través del tiempo. Por lo que los seguros ambientales, a través de los coaseguros o reaseguros, deben cubrir los daños ambientales ocurrido a través del tiempo.<sup>1144</sup> PAVELEN, sostiene que es de significación que los seguros ambientales, norteamericanos, se relaciona la palabra con el tiempo ha sido muy socorrida ya que puede valer para argumentar una decisión, pero también la contraria, así se justifica la denegación de coberturas en el hecho de que yo necesariamente incorpora una noción de brevedad temporal, vinculado a la noción de “abrupticidad” a un origen accidental, y que además no hay que olvidar la dimensión temporal del seguro de las pólizas americanas se han formulado a través de la palabra “*occurrence*” que se puede traducir como acontecimiento. Por lo que, en todo caso, debe ampliarse las coberturas en relación a las peculiaridades de los daños ambientales, que justamente, se manifiestan muchas veces no como resultado de un acontecimiento, sino como la acumulación de la contaminación a través del tiempo.

### c) Los altos costos económicos de seguro ambiental:

Una de las características de los daños ambientales, es que, por su magnitud, y efectos catastróficos, no sólo en el patrimonio y en las personas, sino especialmente en el medio ambiente puro, repararlo, tiene un alto costo económico. Entre los factores del alto costo del daño ambiental tenemos: i) El costo de la

---

manifestación, pero pasando por todo *el periodo de latencia*. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 321 -322.

<sup>1141</sup> GÓMEZ, Fernando, “La Responsabilidad Por Daño Ecológico: Ventajas, Costes Y Alternativas”, Op. Cit., pág. 58-71.

<sup>1142</sup> Normalmente, las pólizas nos aclaran *durante cuál periodo se debe sufrir el daño* que es objeto de la cobertura. Los jueces han desarrollado así tres teorías: la primera, que corresponde responder a la compañía cuyo seguro estaba en vigencia al tiempo en que la víctima sufrió el daño; la segunda, que corresponde a aquella cuyo seguro estaba vigente cuando el mal se manifestó, y la tercera, que todas las compañías cuyos seguros cubrían el lapso completo, son responsables. Nuevamente, las sentencias en cada caso, tratan de acomodar los razonamientos para lograr que el damnificado tenga la máxima cobertura, prescindiendo de los textos de las pólizas y de otras interpretaciones más razonables. Ello demuestra la ambigüedad que existe en esta materia, pues lo único que pueden concluir las aseguradoras es que los tribunales siempre interpretarán las pólizas en su contra *pro cobertura*. Las compañías han reaccionado redactando nuevas exclusiones y aumentando las primas, aunque ninguno de estos mecanismos es perfecto, pues existe la incertidumbre de nuevas interpretaciones arbitrarias. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa”, Op. Cit., pág. 193-199.

<sup>1143</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “Los Sistemas de responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil”, Op. Cit., pág. 697-717.

<sup>1144</sup> En el sistema americano CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act 1980*), las decisiones judiciales se construyeron sobre una interpretación de la palabra “*sudden*” como equivalente a *inesperado, imprevisto o fortuito* para el asegurado de esta postura, se llegaba a la conclusión de que existía cobertura por parte de la póliza. En otros supuestos, se acudía al componente temporal del término “*sudden*” expresando que también equivalía algo inesperado o intencional, y poseer ningún contenido temporal, tal como apuntó o inmediato. (...). El “*occurrence*” se define, así como: “un accidente” o continúa o repetida exposición a ciertas condiciones de las que resulten, durante la vigencia del seguro, un daño a personas o a bienes tangibles que no sean inesperadas iniciadas desde el punto de vista del asegurado. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 321 -322.

reparación de un daño ecológico, puede llegar a ser incalculable, motivo por el cual las aseguradoras, pese a darse las condiciones para el pago de la indemnización, no podrían soportar las mismas, dado su elevado costo<sup>1145</sup> y además por la razonabilidad de los límites de la cobertura; ii) es difícil una precisa cuantificación del daño ambiental<sup>1146</sup>; iii) la imposibilidad de cuantificar el impacto futuro de las normas actuales de responsabilidad, sobre los riesgos ambientales que cubre, y anticipa posibles cambios a dichas normas<sup>1147</sup>; iv) los daños al medio ambiente pueden ser de tal magnitud que acarreen, por insolvencia, la quiebra de las empresas, por tanto, el seguro constituye un medio para controlar el riesgo de pérdidas económicas<sup>1148</sup>, pues se garantiza con antelación la reparación de los posibles daños ambientales, y el cobro de las indemnizaciones a los perjudicados<sup>1149</sup>, haciéndose imprescindible su contratación; v) la generalización de la responsabilidad por riesgo y la amplia tutela de las víctimas por el que el seguro se concede, han motivado una proliferación de los casos y las demandas de responsabilidad civil<sup>1150</sup>, lo que ha saturado el sistema de seguros, pues las compañías aseguradoras no tienen capacidad para asumir los montos indemnizatorios.

#### **d) La falta de buena fe contractual de los agentes contaminantes.**

Las compañías de seguros, cumplen funciones de aseguramiento del daño ambiental con mucha eficacia, bajo ciertas condiciones de incertidumbre, el problema es que, puede ser afectado por circunstancias vinculadas a la información respecto del riesgo. Por ello, deben tenerse en cuenta las circunstancias que pueden incidir de diferente modo en el funcionamiento del contrato de seguro y que deben ser considerados: i) la *mala fe*, es el riesgo moral o falta al deber de buena fe por parte del asegurado, el cual se manifiesta cuando éste no tiene interés en evitar el daño o disminuir sus consecuencias, por no tener que pagar por ello. Estos son los casos, en los que la información o incertidumbre asimétrica entre la compañía y los asegurados, no es eficiente cuando hay incertidumbre o probabilidades impredecibles, pues los seguros funcionan en forma correcta con “riesgos” o probabilidades predecibles. Para solucionar o paliar los efectos de estas conductas del asegurado, los aseguradores tratan de crear incentivos que neutralicen los resultados de esas formas desleales de conducirse por parte de quienes toman los seguros, estableciendo “*franquicias*” en las pólizas hasta cierto monto no cubierto por el seguro; ii) cuando el asegurado posee más información que la aseguradora, respecto del verdadero nivel del riesgo involucrado o comprometido en el aseguramiento, y no lo manifiesta, manteniendo una actitud verdaderamente reticente, cuando esto ocurre sistemáticamente, el costo de los seguros aumenta; iii) la *excesiva incertidumbre*<sup>1151</sup>, factor que impide la diversificación de riesgos y que afecta no solamente a las compañías aseguradoras en la determinación de sus cálculos de siniestralidad, sino también a las empresas que se auto aseguran. Todas estas conductas, deben ser desincentivadas pues no permiten la masificación de los seguros ambientales.

---

<sup>1145</sup> ARBUÉS SALAZAR, Juan José, LABRADESBERNALES, Jesús, “*El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente: El Pool Español de Riesgos Medio Ambientales*”, Op. Cit., pág. 24-43.

<sup>1146</sup> MOSSET ITURRASPE, y otros, “*Daño Ambiental*”, Tomo II, Op. Cit., pág. 136 - 140.

<sup>1147</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Op. Cit., pág. 193-199

<sup>1148</sup> DÍAZ- AMBRONA BARDAJÍ, “*Derecho Civil Comunitario*”, Op. Cit., pág. 469-470.

<sup>1149</sup> DIEZ – PICAZO y GIMÉNEZ, Gema, “*Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*”, Op. Cit., pág. 165 – 173.

<sup>1150</sup> ALONSO SOTO, Ricardo, “*Responsabilidad Civil y Seguro, en LA Responsabilidad en el Derecho*”, Universidad Autónoma de Madrid, Op. Cit., pág. 195-202.

<sup>1151</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot Buenos AIRES – Argentina, s/f, pág. 193-199.

## B) Las ventajas de los seguros ambientales

Las dificultades advertidas, no implican la inutilidad del sistema, pues a su vez la doctrina advierte que existen soluciones para que la cobertura de los daños ambientales, no se vea opacada por los inconvenientes anotados. En ese sentido, constituye un desafío lograr una futura regulación de la responsabilidad civil ambiental, en el mercado del seguro<sup>1152</sup>, toda vez que, las características esenciales que informan al riesgo objeto de cobertura, determinan que las aseguradoras no opten por ofertar este tipo de seguros, lo que implica que se hace necesario crear nuevas soluciones jurídicas para que se establezca un el seguro eficaz por el daño ambiental, pues existen también muchas ventajas y soluciones positivas respecto a la cobertura del seguro por el daño ambiental. La imperiosa necesidad de reparar el daño ecológico exige la búsqueda de nuevos mecanismos, complementarios, basados en el principio de solidaridad colectiva<sup>1153</sup>, impregnado de aspectos socializantes, que no persiguen otra cosa más que la protección a ultranza del medio ambiente a través de la llamada “socialización de la responsabilidad civil”<sup>1154</sup> y la “socialización del seguro”<sup>1155</sup>, en donde se promueve el establecimiento de seguros de carácter obligatorio especialmente aquellos sectores socio económicos, que con un grado mayor ponen en riesgo<sup>1156</sup> al medio ambiente.

La cobertura de seguros de riesgos de contaminación, ha evolucionado en el tiempo, siendo que ha pasado por varias fases<sup>1157</sup>: a) en principio, los daños ambientales estaban cubiertos por una póliza general de responsabilidad civil, el problema es que la magnitud de los daños por contaminación acarrió problemas de cobertura, por lo que las principales aseguradoras, fueron más cautelosos en la cobertura de daños ambientales; b) posteriormente la cobertura para la responsabilidad ambiental se contrata por separado, cuyo principal criterio de asegurabilidad del riesgo de contaminación es el tipo de daño imprevisible e inesperado del evento dañoso, excluyendo la cobertura de los daños derivados de la contaminación gradual como resultado de un suceso continuo. Frente a la problemática de los daños ambientales, obliga a los operadores jurídicos, a las aseguradoras, a la industria, a los Estados, a buscar nuevas soluciones teniendo en cuenta los siguientes criterios:

Se observa, que entre las ventajas que tiene el seguro para el daño ambiental: a) *Para la víctima*: tendrá garantizado de alguna manera la compensación del daño; b) *para el responsable*: se ve liberado, del pago de sumas normalmente impagables por la mayoría de pequeñas y medianas empresas; c) *para la política ambiental*: constituye un mecanismo eficaz de gestión de riesgos, en la medida que el importe de la prima del seguro está vinculado a la calidad en la gestión de riesgos por parte de la empresa, entre otros aciertos, del todo positivas, para efectos de lograr la reparación del daño ambiental. Frente a esta situación, lo que

---

<sup>1152</sup> DIEZ – PICAZO y GIMÉNEZ, Gema, “Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa”, Op. Cit., pág. 165 – 173.

<sup>1153</sup> GOMIS CATALA, Lucía, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1154</sup> HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil”, Op. Cit., pág. 41-73.

<sup>1155</sup> HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil”, Op. Cit., pág. 74-84.

<sup>1156</sup> HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil”, Op. Cit., pág. 41-73.

<sup>1157</sup> The Role of Insurance in Covering Pollution Risks. Evolution and Recent Developments. Insurance is an important method of risk management, applicable in cases of “domestic” as well as Trans frontier pollution. In the coverage of the pollution risks, insurance has gone through several phases. After an initial period in which pollution was covered by the general third-party liability policy, the extent of potential pollution damage shown in several major incidents made insurers more cautious in covering pollution risks. As a result, coverage for environmental liability had to be purchased separately, either under existing third-party liability policies or under special environmental liability policies. Currently, in some countries the pollution liability coverage is difficult to obtain, while in some others a tendency to extend coverage can be traced. SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter, « La Politique De L’environnement-De La Réglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments », Op. Cit, page. 584-588.

corresponde es que se vaya resolviendo cada uno de estas dificultades, teniendo en cuenta, los siguientes indicadores:

**a) Las pólizas de los seguros, deben adaptarse a la naturaleza suigeneris del daño ambiental:**

Las empresas aseguradoras, deben considerar que, a diferencia de los daños tradicionales, los daños ambientales, tienen características especiales, las mismas que tienen que ser consideradas en las pólizas de seguros, para que las mismas cubran de manera eficaz dichos daños, así por ejemplo: i) La póliza de responsabilidad civil por el daño ambiental, debe comprender un concepto amplio de daño ambiental a ser cubierto: daños a las personas, daño físico a la propiedad, el daño ambiental que comprende: costo de la remoción de medidas de limpieza, costos de reparación del daño ecológico puro<sup>1158</sup>; ii) la póliza de responsabilidad civil por el daño ambiental, debe tener en cuenta en las políticas de responsabilidad ambiental, especificaciones en cuanto a la cantidad máxima asegurables, por evento o por daño, los plazos y los límites territoriales de la cobertura; iii) El seguro ambiental, debe considerar los casos de contaminación continuada y permanente,<sup>1159</sup> manifestada algunos años después de la emisión de una cierta sustancia; pues actualmente las compañías aseguradoras<sup>1160</sup> evitan asegurar este tipo de siniestros ambientales<sup>1161</sup>, por lo costoso que ello implica.

**b) La necesidad de la socialización de los riesgos ambientales:**

Lo que es claro, es que el seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños en interés propio del asegurado, en cuanto que el contrato tiende a que el asegurador le libere del pago de la deuda que nace con motivo del hecho dañoso. tal y como sostiene DE ANGEL, distinta en cierta medida de esta modalidad de seguro “voluntario” es la del denominado “*seguro obligatorio*”, que, constituye un sistema de “*socialización de los riesgos*”, de suerte que la realización de determinadas actividades exige, por imperativo legal, que quien las desarrolla “se asegure” previamente de las consecuencias dañosas respecto a terceros que de tales actividades puedan dimanar. Naturalmente, existe perfecta compatibilidad entre el seguro obligatorio y el voluntario, dado que el primero cubre las responsabilidades derivadas de ciertos

---

<sup>1158</sup> Compensable damage comprises the following categories of damage: damage to persons, physical damage to property (*damnum emergens*), economic loss (*lucrum cessans*), cost of preventive measures removal (clean-up) costs, restoration costs and "ecological" damage. However, not all mentioned injury to the environment itself, usually referred to as "ecological damage", is that which remains after preventive, removal and restoration measures are over, and causes harm to the environment itself. The compensation for these categories of compensable pollution damage is covered by insurance. While damage to persons and physical damage to property as well as economic loss resulting from it are covered without restrictions, insurance of other categories of damage raises some problems. Economic loss suffered without any accompanying physical damage to property (pure economic loss) is covered in some new environmental policies, usually containing various requirements as to the professional activity of the injured persons: removal (clean-up) and restoration costs are covered if, and in as far as, they fall within the scope of the concept of damage covered under the policy and if the insured can be held legally liable for these costs. While costs of preventive measures are provided in some countries, there is no trace of any coverage of ecological damage. SERSIC, Maja. “*La Politique De l’environnement-De La Reglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments*”, Compiler, BOTHE, MICHAEL, SAND, PETER, Editions Martinus Nijhoff Publishers, 2003, The Hague/ Boston/London, page. 584-588.

<sup>1159</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costes y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 58-71.

<sup>1160</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costes y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 58-71.

<sup>1161</sup> Así, por ejemplo, los asegurados demandan por el pago de gastos que han debido realizar por el *costo de limpieza* en caso de residuos peligrosos, que la Ley Federal del *Superfondo* pone a cargo de aquellos, como generadores de los residuos. Las cláusulas de las pólizas tipo C.G.L., excluyen los daños a los bienes de propiedad del asegurado y limitan el seguro de daños por contaminación ambiental, a los que han producido a terceros y que les incumbe pagar al asegurado por su responsabilidad frente a éstos. Los tribunales han admitido esas demandas por el daño propio del asegurado con el argumento de que “la salud, seguridad y bienestar de la población del Estado, deben prevalecer sobre el texto de la póliza” (caso “Summit Associates v. Liberty Mutual Fire Insúmanse Co. “New Jersey Supreme Court, 1987). BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*”, Op. Cit., pág. 193-199.



hechos dañosos pero lo hace hasta cierto límite en su cuantía, siendo así que el seguro voluntario permite reducir todavía más los riesgos del asegurado, ya que este puede convenir con la compañía aseguradora la cobertura de indemnizaciones más elevadas”<sup>1162</sup>. Siendo ello así, en los sistemas modernos de responsabilidad por el daño ambiental, no hay oposición alguna, a la implantación de los seguros obligatorios, a través de los cuales, los legisladores, ofrecer una protección efectiva a las víctimas de al riesgo, es decir, garantizar que siempre que se produzca un daño las posibles víctimas serán indemnizadas y prever, la posible insolvencia del responsable.

La socialización del riesgo, se fundamental, en lo siguiente: i) Es necesario reconocer el establecimiento de la *solidaridad* como principio entre todos los responsables, esto es, que cada uno de los coparticipes responda frente a la víctima de la totalidad del daño<sup>1163</sup>, dando una respuesta eficaz frente al daño ambiental; ii) transfiere el riesgo de las personas que no están dispuestas a asumirlo, a empresas cuya finalidad es precisamente tomarlos a su cargo, mediante la contraprestación de las primas con la cual forman el fondo que hará frente a los eventuales siniestros; iii) el riesgo particular se distribuye entre un mayor número de asegurados con distintos riesgos, amortiguando sus respectivos impactos patrimoniales; iv) cumple también el seguro una función de reasignación de los riesgos, al colocar primas más altas a los riesgos mayores e inferiores a los riesgos menores; v) se trata de solucionar a través de la imposición de un seguro obligatorio u otras garantías financieras alternativas para los riesgos ambientales, los mismos que están previstos en varias convenciones internacionales en materia de responsabilidad civil por contaminación del daño en materia de hidrocarburos, nucleares, entre otros. Estas ideas han sentado las bases de los seguros obligatorios, que las normas de los diversos sistemas de responsabilidad por el daño ambiental, imponen con carácter preceptivo para el desarrollo de determinadas actividades ambientalmente riesgosas, que revisten una gran peligrosidad social, a través de los cuales, tal y como mayoritariamente precisa la doctrina: se logra simplificar los costes de la determinación de la existencia de responsabilidad, liberar al responsable del pago de la indemnización, ofrecer a las víctimas las máximas garantías en cuanto a la reparación del daño causado y, lograr una gran tranquilidad social. Por lo que, las ventajas, enumeradas son hartó suficientes para apostar en superar las limitaciones advertidas, y establecer como prioridad en el derecho peruano, crear un seguro ambiental obligatorio, con tendencia a la socialización del riesgo acorde a la naturaleza del daño ambiental, acorde la moderna tendencia del derecho comparado moderno, en materia de responsabilidad por el daño ambiental.

### **c) Las pólizas de seguros ambientales, vienen cubriendo diversos tipos de daños ambientales.**

Se observa, que las pólizas de seguros ambientales vienen precisando de manera paulatina diversos tipos de daños ambientales: i) Daños ambientales que tienen efecto en las personas: en su salud, como por ejemplo las enfermedades profesionales por contaminación minera; daños morales, los daños materiales: el lucro cesante, daño emergente<sup>1164</sup>; por lo que los mismos, se cubren mayormente a través de los seguros de responsabilidad civil, establecidos en la mayoría de sistemas de responsabilidad civil; ii) los daños ocasionados por las molestias ( humo, hollín, polvo, vertido de abonos, basuras, etc.) se cubren por los seguros de responsabilidad; iii) los daños ocasionados por los residuos tóxicos y peligrosos; cuentan con seguros específicos, en cumplimiento del Convenio de Basilea; iv) daños que tengan su origen en el incumplimiento de la ley y reglamentos en materia ambiental; mayormente los establecen las autoridades

---

<sup>1162</sup> DE ÁNGEL YANGUEZ, Ricardo, *La Responsabilidad Civil*, Op. Cit., pág. 361 – 383.

<sup>1163</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La Responsabilidad por Daño Ecológico: Ventajas, Costes y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 58-71.

<sup>1164</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de Responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 667-692.

administrativas, tal y como sucede en el derecho peruano; v) daños producidos en la experimentación de técnicas de investigación no homologadas o insuficientemente contrastadas en materia de prevención de control y minoración de los elementos contaminantes, se cubren por los seguros de naturaleza obligatoria, establecidos en las leyes administrativas; vi) daños producidos por industrias dedicadas a sondeos petrolíferos o actividades conexas tales como transporte, almacenamiento y refinado del hidrocarburos<sup>1165</sup>; así como los daños nucleares, lo cubren los seguros obligatorios establecidos en los convenios internacionales de responsabilidad civil por hidrocarburos<sup>1166</sup>. Por lo que se observa, que los seguros, vienen paulatinamente, cubriendo diversos tipos de daños ambientales, lo que es positivo para lograr la reparación de los daños ambientales. Por lo que, los legisladores deben ser flexibles con las aseguradoras, a través de incentivos, se pueda logrando cubrir otros daños ambientales, como por ejemplo los daños producidos por la lluvia acida; entre otros tipos de daños ambientales, debiendo la póliza de seguro ambiental precisar cada uno de dichos daños ambientales, así como establecer la magnitud de los mismos y el importe de las indemnizaciones.

#### **d) La posibilidad de implementar un seguro ambiental amplio**

Un sector de la doctrina, sostiene que la tendencia, es a implementar un seguro ambiental amplio. Autores como AMBROSE<sup>1167</sup>, hace la mención a una cobertura muy amplia, que viene siendo ofrecida por un grupo del *Lloyd's* en sus países, para el caso de problemas de responsabilidad por contaminación excluidos de la Póliza de Responsabilidad General. La cobertura incluye reclamaciones por daños de toda clase, así como los gastos de limpieza, que constituyen una obligación legal del asegurado. Existe un cierto número de exclusiones relacionadas con el conocimiento que los representantes o empleados responsables tengan en materia de violación de regulaciones o instrucciones o deficiencias en medidas existentes para prevenir o minimizar emisiones. No obstante, que la doctrina, sostiene que hasta la fecha parece existir poco interés por esta cobertura, allí donde ha sido ofrecida, resulta ser de suma importancia, para efectos de la evolución de los seguros ambientales, por lo que las legislaciones, y en específico la legislación peruana, debe apuntar a la implantación de los seguros amplios en materia de responsabilidad ambiental, para lo cual, se deberá tener presente los siguientes indicadores:

i) Teniendo en consideración, que los seguros tradicionales se resisten a cubrir los daños causados por contaminación, y ello no sólo porque se tiene probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador alegado, sino porque las pólizas exigen que el daño fuese imprevisto, repentino<sup>1168</sup>, ello determina la necesidad de inventar un seguro de responsabilidad civil que se adapte a la naturaleza sui generis del daño ambiental y cubra el riesgo del daño ambiental progresivo y continuo; ii) la cobertura gradual, si bien no tiene fácil encaje, en esta modalidad de seguro ambiental, la misma debe ser garantizada a través de pólizas específicas, como son las denominadas internacionalmente EIL<sup>1169</sup> (*Environmental Impairment Liability*), los *coaseguros* y los *reaseguros*; iii) la limitación cuantitativa de las cantidades a indemnizar, es justificable en aquellos sectores de la actividad económica

---

<sup>1165</sup> DIEZ – PICAZO y GIMÉNEZ, Gema, “Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa”, Op. Cit., pág. 165 – 173.

<sup>1166</sup> Ver Capítulo V, sobre los convenios internacionales de responsabilidad civil en materia por hidrocarburos y nucleares.

<sup>1167</sup> AMBROSE B, Kelly, “Contaminación y Seguro, 5to Congreso Mundial de Derecho de Seguros (AIDA)”, Editorial MAPFRE S.A., Madrid, 1978, pág. 16 y 17.

<sup>1168</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La Responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis La Cruz Berdejo”, Op. Cit., pág. 37-39.

<sup>1169</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo y otros, “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 317-321.

que se consideran de especial importancia para la sociedad como: la energía nuclear<sup>1170</sup>. Así, las distintas pólizas de seguro ambientales contemplan sus propios límites cuantitativos<sup>1171</sup>, pues de su amplitud dependerá, naturalmente, de la garantía de reparación integral del daño ambiental, evitando la quiebra de las empresas, problema que se puede solucionar a través de los coaseguros y reaseguros; iv) se hace necesario las auditorías ambientales, pues constituyen una necesidad, pues las compañías aseguradoras, antes de proceder a la formalización de una póliza de seguro analizan el riesgo objeto del contrato con el fin de decidir, por una parte, si se trata de un riesgo asegurable y por otra, calcular el importe de la prima<sup>1172</sup>. Esta verificación previa de riesgos se convierte en un dato fundamental a fin de conocer con antelación a la asegurabilidad en relación a la magnitud de los riesgos ambientales y además de ésta manera, las empresas que realizan actividades ambientalmente peligrosas, van a cumplir con mayor responsabilidad su obligación de prevención de los daños ambientales; v) en relación a las excepciones de cobertura, junto a la descripción del medio material que se cubre, se suelen introducir ciertas excepciones, como son los daños causados por determinados fenómenos naturales, entre otros, sin perjuicio de aquellas exclusiones que la experiencia haga aconsejable incorporar, existe una coincidencia general en el mercado internacional sobre cuales debieran ser las contempladas en todo caso por las condiciones particulares de la póliza<sup>1173</sup> y siempre que no impliquen dejar sin protección a las víctimas del daño ambiental, por lo que la tendencia debe ser a limitar las excepciones de la cobertura, en cuanto sea razonable y posible para las empresas aseguradoras; se observa que las coberturas de los daños ambientales accidentales, se cubren sin grandes dificultades iniciales como garantía adicional en los seguros de responsabilidad civil de empresas<sup>1174</sup>; en razón a que no son de gran magnitud, por lo que se debe incentivar el seguro obligatorio, en estos casos, a fin de cubrir, dicho tipo de daños. En atención a lo anotado, es importante, que los legisladores, se muestren flexibles frente a las empresas aseguradoras, a fin de que, vayan dejando atrás, el temor de ofertar los seguros ambientales amplios, en donde cubra toso tipo de daños ambientales, en un futuro cercano.

#### **e) Los seguros deben extender el ámbito temporal la cobertura de la póliza.**

Es importante, que los seguros ambientales, se adecuen a la naturaleza del daño ambiental, el mismo que como una de sus características principales, es el fenómeno, de latencia, los mismos que se manifiestan a través del tiempo, son continuos, y a veces son permanentes, por lo que, los contratos de seguros ambientales, deben tener en cuenta los siguientes indicadores: i) Se debe extender la cobertura de la póliza a aquellos daños manifestados tras la finalización de la actividad industrial, forzada en ocasiones por la quiebra del explotador; ii) la eficacia de la extensión del ámbito temporal de la vigencia del contrato de seguro en relación con la pretendida reparación de los daños por contaminación que se manifiesten en el futuro dependerá del alcance del ámbito temporal cubierto, por ejemplo,<sup>1175</sup> diez años en la ley alemana de responsabilidad ambiental, siendo la tendencia a mejorar el tiempo de cobertura; iii) la

---

<sup>1170</sup> ALONSO SOTO, Ricardo, “Responsabilidad Civil y Seguro, en *La Responsabilidad en el Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid”, Op. Cit., pág. 195-202.

<sup>1171</sup> Así, por ejemplo, Estados Unidos E.I. L (AIG) Entre \$5 y \$15 millones de dólares, Pool (PLIA) \$ 2 millones; Japón (Oil Pollution Liability Pool) 5.000 millones yenes. GOMIS CATALA, Lucia, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1172</sup> GOMIS CATALA, Lucia, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Op. Cit., pág. 282-293.

<sup>1173</sup> DIEZ – PICAZO y GIMÉNEZ, Gema, “Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa”, Op. Cit., pág. 165 – 173.

<sup>1174</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo y otros, “Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 317-321.

<sup>1175</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “Los Sistemas de responsabilidad Civil, en *Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 697-717.

delimitación temporal debe ser amplia, pues los daños ambientales deben estar cubiertos durante la vigencia de la póliza, la misma que debe ser generosa en el tiempo.

¿Y cuándo es que se puede exigir que se haga efectivo el seguro? En relación a este problema, las aseguradoras incluyen en los contratos las famosas cláusulas *claim made* o en español “reclamo hecho”, “entre nosotros se entiende por “*claim made*” aquella cláusula del contrato de seguro de responsabilidad civil por la que se estipula que el asegurador solo está obligado a indemnizar cuando la reclamación por el perjudicado se haga dentro del periodo de vigencia de la póliza, o dentro de un determinado plazo posterior a su extinción<sup>1176</sup>. Esto, es si el hecho dañoso no ocurrió durante el tiempo de vigencia de la póliza, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnización tanto respecto del asegurado como del tercero, por lo que, la limitación en el tiempo, es un contrasentido en materia de seguros ambientales, por lo que los mismos que deben ser con tiempos razonablemente amplios de acuerdo a la naturaleza de los daños ambientales, caso contrario, los seguros no serían lo suficientemente eficaces en materia ambiental, más aun si muchas veces el daño ambiental es de naturaleza continuada y se manifiestan mayormente con el tiempo.

#### **f) Los postulados clásicos de los seguros deben adecuarse a la naturaleza suigeneris del daño.**

Los postulados tradicionales de los seguros consistentes en : la aleatoriedad, identificación, mensurabilidad e independencia de los riesgos deben ser superados, a fin de que los seguros ambientales, sean eficaces para la reparación del daño ambiental, para lo cual la doctrina<sup>1177</sup>, recomienda la implantación de pólizas modernas que respondan a la esencia de los daños ambientales, para lo cual, deberán incluir en los seguros ambientales, los indicadores siguientes: “i) *Lo accidental y lo no accidental*, dado que la cubierta del seguro del daño puede ser accidental, esto es como hecho externo a la voluntad del asegurado y también cuando el daño no es accidental; ii) *lo súbito y lo no súbito*: en razón a que los daños cubiertos deben ser los que se originan simultáneamente al accidente como hecho generador, y también las consecuencias manifestadas gradualmente; iii) *lo previsto, lo no previsto, y lo esperado*, entendiéndose que debería configurarse como algo extraordinario que ocurriera al margen de los procesos normales de la instalación y además cubrir lo ordinario. Todas estas circunstancias, deben establecerse en las primas, y además debe tenerse en cuenta que los muchos veces los daños ambientales

---

<sup>1176</sup> La fijación de un límite temporal de naturaleza convencional de la reclamación del perjudicado, que constituye una especie de plazo de caducidad a la reclamación del perjudicado, y que funciona como presupuesto de la obligación de indemnizar del asegurado. El siniestro sigue siendo el mismo, el hecho causal, que tiene que verificarse durante el periodo de vigencia del contrato siendo que a los requisitos tradicionales de la obligación de los asegurados se suma el que la reclamación del perjudicado se haga dentro de un plazo determinado, distinto en cuanto a su naturaleza del plazo de prescripción de la acción. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “*Los Sistemas de responsabilidad Civil, en Tratado de Responsabilidad Civil*”, Op. Cit., pág. 697-717.

<sup>1177</sup> Las cláusulas de cobertura/exclusión el modelo básico de la póliza española: el modelo ISO (*insurance service office*) 1973-c.g.l. “*sudden and accidental*” son, pues, las palabras clave de determinar el desencadenamiento desde pleitos en los Estados Unidos al amparo de la legislación del CERCLA, pero que también han abierto otras fuerzas judiciales en diferentes países. Esta cláusula, junto con las de condiciones inglesas 1685, y todavía se sigue utilizando, fueron las que marcaron la redacción de otras estipulaciones posteriores que han desarrollado estos conceptos en forma más o menos afortunada. entendido en el marco de una política industrial, ya que las pólizas más antiguas no abordan en forma detallada los problemas derivados de la contaminación, esta cláusula, contempla junto con otras lesiones típicas, reza así: “*este seguro no se aplica: a los daños personales o materiales derivados de la descarga, dispersión, cuba o escape de humos, vapores, hollín, (fumes), ácidos, mitos tóxicos, líquidos o gaseosos, residuos votos irritantes, contaminantes o polucionan tés, en el interior o sobre la tierra la atmósfera o cualquier curso o masa de agua, pero esta exclusión no se aplica la descarga, versión, o escapesúbita y accidental*”, bien, no es el momento de citar los cientos de interpretaciones vertidas por los tribunales americanos sobre estas dos palabras de además corresponden a 50 jurisdicciones estatales distintas. De este modo, unas veces ha sido declarada fuera de esta cláusula, pero, también hay que decirlo, en otras importantes decisiones, se ha venido a reconocer la posición de los asegurados y han rechazado el siniestro, aunque, eso sí, después de incontables pleitos. PAVELÉN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit, pág. 321 -322.

no son de origen accidental, súbitos, incidentales, sino que debe tenerse en cuenta todas circunstancias, así como la causa remota al propio hecho generador del daño ambiental y a su manifestación en el tiempo casi siempre futura, cuyos efectos del daño ambiental casi siempre no son perceptibles hasta el momento dado en el que realmente se constatan.

Así, las pólizas de responsabilidad de las industrias han venido combatiendo tradicionalmente sin demasiados problemas, aunque con algunas discusiones conceptuales, aquellos siniestros de causa «accidentales» que se manifiestan en forma «inmediata o concomitante»<sup>1178</sup> cubriéndose sin grandes dificultades iniciales como garantía adicional en los seguros de responsabilidad civil de empresas, lo que no pasa respecto a los daños ambientales graduales, por lo que debe ser garantizada a través de pólizas específicas, como las denominadas internacionalmente EIL (*Environmental Impairment Liability*). Las distintas prácticas aseguradoras se han ido desarrollando en los contratos de seguros que, aun obedeciendo a un esquema común, presentan notables diferencias, por lo que los modelos de póliza de responsabilidad civil no son obviamente iguales; se podría decir la elaboración de las pólizas de seguro se realizan ponderando diversas circunstancias<sup>1179</sup>, pudiendo sufrir modificaciones para adaptarse a las peculiaridades de cada asegurado mediante la incorporación de cláusulas específicas o estipulaciones especiales, adecuando las mismas a la naturaleza del daño ambiental gradual.

En tal sentido, el seguro ambiental, se ha constituido en un dispositivo importante, pues se muestra como un mecanismo complementario de la responsabilidad por daños al medio ambiente y, a la vez, ventajoso tanto para la “víctima” cuanto para el responsable. Asimismo, teniendo en cuenta la brecha existente entre el daño indemnizable y los daños por contaminación regulada por el seguro, lo que podría ser motivo para no lograr la total indemnización de los perjudicados, se hace necesario que las empresas de seguros, para cubrir los daños ambientales, participen *en grupos de seguros del campo de la contaminación*, permitiendo una mayor cobertura del daño ambiental ofrecida por el seguro ambiental individual o tradicional, mereciendo toda la atención por parte de los Estados, incentivar su existencia cada vez más fuerte dentro del mercado de los seguros, para que contribuyan positivamente en la reparación del daño ambiental.

Tal como se observa, haciendo una comparación entre las limitaciones y las ventajas los seguros ambientales, considero que el resultado es ampliamente positivo en favor de su implementación para asegurar los daños ambientales. Al respecto, ÁLVAREZ LATA, se pronuncia, en el sentido que, tampoco hay que desconocer la evolución del sector; si antes la cobertura se proyectaba fundamentalmente a los daños tradicionales (patrimoniales y extra patrimoniales) causados por la contaminación y a los costes de medidas de evitación, neutralización o cesación del daño ambiental, con importantes exclusiones; en la actualidad, la cobertura se ha ampliado notablemente y abarca no sólo a los daños tradicionales sino a algunos aspectos del propio deterioro ambiental, daños a la flora y fauna, no así la pérdida de valor

---

<sup>1178</sup> Cuando estamos en presencia de contaminación o suelos o de aguas subterráneas, muchas veces el elemento accidental es extraordinariamente controvertido y la manifestación inmediata rara vez se percibe. Lo más habitual es que los vertidos depositados en los terrenos tengan un origen antiguo o difuso de fecha indeterminada y ocasiones en una contaminación del subsuelo que se propaga por los acuíferos cuyas consecuencias sólo se pueden percibir, salvo que se realicen estudios específicos, cuando han transcurrido varios años. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 317-321.

<sup>1179</sup> No son de extrañar las dificultades con las que se encuentra la industria aseguradora para afrontar una respuesta dada que permita, al tiempo que cumple una función social, mutualización la gestión del riesgo con unas ciertas perspectivas de rentabilizar la contratación de pólizas que cubran siniestros con una carga tan pesada. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 317-321.

ecológico, cultural, histórico o paisajístico, dentro de las condiciones particulares de cada póliza.<sup>1180</sup> Los seguros constituyen un gran apoyo no sólo para que las víctimas de los daños ambientales tengan alguna compensación segura, ante la ocurrencia del daño ambiental, y no quedar desamparados, en los momentos de apremio, sino también para las empresas que se dedican a las actividades ambientalmente riesgosas.

Se observa que, en los sistemas de responsabilidad civil ambiental, los seguros para la reparación de los daños ambientales tienden a imponerse para articular las garantías financieras<sup>1181</sup>. En la mayoría del derecho comparado, en el sistema de seguros, siguiendo a PAVELEV<sup>1182</sup>, los daños ambientales siguen sin recibir un tratamiento diferenciado, por lo que se debe normar un seguro, en donde, se establezca una póliza propia, moderna, con un clausulado más elaborado que brinde cobertura a los daños ambientales, y que se materialice a través de pólizas específicas referidas actividades concretas que se pueden evaluar, inspeccionar y revisar.<sup>1183</sup> En ese sentido, el seguro de responsabilidad civil resulta una verdadera exigencia del principio de eficacia en aquellos ámbitos en los que quienes desarrollan actividades generadoras de riesgos de efectos externos no están situados en la mejor situación para absorber y distribuir estos riesgos.<sup>1184</sup> Sin perjuicio, que se pueda accionar un proceso de responsabilidad civil, en donde el monto otorgado por la empresa aseguradora, por el principio de reparación integral, en todo caso dicho monto debe ser deducido del monto global de la indemnización total, en los casos en que este supere el monto de la suma asegurada.

De todo lo anotado, al no existir, en el sistema peruano de responsabilidad ambiental un seguro que cubra un daño al medio ambiente, en específico, se hace necesario la implementación de los seguros ambientales específicos y de naturaleza obligatoria, pues tal como se observa, su implementación es positiva en el derecho comparado. El seguro obligatorio en el derecho peruano, deberá adaptarse a las características *suigeneris* de los daños ambientales, las mismas que tienen que ser consideradas en las pólizas de responsabilidad civil por el daño ambiental, para que cubran de manera eficaz dichos daños: i) debe comprender un concepto amplio de daño ambiental que deben cubrir: daños a las personas, daño físico a la propiedad, el daño ambiental que comprende: costo de la remoción de medidas de limpieza, costos de reparación del daño ecológico puro; ii) debe tener en cuenta en las políticas de responsabilidad ambiental, especificaciones en cuanto a la cantidad máxima asegurable, por evento o por daño, los plazos y los límites territoriales de la cobertura; iii) debe considerar los casos de contaminación continuada y permanente, manifestada algunos años después de la emisión de una cierta sustancia, iv) los postulados

---

<sup>1180</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003, pág. 1740

<sup>1181</sup> Las distintas coberturas que el mercado habitualmente ofrece, los elementos conflictivos de esta clase de coberturas, y la estructura de las pólizas atendiendo a la complejidad formal de un seguro de responsabilidad civil todavía así si denominado, al tiempo que resaltando la manera en que el sector asegurador está respondiendo a estas necesidades, tanto otorgando cobertura a través de pólizas específicas que amparan la responsabilidad civil por los daños ambientales, como ofreciendo productos de seguros adaptados a las novedosas responsabilidades por daños ambientales así como sus modalidades de reparación. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Garantías Financieras (Art.24 a 34)*”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora) “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, Op. Cit., pág. 315 -317.

<sup>1182</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Garantías Financieras (Art.24 a 34)*”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora) “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, Op Cit, pág. 315 -317.

<sup>1183</sup> Cubrir el daño ambiental de actividades supone entender eventualmente la dimensión de la cobertura, puesto que los riesgos derivados de la empresa no se circunscriben a un emplazamiento concreto, sino que trasciende del recinto empresarial volviéndose a veces en algo incontrolable: tratamiento de residuos, transporte de sustancias peligrosas, comercialización de productos tóxicos en sí mismos, trabajo en propiedades ajenas. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Garantías Financieras (art.24 a 34)*”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora) “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, Op Cit, pág. 315 -317.

<sup>1184</sup> HEBRERO ALVAREZ, José Ignacio, *El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*, Op. Cit., pág. 41-73.

clásicos de los seguros deben adecuarse a la naturaleza *suigeneris* del daño; v) los seguros deben extender el ámbito temporal la cobertura de la póliza, vi) la posibilidad de implementar un seguro ambiental amplio, vii) la necesidad de la socialización de los riesgos ambientales.

#### 4.4.- El aval para el daño ambiental.

Otra forma complementaria de reparar el daño ambiental es el aval conseguido a través de una institución financiera, el mismo que consiste en anticipar los costes en el caso de que el avalado no asuma tal obligación para después ser reembolsado por éste. En el caso del aval, se trata de un garantía financiera de una modalidad opcional al seguro, en donde debe establecerse, entre otras condiciones: i) La cuantía de la garantía por el nivel de exposición de una instalación industrial en cuanto a su potencial peligrosidad frente a un escenario ambiental determinado, y ii) la garantía financiera, que podría pasar a configurarse como un seguro de daños a un medio ambiente concreto que puede verse afectado por la instalación a la que se le requiere el seguro<sup>1185</sup>. Estos requisitos, le deben permitir al avalado constituir la garantía para poder tener la posibilidad de contratar una póliza de seguro, esto es, se trata de una ayuda financiera de suma importancia, pues es la forma como el posible agente contaminador tendrá capacidad de reacción económica frente a la responsabilidad civil de cubrir un daño ambiental.

La diferencia fundamental, entre el seguro y el aval, se centra en la transferencia del riesgo a través la asunción económica de los costes en caso de siniestro. Por un lado el seguro encarna plenamente esta noción, al sustituir al asegurado en la posición de indemnizar a los perjudicados, donde el asegurador evalúa y analiza los riesgos a sufrir, a diferencia que el aval, anticipa los costes en el caso de que el avalado no asuma tal obligación para después ser reembolsado por éste y en donde la institución financiera examina la solvencia del avalado exigiendo contragarantías cuando así lo estime necesario<sup>1186</sup> y por tanto el aval tiene como consecuencia económica negativa que su consecuencia directa es que disminuye la línea de crédito otorgada a la empresa peticionaria, son los costes financieros que tiene que asumir el posible agente contaminador, frente a los beneficios implica la protección de las víctimas, y por tanto vale asumir dicho costo.

En el derecho peruano, la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA), establece el artículo 148, de la (LGA)<sup>1187</sup>, establece *un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones* que pudieran derivar por

---

<sup>1185</sup> Podría optarse por un seguro de caución que actuasen en un régimen similar al aval, aunque, en lugar de una institución financiera, sería el seguro el que en este caso presentaría la caución. Las sentencias aseguradoras para suscribir seguros de caución de garantías financieras podrían quedar resueltas si se advierte que la obligación no es pagar sino sufragar costes de reparación, prevención o evitación de daños ambientales. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANZA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 352-358

<sup>1186</sup> Nos centramos en la naturaleza del contrato, observamos que, al asegurador, en cuanto que se pone en el lugar del asegurado, puede llegar previo estudio del caso, a asumir otros costes (peritaciones, valoraciones, defensa jurídica) que el avalista no afronta, o bien arreglos extra-judiciales donde se haya examinado la cuestión de fondo: la responsabilidad. En este sentido, el perjudicado dispondrá también, en el caso del seguro, de un mecanismo que no existe en el aval, como es «la acción directa», de cuyos avatares no es momento de hablar, pero que sin duda otorga una garantía que en el mejor de los casos podría compadecerse con el requerimiento al avalista. Por otra parte, tanto el seguro como el aval acostumbra a formarse con una duración definida y su precio gira sobre distintos conceptos: A) La solvencia y cantidad avalada en el segundo caso, B) Los diferentes elementos que integran el riesgo a cubrir en el caso del seguro: daños potenciales por las sustancias manejadas, cantidad de las mismas, volumen de facturación, intensidad y frecuencia de los eventos dañinos, etc. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANZA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág. 352-358.

<sup>1187</sup> Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA). *Artículo 148.-* De las garantías. *Inciso 148.1* Tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales. *Inciso 148.2 (...)* mediante una o varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de

daños ambientales<sup>1188</sup>. Las mismas, que pueden ser de varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica del Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia, por lo que queda pendiente al legislador establecer como una de dichas modalidades de garantía el aval. Siguiendo el ejemplo de implementación del aval en la responsabilidad por el daño ambiental, es el derecho español, en donde en Ley de Responsabilidad Medioambiental, (LRM) española ha optado por establecer el aval, lo que implica que puede ser contratado por entidades autorizadas a operar en España y también implica la posibilidad de suscribir garantías con entidades financieras de países miembros de la Unión Europea que operen bajo el régimen de libertad de prestación de servicios<sup>1189</sup>. Lo cual la LRA significa un avance positivo para el sistema español de responsabilidad ambiental, y un referente importante a seguir en esta materia.

De todo lo anotado, se debe considerar el aval, como un complemento del sistema peruano de responsabilidad civil ambiental, por lo que queda pendiente al legislador establecer como una de dichas modalidades de garantía el aval. pues es un avance positivo para posibilitar que los agentes contaminantes estén respaldados financieramente ante la eventualidad de que sean responsables de reparar un daño ambiental.

#### **4.5.- Las garantías financieras de la responsabilidad por el daño ambiental.**

Desde una perspectiva realista, ÁLVAREZ LATA, sostiene, que la exigencia de responsabilidad civil por daños ambientales debería pasar por la necesidad de una garantía financiera de la reparación. Dos razones principales abogan por ello. La primera, la relevancia cuantitativa y cualitativa de los daños; a nadie se le escapa lo cuantioso de las indemnizaciones a causa del daño ambiental, ya sea por daños puramente ecológicos, en los que los costes de restauración del medio pueden hacerse insostenibles para el dañante. La segunda, la progresiva objetivación de la responsabilidad ambiental, que fomenta siempre la íntima relación del binomio responsabilidad civil y seguro.<sup>1190</sup>

Las garantías financieras, son una posibilidad a la que últimamente se está acudiendo, y constituye sin duda uno de los aspectos más novedosos que en el derecho se está legislando, consistente en que los operadores deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad o actividades que puedan desarrollar. La determinación de las garantías financieras implica realizar la monetización del riesgo, ya que el objetivo es fijar un monto que pueda aplicarse a la reparación de un daño ambiental. La ventaja es que no es necesario realizar una valoración muy precisa ya que el objetivo es fijar una cantidad del mismo orden de la magnitud que el coste del daño.<sup>1191</sup> Si bien es un tema complejo, el de valorizar a futuro el posible daño, no por eso

---

la Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N-28611.pdf>

<sup>1188</sup> “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”. Op. Cit., pág. 85.

<sup>1189</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANZA, Blanca (coordinadora), Op. Cit., pág.352-358.

<sup>1190</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia; “*Tratado de Responsabilidad Civil*”; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-España, 2003, pág. 1738.

<sup>1191</sup> Entre los diferentes procedimientos generales, pueden ser: i) *Identificación de la sustancia o agente contaminante*: cierto número de sustancias potencialmente contaminantes, evaluación de riesgos, posibles escenarios -sustancia, cantidad movilizada y probabilidad de ocurrencia, utilizar el de mayor daño entre los probables, el de mayor riesgo, etc.; ii) *Cuantificación del daño*: cantidad de sustancia movilizada, el medio difuso, determinar la extensión e intensidad de la contaminación en el medio receptor, aportando los modelos de difusos, se deben estimar las concentraciones de la sustancia contaminación en el medio receptor; iii) *Monetización del daño*: el método de los costes de reposición, ya que tratará de recursos naturales que lograron recuperarse, la



imposible, el cual se puede realizar a través de los métodos económicos que permiten la valorización de los daños ambientales.

En el derecho peruano, la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA), establece el artículo 148, de la (LGA)<sup>1192</sup>, referido a las garantías, en donde en el inciso 148.1, textualmente norma que: “tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales<sup>1193</sup>. Las referidas garantías pueden ser de varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica del Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. Por lo que se deja la posibilidad de los agentes contaminantes contraten, garantías financieras, que otorga el mercado financiero. No obstante, no se encuentran, en específico delimitadas las características de las referidas garantías, por lo que se hace necesario que el legislador peruano, llene de contenido este vacío normativo, con el fin de que las víctimas de los daños ambientales, estén protegidas de mejor manera, ante la ocurrencia de un daño ambiental.

En el derecho español, la Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRM) española, es un ejemplo positivo, al optar por legislar las garantías financieras, en donde hay presencia cada vez más importante del sector financiero general y de la banca seguros, en el ámbito de la responsabilidad por el daño ambiental, planteado como efecto de la violación del derecho administrativo regulador, pues esta garantía no cubre otras responsabilidades que pueden verse en las vías civil y penal. La LRM establece que los operadores de las actividades incluidas en el anexo III deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad o actividades que pueden desarrollar<sup>1194</sup>. Por lo que la LRM, ha sido selectiva respecto a que operadores de las actividades incluidas en el anexo III deberán disponer de una garantía financiera, siendo que el sistema de listas es un sistema limitado, debido a que lo óptimo sería que todas las actividades ambientalmente peligrosas deban estar cubiertas por garantías financieras de responsabilidad, que permita a todos los operadores hacer frente a la responsabilidad medioambiental.

En la LRM de España, la determinación de la garantía y responsabilidad que con ella fuera cubierta, se fijará para cada operador en la cantidad mínima que ha de quedar garantizada ante posibles deficiencias de responsabilidad<sup>1195</sup>, teniendo en cuenta: a) La naturaleza de la actividad y b) el criterio reglamentario

---

valoración de los servicios perdidos por el método basado en la demanda para después actualizar el flujo de las pérdidas a lo largo del periodo en que no se ha alcanzado el estado básico. CASTELLANO JIMÉNEZ, Esteban, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANZA Blanca (coordinadora), Op. Cit, pág. 87-388.

<sup>1192</sup> Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA). *Artículo 148.-* De las garantías. *Inciso 148.1* Tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales. *Inciso 148.2* Los compromisos de inversión ambiental se garantizan a fin de cubrir los costos de las medidas de rehabilitación para los períodos de operación de cierre, post-cierre, constituyendo garantías a favor de la autoridad competente, mediante una o varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. Concluidas las medidas de rehabilitación, la autoridad competente procede, bajo responsabilidad, a la liberación de las garantías. <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N-28611.pdf>

<sup>1193</sup> “*Normas de Protección de El Medio Ambiente*”. Op. Cit., pág. 85.

<sup>1194</sup> ESTEVE PARDO, José, “*Ley de Responsabilidad Ambiental Comentario Sistemático*”, Edit. Marcial Paris Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, Madrid-España, 2008, pág. 111.

<sup>1195</sup> La garantía financiera en la LRM española, establecen unos *supuestos de exención* de la obligación de constituir la garantía financiera, los mismos que en resumen son los siguientes: i) Operadores con un potencial de riesgo que la LRM cifra en la capacidad de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad inferior a 300.000 euros; ii) Operadores de actividades

fijado por el gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas. Esa cantidad mínima garantizada no implica que la responsabilidad tenga un límite en la cuantía, pues la doctrina española precisa, que la responsabilidad es ilimitada y se fija en función del daño, lo que cubre la garantía financiera en una cantidad determinada, pero si la responsabilidad lo sobrepasara sería exigible por supuesto más allá de sus cifras<sup>1196</sup>. En ese sentido, al establecer límites en la cuantía en las garantías financieras, determina que este sea un sistema complementario al de la responsabilidad civil al que haya lugar, pues sólo sirve para sufragar los costos de las medidas de prevención o reparación que se haya adoptado, en el ámbito del derecho administrativo regulador, no cubriendo otras responsabilidades que pueden verse en las vías civil o penal.

La doctrina, destaca que, de este modo se otorga un reconocimiento a estas fórmulas de autorregulación y autocontrol que alcanzan así efectos públicos y que la LRM ofrece una ocasión propicia para conectar estas fórmulas -que cubren aspectos de la protección medioambiental menos atendidos por los instrumentos más tradicionales- con la acción que se programa desde el ordenamiento jurídico<sup>1197</sup>. Si bien, se sostiene que la fórmula no es muy feliz, y que no se ha aprovechado en la medida de las posibilidades que ofrecía este instrumento financiero, al haber establecido los límites en las cuantías, y por qué se trata de un sistema aplicable, sólo para las responsabilidades de tipo administrativas a que haya lugar, más no a la responsabilidad civil. Al respecto, ÁLVAREZ LATA, precisa, que se han intentado otros mecanismos de garantía financiera, generalmente de carácter complementario. Es el caso de las finanzas ambientales, que se prestan previamente por ciertas actividades de impacto ambiental, en orden a garantizar las indemnizaciones por daño ambiental<sup>1198</sup>. Lo positivo de este sistema es que se enmarca dentro de la problemática de la reparación ambiental, en donde de lo que se trata es de reparar en lo posible el daño ambiental, siendo que, estas garantías financieras, serán compensadas al momento de la valuación del daño en la responsabilidad civil, y por tanto es parte de la solución que se busca, que finalmente es cubrir todos los efectos dañinos del daño ambiental, por lo que desde esa óptica se trata de una opción legislativas plausible.

Otro sistema que establece garantías financieras es el sistema americano CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* 1980), en donde los propietarios y gestores de buques e instalaciones están obligados a obtener garantías financieras<sup>1199</sup>, siendo que el establecimiento

---

susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad comprendida entre 300.000 y 2.000.000 euros que acrediten mediante la presentación de certificados expedidos por organismos independientes: sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS), sistema de gestión medioambiental (UNE-ENISO) (art. 283); iii) *Séptima Disposición Adicional*, en favor de la Administración del Estado, de las entidades locales y de sus organismos y entidades dependientes que pudieran realizar actividades materialmente similares a las de operadores privados y que con esta exención se verían liberados de un coste que por imposición legal tienen que asumir una carga para su competitividad; iv) *Disposición final cuarta*, la garantía solo será exigible cuando lo establezca una orden del Ministerio Del Medio Ambiente y se aprobó a partir del 30 abril 2010, tomando en consideración por medio de la Comunidad Europea la capacidad que muestran los mercados financieros. ESTEVE PARDO, José, *“Ley de Responsabilidad Ambiental Comentario Sistemático”*, Edit. Marcial Paris Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, Madrid-España, 2008, pág. 111-112.

<sup>1196</sup> ESTEVE PARDO, José, *“Ley de Responsabilidad Ambiental Comentario Sistemático”*, Edit. Marcial Paris Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, Madrid-España 2008, pág. 111-112

<sup>1197</sup> ESTEVE PARDO, José, *“Ley de Responsabilidad Ambiental Comentario Sistemático”*, Edit. Marcial Paris Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, Madrid-España, 2008, pág. 112-114.

<sup>1198</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia; *“Tratado de Responsabilidad Civil”*; en Reglero Campo, Luis Fernando, Asua Gonzáles, Clara, Bustos Lago, José Manuel, Gómez Calle, Esther, Ortí Vallejo, Antonio, Parra Lucán, M. Ángeles, Vicente Domingo, Elena, Yzquierdo Tolsada, Mariano; Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Navarra-2003, pág.1740

<sup>1199</sup> Para los buques las garantías deben cubrir más de 300 USD por tonelada bruta o 5 millones de USD si el buque excede de las 300 toneladas brutas. Para las instalaciones, la cantidad cubierta debe ser de hasta 2 millones para accidentes y de 6 millones USD para contaminaciones graduales no accidentales. En 1986 la ley permitió limitar la cobertura de las compañías de seguros a la

de las mismas cubre con sumas que permiten la reparación del daño ambiental, cuyas cantidades son millonarias y aun cuando se pueda, en materia de seguros, limitar la cobertura de las compañías de seguros a la cantidad expresamente reflejada en las pólizas, en la práctica, los tribunales condenan por cantidades superiores. El sistema americano, ha optado por el establecimiento de las garantías financieras a través de los seguros y otros mecanismos como las garantías bancarias, las reservas internas y los fondos sectoriales,<sup>1200</sup> por lo que el referido sistema norteamericano, constituye en un precedente importante respecto al establecimiento de garantías financieras obligatorias y por montos económicos altos, constituyéndose en un referente a seguir, en la construcción de un sistema de responsabilidad por el daño ambiental.

Tal como se observa, la implementación, de las garantías financieras de la responsabilidad por el daño ambiental, viene impregnado de aspectos socializantes, que no persiguen otra cosa más que poner en vigencia, el principio pro damnato y la regla general todos los daños ambientales, que las actividades ambientalmente riesgosas ocasionan, deben dar lugar a resarcimiento. Estamos, como sostiene HEBRERO, ante lo que se ha denominado como la “socialización del concepto de responsabilidad civil”, en cuanto a que el interés último de la sociedad es la de proteger a la víctima a fin de procurarle una reparación integral ante el daño causado.<sup>1201</sup> Una de las formas cómo se consigue la socialización del riesgo, es a través de la exigencia de contratar obligatoriamente garantías financieras, que junto con los seguros y los fondos, prácticamente indemnicen, hasta el límite exigido y contratado, a la víctima del daño ambiental, sin perjuicio, que las víctimas del daño ambiental, puedan también iniciar acciones de responsabilidad civil, con el fin de lograr en lo posible la reparación integral del daño ambiental.

Tal como se observa, el sistema de garantía financiera aplicado a la reparación del daño ambiental, como complemento de la responsabilidad civil ambiental, se trata de un mecanismo positivo para la reparación y restauración del medio ambiente afectado, ya que permite hacer frente al riesgo de pérdidas económicas por parte de las empresas y asegura la percepción del importe íntegro de la indemnización, al hallarse cubierta por una póliza. Por lo que, el sistema peruano de responsabilidad ambiental debe optar por legislar de manera específica y delimitando las características de las referidas garantías, llenando de contenido este vacío normativo, con el fin de que las víctimas de los daños ambientales estén protegidas de mejor manera ante la ocurrencia de un daño ambiental.

**4.6.- La creación de fondos en materia ambiental.** En el ámbito de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, tan importante es la reparación individual como la reparación colectiva; en ese sentido, hay fondos constituidos con carácter permanente, para indemnizar daños derivados de cualquier tipo de siniestro y también los hay de urgencia, los mismos que se constituyen de forma ocasional, para afrontar determinadas catástrofes de magnitudes particularmente graves, como sería el caso de los fondos que se establecieron en algunos países occidentales con ocasión del accidente de Chernóbil. Los fondos de

---

cantidad expresamente reflejada en las pólizas (algunos tribunales las habían condenado a cantidades superiores). SARA también les autorizó a formar grupos de reparto del riesgo y reasegura «*rafe retention groups*». ALONZO GARCIA, Enrique, “*Comentarios a la ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANZA, Blanca (coordinadora), Edit. Aranzadi, S.A., Primera Edición, Pamplona-España, 2008, pág. 38-40.

<sup>1200</sup> La responsabilidad, recae totalmente sobre los Estados miembros a quienes corresponde adoptar medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la Directiva (artículo 14 y Declaración Final de la Comisión, aneja a la Directiva). ALONZO GARCIA, Enrique, “*Comentarios a la ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANZA, Blanca (coordinadora), Edit. Aranzadi S.A., Primera Edición, Pamplona-España, 2008, pág. 38-40.

<sup>1201</sup> HEBRERO ALVAREZ, José Ignacio, *El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil*, Op. Cit., pág. 41-73.

naturaleza permanente<sup>1202</sup>, se han ido creando a fin de enfrentar de mejor manera la problemática de la reparación de los daños ambientales, los mismos que por su magnitud, a veces son imposibles de ser reparados individualmente. Por lo que, sostiene JARA<sup>1203</sup> además del seguro, la implementación del Fondo Común sería de gran ayuda cuando se supere dicho tope. Cabe resaltar que la creación de un fondo común tampoco sería una novedad. En Estados Unidos, por ejemplo, en el año 1980 se llegó a crear un Fondo de Sustancias Peligrosas, aunque a través de impuestos.

En el derecho peruano, Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA),<sup>1204</sup> no establece de manera expresa *la creación e implementación de un fondo común*, no obstante, deja abierta la posibilidad de constituir otras garantías aparte del seguro, como lo es el fondo común, el mismo que sería constituido entre todas las empresas de un determinado sector que se dediquen a realizar actividades ambientalmente riesgosas, ayudarán para reparar los daños ambientales cuya magnitud, no son posibles de ser reparados con un solo agente contaminante. En este contexto, sostiene JARA<sup>1205</sup>, *la creación e implementación de un fondo común*, constituido entre todas las empresas de un determinado sector que cuenten con el seguro, servirían para remediar aquellos daños ambientales significativos generados tanto en el presente como en el futuro. La implementación del Fondo Común sería de gran ayuda cuando se supere dicho tope, en ese sentido, contar en el derecho peruano, con fondo común, permitiría a las empresas desarrollar su actividad de forma más segura y confiable, evitando la generación de conflictos socio ambientales producto de los daños ambientales no remediados, puesto que apenas exista un daño o el inminente peligro de concretizarse, se tendrán las herramientas económicas para su inmediata reparación. Por lo expuesto, un fondo común, en el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, permitiría a las empresas desarrollar su actividad de forma más segura y confiable, pues frente a la ocurrencia de daño ambiental, el referido fondo cubrirá la reparación del mismo.

Antes de la creación de los fondos, ante la presencia de los daños ambientales, se aplicaban las tradicionales normas de responsabilidad civil, las mismas que resultaban insuficientes, por lo que como precisa la doctrina, hizo tomar conciencia a todos los Estados de la necesidad de unificar sus legislaciones mediante algún tratado o convención internacional, como, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, suscrito en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 (BOE 11/03/1982) comúnmente denominado *Convenio del Fondo (FUND/71)*<sup>1206</sup>, en donde se estableció por vez primera los fondos en materia de hidrocarburos.

---

<sup>1202</sup> En Holanda, por ejemplo, se constituyó en 1972 un fondo de indemnización para las víctimas de la polución atmosférica. En Japón, una Ley de 5 de octubre de 1973 introdujo la posibilidad de que las víctimas de perturbaciones físicas debidas a la polución obtuviesen la reparación, sobre todo, de los gastos médicos, de pensiones de invalidez, de alojamiento para personas que estuviesen al cuidado de las víctimas, entre otros. RODRÍGUEZ DOCAMPO, José, “*La Obligación de Indemnizar del Propietario del Buque – Tanque*”, Op. Cit., pág. 41.

<sup>1203</sup> JARA PALOMINO, Bryan Alberto “*Hacia un Seguro Ambiental Obligatorio*”, Instituto Peruano de Protección Ambiental. Disponible en: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015\\_04\\_1593\\_1631.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_1593_1631.pdf).

<sup>1204</sup> Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente (LGA). *Inciso 148.2.-* Los compromisos de inversión ambiental se garantizan a fin de cubrir los costos de las medidas de rehabilitación para los períodos de operación de cierre, post-cierre, *constituyendo garantías a favor de la autoridad competente, mediante una o varias de las modalidades* contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. Concluidas las medidas de rehabilitación, la autoridad competente procede, bajo responsabilidad, a la liberación de las garantías. <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N 28611.pdf>.

<sup>1205</sup> JARA PALOMINO, Bryan Alberto “*Hacia un Seguro Ambiental Obligatorio*”, Instituto Peruano de Protección Ambiental. Disponible en: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015\\_04\\_1593\\_1631.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_1593_1631.pdf).

<sup>1206</sup> RODRÍGUEZ D OCAMPO, José, “*La Obligación de Indemnizar del Propietario del Buque – Tanque*”, Op. Cit., pág. 42 - 43.

La creación de los fondos es la reafirmación de lo que se denomina una fórmula relativa de “*socialización de los daños*” o “*la socialización del riesgo*”, en la medida en que una clase o colectividad de eventuales causantes de daños adquiere, normalmente por imperativo legal, el deber de indemnizarse a las víctimas<sup>1207</sup>, siendo el fundamento central de los fondos colectivizar la responsabilidad civil, haciendo partícipes a todos los posibles operadores que con su actividad contribuyen de forma habitual a crear ciertos riesgos al medio ambiente y deben repararlos. Asimismo, las dificultades que presenta el mercado del seguro para adaptarse a las especificidades del daño ambiental obligan a plantearse nuevos sistemas de indemnización conjunta cuyo objetivo fundamental es facilitar la indemnización de los perjudicados y la reparación del daño ambiental, siendo una de las formas obtener una fuente de financiación muy singular en donde son los propios potenciales sujetos contaminantes los que, a través de cargas que se les imponen, sostienen financieramente un fondo<sup>1208</sup>. En ese sentido dichos fondos sirven para fortalecer el sistema de responsabilidad civil<sup>1209</sup>, pues el objetivo del fondo es garantizar que el responsable cumpla a cabalidad con el costo de la reparación ambiental.

*¿Y cuándo funciona el fondo?* El fondo actúa principalmente en las siguientes situaciones: i) Ante la ausencia de responsabilidad; ii) cuando el responsable sea insolvente; iii) ante la imposibilidad de demostrar el nexo causal; iv) cuando se presente una causa de exención de responsabilidad<sup>1210</sup>; v) cuando la economía del agente contaminador no cubre la magnitud del daño; vi) cuando el seguro no sea suficiente; vii) cuando el agente contaminante no es ubicable; viii) cuando la acción de responsabilidad no se pueda ejercitar, o por motivos diversos. Por lo que los fondos, son una salvación a las víctimas del daño ambiental, pues actúa como un sistema complementario de responsabilidad, para efectos de reparar el daño.

La doctrina señala asimismo algunos inconvenientes que el sistema presenta, la prueba de la relación de causalidad entre los agentes contaminantes y el daño no siempre es fácil, los costos burocráticos propios del funcionamiento de este tipo de fondos, la dificultad de definir los criterios de determinación de las tasas o aportaciones debidas a los diferentes agentes contaminantes, que los desembolsos entrañan una elevación de los precios de los bienes de consumo<sup>1211</sup>, entre otras dificultades. Al respecto, consideramos, que el tema probatorio de la relación de causalidad, se puede superar, como se ha demostrado en la presente investigación, más lo que no se puede superar es la falta de recursos para cubrir los daños ambientales, en ese sentido los fondos, son sumamente importantes a la hora de reparar el daño ambiental, ya que es imposible encarar la magnitud de los mismos de manera individual.

---

<sup>1207</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*”, 1º Edición. Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 85.

<sup>1208</sup> Podría pensarse, en cierta medida, que la *colectivización* o *mutualización* de la carga inherente a su funcionamiento lo convierten en una especie de seguro obligatorio. No obstante, existen serias diferencias: por una parte, el fondo está por encima de los límites anteriormente expuestos y así, por ejemplo, procederá a la reparación aun en ausencia de responsable o más allá de los montantes máximos fijados para el seguro. GOMIS CATALÁ, Lucía, “*Responsabilidad por Daños del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 294.

<sup>1209</sup> Relationship between Compensation Funds and Civil Liability System. The above brief analysis of the existing compensation funds shows that they differ so much that they defy any precise categorization as to their relation to the civil liability system. (...) In any case such funds serve to strengthen the civil liability system, introducing new mechanisms of compensation guarantee for pollution damage. SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter, « *La Politique De l'environnement-De La Règlementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments* », Op. Cit., page. 584-588.

<sup>1210</sup> GOMIS CATALÁ, Lucía, “*Responsabilidad por Daños del Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 295.

<sup>1211</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*”, Op. Cit., pág.88 – 89.

Por lo que, la existencia de los fondos, tiene muchas más ventajas que adversidades, siendo el mayor acierto, de la constitución de los fondos, el de ser un sistema alternativo o complementario al instituto de la responsabilidad por daños al medio ambiente, asimismo, la sencillez en el planteamiento de la reclamación, pues no pesa sobre la víctima los gastos, de una eventual prueba pericial<sup>1212</sup> y como un sistema complementario de la responsabilidad civil por el daño ambiental. En ese sentido, los fondos se constituyen para hacer frente a las responsabilidades asumidas,<sup>1213</sup> de manera colectiva, pues reducir la responsabilidad civil a la reparación sólo por el individuo de los efectos dañosos de sus actos, es desconocer la importancia del problema de la reparación<sup>1214</sup> de los daños ambientales, en donde por la naturaleza del mismo, es imprescindible “la socialización del riesgo”.

#### **4.6.1.- Clasificación de los fondos.**

Teniendo en cuenta las circunstancias en las que entran en operación los pagos de indemnización suplementaria o de responsabilidad civil<sup>1215</sup>, los fondos se pueden clasificar en: fondos complementarios, fondos administrativos, y fondos mixtos.

##### **A) Fondos complementarios.**

Esta categoría de fondos de compensación complementa el sistema de responsabilidad civil y entra en funcionamiento cuando la indemnización o compensación total no es factible obtener a través del sistema de responsabilidad. Funcionan, por ejemplo, cuando la persona responsable es insolvente, o el que contamina está exento de responsabilidad, o el daño exceda los límites de responsabilidad o límites de cobertura seguros.

##### **B) Fondos mixtos.**

---

<sup>1212</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*”, Op. Cit., pág.88 – 89.

<sup>1213</sup> El fondo (FIDAC), el mismo que se financia de las aportaciones de la industria petrolífera sobre la base del crudo importando, y está regido por un organismo dotado de personalidad jurídica, denominado Fondo Internacional de Indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos. RODRÍGUEZ D OCAMPO, José, “*La Obligación de Indemnizar del Propietario del Buque – Tanque*”; Op. Cit., pág.45.

<sup>1214</sup> Así se distinguen unos métodos indirectos y otros directos de la socialización de la responsabilidad. Entre los primeros se halla en primer lugar la aplicación a las personas jurídicas de la técnica clásica de la responsabilidad civil, y en especial el seguro de responsabilidad concertado por personas físicas. Como método directo de socialización del resarcimiento se halla el seguro social de accidentes de toda clase, intuido o incluso propuesto por la doctrina más avanzada, para eventos que hasta ahora nos han salido en sus efectos de la esfera del derecho privado. Sin llegar por el momento a la meta tan lejana del precedente inmediato, es indudable que instrumentos de la reparación colectiva de daños se encuentran en numerosas legislaciones de nuestros días, y también en la española. SANTOS BRIZ, Jaime, “*La Responsabilidad Civil*”, 4º edición, Montecorvo, Madrid. 1986. pág.301.

<sup>1215</sup> The first subcategory would comprise cases where the liability has been established under the civil liability system but the liable person is incapable of meeting his obligation to provide compensation, or his insurance is insufficient. The second subcategory would comprise cases where the liability has not been established even though the polluter has been identified, because the polluter has been exempted from liability, or the established limits of liability, are exceeded (...). The second category of compensation funds are administrative funds which work independently of the civil liability system and come into operation when not only compensation but also a claim via the civil liability system is impossible. This includes cases where, for example, the polluter cannot be identified, or cases of ecological damage which is either not recoverable or no person with legal interest to claim it exists. Thus, compensation is possible because of administrative intervention which provides reserves to the funds. While the first category of compensation funds supplements civil liability, this category of compensation funds replaces the civil liability system, enabling compensation in cases where the civil liability system offers no remedy. Many of the existing compensation funds are of a mixed nature, providing compensation both in cases where civil claims are possible and in cases where compensation through the civil liability system is not possible. SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter, “*La Politique De l’environnement-De la Réglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments*”, Op. Cit., page. 601- 603.

Muchos de los fondos de compensación existentes son de carácter mixto, pues ofrecen una indemnización en los casos en que las demandas civiles no sean posibles, y también en los casos que la reparación tampoco sea viable a través de la responsabilidad civil. Son fondos creados por los agentes privados, y también por los Estados. Tal como se aprecia, la fórmula mixta es la más idónea por su amplitud de aplicación tanto como sistema complementario del sistema de responsabilidad civil, como del sistema regulatorio, pues mientras más distribución del riesgo y más socialice el mismo, más posibilidades existirá de que el daño ambiental finalmente sea reparado.

### **C) Fondos de naturaleza pública o fondos administrativos.**

Los fondos administrativos, entran en funcionamiento cuando un reclamo de indemnización a través del sistema de responsabilidad civil es imposible, esto es cuando el sistema de responsabilidad civil no ofrece ninguna solución a la reparación de los daños ambientales cuando el agente contaminante no puede ser identificado, cuando los daños ecológicos no son recuperables, cuando ninguna persona con interés jurídico puede reclamar, en estos casos, corresponde la intervención administrativa a través de la indemnización a través de la reserva de los fondos. En ese sentido la constitución de fondos se trata de una reserva técnica materializada en inversión financiera respaldada por el sector público, con el fin de asegurar la reparación integral del daño ambiental.

En el derecho nacional encontramos diversos fondos administrativos, como en los Países Bajos, los Estados Unidos o Japón<sup>1216</sup>, tales fondos garantizan la protección del medio ambiente contra daños específicos, como la contaminación por petróleo o la contaminación de aire de diversa índole, así tenemos:

i) *El fondo de contaminación del aire* (Países Bajos-1972) financiado por los mayores operadores contaminadores del aire y cubre los daños resultantes y la contaminación atmosférica procedente de eventos súbitos y actúa básicamente como un subsidiario, en donde primero, se deben presentar las reclamaciones de responsabilidad civil en contra del contaminador real u otras formas a disposición para obtener una indemnización y una vez agotado dicho sistema, si no se logra la reparación del daño ambiental, se recurre al fondo;

ii) *El fondo de compensación por contaminación a la salud* <sup>1217</sup>(Japón-Ley de Compensación por Daños Debido a Contaminación Ambiental), que da apoyo a las personas que han sufrido algún daño causado por contaminación a la salud.

---

<sup>1216</sup> Ainsi, aux Pays-Bas, aux Etats-Unis ou au Japon, de tels fonds garantissent la protection de l'environnement contre des dommages spécifiques, tels que la pollution par des hydrocarbures ou la pollution de l'air. Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En (Ouvre Du Droit De L'environnement*, Sous la direction de SANDRINE MALJEAN-DUBOIS, « *L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-respect* », Op. Cit., page. 168-171.

<sup>1217</sup> In Japan a compensation scheme which gives assistance to persons who have suffered certain pollution-caused health damage was established in 1973 by the Pollution-Related Damage Compensation Law. The 1973 Law creates two classes of regions and related diseases: Class I regions where air pollution related diseases are compensated and Class II regions where diseases related to specific toxic substances are compensated. As to the damages for which compensation may be obtained, the 1973 Law lists types of expenses for which compensation is available for certified victims. These include primarily compensation for medical treatment and disability. Victims of designated areas must establish eligibility for compensation for pollution-related health damage by an examination before a local Health Damage Certification Council. (...)SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter; « *La Politique De L'environnement-De La Reglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments* », Op. Cit., page. 589- 591;

iii) *El fondo para el ruido del tráfico aéreo*,<sup>1218</sup> (Francia 1973). Fondo financiado con gravámenes pagados por todas las empresas que utilizan el aeropuerto de París, el mismo que compensa a las personas que viven alrededor de los aeropuertos de París, que viven en las áreas más afectadas, quienes tienen la opción de solicitar una indemnización por la instalación de los sistemas de aislamiento acústico, o para comprar otra propiedad, en otro lugar.

iv) *El sistema obligatorio de compensación*<sup>1219</sup> (Suecia-1989). Fondo financiado por todas las empresas que realizan actividades peligrosas, y que prevé una indemnización a las personas que han sufrido contaminación en los casos en que el contaminador real no puede ser identificado, la parte responsable es insolvente o el derecho a indemnización ha prescrito.

v) *Fondos que garantizan la protección de los daños ecológicos específicos*, (Los Países Bajos, los Estados Unidos o Japón). Son fondos especiales realizados con las contribuciones de quienes contaminan, para reparar los daños ambientales en los casos en que el real contaminador no pueda ser identificado y en el caso de daños ecológicos específicos, como la contaminación por hidrocarburos.

vi) *El Fondo Fiduciario de Responsabilidad de Substancias Peligrosas (Comprehensive Response, Compensation and Liability Act, CERCLA-EEUU-1980)*. Conocido como *Superfund*<sup>1220</sup>, fondo federal financiado por el impuesto ambiental general de las corporaciones estadounidenses de petróleo crudo y de diversos productos químicos, para la limpieza ambiental (retiro y rehabilitación) de sitios químicos y vertidos tóxicos. La Agencia de Protección Ambiental (EPA), es la autoridad responsable de la aplicación de la CERCLA, y quien utiliza el dinero del *Superfund* para responder a emergencias y para la limpieza de sitios contaminados. El *Superfund*, fue modificado por las enmiendas de 1986 y por el Acta de Reautorización (SARA), en donde, amplía la responsabilidad a una gama de personas asociadas a un sitio contaminado, los mismos que pueden ser considerados partes potencialmente responsables objetiva y solidariamente, los mismos que incluyen a los propietarios actuales o los operadores del sitio, a los

---

<sup>1218</sup> i) En France, on redoute que de tels mécanismes aboutissent à de- responsabiliser les pollueurs. Mais divers *fonds d'indemnisation*, susceptibles d'intervenir à titre de compléments de réparation et dans les cas où le pollueur est impossible à identifier ou insolvable, ont été envisagés. (...) Jean-Louis BERGEL, « *Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En (Ouvre Du Droit De L'environnement, Sous la direction de SANDRINE MALJEAN-DUBOIS, « L'Effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-respect* », Op. Cit., Page. 168-171 ; ii) in France the Fund for air traffic noise, which compensates persons living around the Paris airports, was established in 1973. The persons who live in the most affected areas have the choice to claim compensation for the installation of sound-proofing systems, or to apply for their property to be purchased, or for resettlement. The Fund is financed by levies paid by all air companies using the Paris airports. SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter, « *La Politique De L'environnement-De La Réglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments* », Op. Cit., page. 589- 591.

<sup>1219</sup> In Sweden in 1989 a new compensation scheme came into force. The scheme provides compensation to persons who suffered pollution damage in cases where the actual polluter cannot be identified, the liable party is insolvent or the right to indemnity under the 1986 Environmental Damage Act is statute-barred. Thus, like the Netherlands fund, the Swedish scheme acts in a subsidiary capacity. The scheme is financed on a mandatory basis by all enterprises carrying out dangerous activities. Contributions are fixed according to the type of enterprise and its size. SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter, « *La Politique De L'environnement-De La Réglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments* », Op. Cit., page. 589- 591.

<sup>1220</sup> CERCLA. In the United States the Hazardous Substance Liability Trust Fund, known as the Superfund, a federal fund financing environmental clean-up (removal and restoration) measures of toxic chemical dumping sites, was established under the (CERCLA) Comprehensive Environmental Response Compensation Liability Act-1980. The Superfund is funded basically by taxes on crude oil and various chemicals, a general environmental tax on American corporations, as well as by recourse against responsible parties. The Environmental Protection Agency (EPA), the authority responsible for implementation of CERCLA, uses the Super-fund money to respond to emergencies and to clean up sites contaminated in the past. Federal action on such sites is limited to cases where the responsible parties cannot be identified or fail to take necessary action. Civil liability is used to recover costs when potentially liable parties can be identified for particular sites. SERSIC, Maja, BOTHE, Michael, SAND, Peter, « *La Politique De L'environnement-De La Réglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments* », Op. Cit., page. 591- 594.



propietarios anteriores o a los operadores del sitio, a los transportistas que trajeron sustancias peligrosas a un sitio y los generadores de los desechos, y en consecuencia pueden ser demandados por la EPA, ante el Departamento Federal de Justicia.

vii) *El fondo de compensación de daños medioambientales del consorcio de compensación de seguros.* (LRM- España) Dicho fondo actúa como segunda línea de cobertura, complementario a la responsabilidad civil, financiado con las aportaciones de los operadores privados de control del seguro, mediante un recargo de la prima de fondo, el mismo que es administrado y gestionado por el consorcio de compensación de seguros<sup>1221</sup>. Fondo de garantía de insolvencia, para la asunción de la cobertura de daños ambientales, en los mismos términos y condiciones, cuando el asegurado haya sido declarado en concurso o sujeto a un procedimiento de liquidación, opera también con capacidad del *pool* español de riesgo medioambientales, contribuyendo de forma indirecta a que los operadores puedan ser asegurados con sociedades solventes<sup>1222</sup> y cuyas condiciones deberán detallarse en el reglamento, como por ejemplo, si se le otorga algún tratamiento fiscal especial, de acuerdo al pasivo del balance<sup>1223</sup>, entre otras especificaciones. Fórmula legislativa que constituye un referente importante a seguir, pues a través de este fondo se garantiza la insolvencia de los operadores de control del seguro, constituyéndose en un valioso auxilio, frente a la insolvencia del asegurado.

viii) *Fondo estatal de reparación de daños ambientales.* (LRM-España). Fondo de naturaleza pública gestionado por el Ministerio de Medio Ambiente, financiado con recursos procedentes de los presupuestos generales del Estado, de naturaleza complementario a la responsabilidad civil, opera cuando no procede la aplicación del régimen general de responsabilidad ambiental; el mismo que es restringido a sufragar los costes derivados de las medidas de prevención, evitación y reparación de los bienes ambientales de dominio público de titularidad estatal<sup>1224</sup>; por lo que su ámbito de actuación queda delimitado a dichos supuestos concretos.

ix) *Los fondos internacionales de indemnizaciones por los daños causados por el transporte marítimo de hidrocarburos, los fondos nucleares, etc.* El establecimiento de los fondos de indemnización conjunta, han experimentado una amplia acogida a nivel internacional fundamentalmente en el ámbito de: la contaminación marina por hidrocarburos<sup>1225</sup>, contaminación nuclear, para los daños ocasionados por la

---

<sup>1221</sup> ESTEVE PARDO, José, “*Ley de Responsabilidad Ambiental- Comentario Sistemático*”, Edit. Marcial Paris Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, Madrid-España 2008, pág.111-112.

<sup>1222</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit, pág.-359.

<sup>1223</sup> PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit, pág.352-358.

<sup>1224</sup> En el derecho español (...). En esta línea, es en el punto 2 del art. 14 donde encontraremos el ámbito de operación del Fondo Estatal. En tal sentido, el operador no estaría obligado a emprender las acciones de reparación (que correrán con los bienes cubiertos, a cargo del Fondo, si demuestra, corriendo con el *onus probandi*, la concurrencia de dos elementos: a) Que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia; b) Que concurre alguna de estas dos circunstancias; c) Que la emisión o el hecho dañoso constituye el objeto de esa y específico de una autorización, ajustándose estrictamente a términos de la misma, lo que en cierto modo constituye un daño tolerados, d) Que, asimismo, pruebe que las actividades causantes de los daños no eran potencialmente perjudiciales en el momento de ser realizadas con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en esa época, situación que encaja en el conceptual de riesgos del desarrollo. PAVELEN ZAMORA, Eduardo, “*Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*”, LOZANO CUTANDA, Blanca (coordinadora), Op. Cit, pág.359-363.

<sup>1225</sup> El Fondo Internacional De Indemnización Contaminación Marina Por Hidrocarburos. i) *Financiación:*(Art. 10)Contribuciones iniciales anuales pagaderas por las personas de los Estados contratantes que importen o reciban determinadas cantidades de hidrocarburos al año; ii)*Acceso Al Fondo:* :(Art. 4.1)Cuando en Convenio de 1969 no prevea responsabilidad alguna por el año en cuestión, el responsable o su garantía financiera seas incapaces de reparar por razones financieras o cuando se superen los límites cuantitativos previstos en el Convenio de 1969 para el responsable y su garantía financiera; iii)*Excepciones:*(Art. 4.2)Cuando el daño es consecuencia de un hecho de guerra o fue ocasionado por un barco de guerra o por un

producción o por el vertido de residuos<sup>1226</sup>, etc. Destaca los fondos internacionales de indemnizaciones por los daños causados por el transporte marítimo de hidrocarburos (Convenio Internacional de 18 de diciembre de 1971, como complemento del Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad civil en materia de hidrocarburos), asimismo los fondos nucleares, etc.<sup>1227</sup> Se trata de sistemas complementarios al sistema de responsabilidad civil, toda vez que, todo lo que no es posible de ser reparado por dicho sistema, será reparado en el ámbito regulador administrativo a través de la constitución de los fondos internacionales, los mismos que compensarán el daño ambiental. Siendo así, el sistema de fondos constituye un precedente a seguir en lo positivo que tiene cada uno, siendo necesario crear muchos más fondos de contingencia de naturaleza obligatoria, para todos los casos de contaminación ambiental, que complementen los mecanismos de reparación de responsabilidad civil por el daño ambiental.

De todo lo anotado, se puede afirmar que la reparación del daño ambiental, constituye un nuevo reto para el derecho civil, problema aún por resolver en la responsabilidad civil, pues la misma, está pensada para indemnizar los daños tradicionales y no bienes ambientales. El relieve que adquiere es cada vez más en la sociedad moderna; el medio ambiente exige superar *las dificultades de una valuación adecuada del daño ambiental*; y la necesidad de ofrecer una idónea reparación por los daños ambientales los mismos que por su naturaleza *suigeneris*, no tienen valor en el mercado.

Se observa que, es casi unánime la posición del derecho comparado, en el sentido que, de lo se trata en materia de responsabilidad civil por el daño ambiental, es colocar a la víctima, lo más lejos posible de la posición que habría estado si el daño ambiental no habría ocurrido, debiendo el responsable del daño ambiental, asumir la responsabilidad de restaurar o restablecer los bienes ambientales afectados o los sustituya por otros equivalentes, de modo que se logre una situación real lo más parecida posible a la existente antes del daño ocasionado. Para ello, se debe recurrir a formas muy creativas y no convencionales de reparación del daño ambiental que, de alguna manera, logren recomponer, restaurar o compensar el daño ambiental. Para lo cual se debe optar por considerar todos los criterios existentes que el derecho moderno propone al momento de valorar el daño, partiendo de un concepto amplio de daño ambiental, que capte toda la magnitud de los daños ambientales, el mismo que debe comprender: 1) *Al ser humano*: existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: patrimonial y extra patrimonial. **i)** Respecto *del daño patrimonial*: a) el daño emergente y b) el lucro cesante, y **ii)** respecto al *daño extra patrimonial*: a) *los daños personales por los daños ambientales*: el daño biológico o físico causado por el daño ambiental, los daños personales que afectan a colectivos ocasionados por el daño ambiental, el daño moral ocasionado por el daño ambiental: tanto los daños morales espirituales o psíquicos por el daño ambiental como los daños morales por el truncamiento de las *expectativas personales o pérdida de oportunidad*; y b) *el daño moral colectivo* por efectos del daño al medio ambiente: el daño moral ecológico. 2) *El daño ambiental puro*: **i)** El daño al medio ambiente y los intereses colectivos; **ii)** *el daño emergente y el lucro cesante* del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro: a) El daño emergente del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro; y b) el lucro cesante del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente

---

barco del gobierno sometido a servicios no comerciales y cuando no se puede demostrar que el daño es consecuencia del siniestro de uno o más barcos; iv) *Límites: Cuantitativos*: (Art. 4.3) 135 millones U.C/ siniestro sumado a la indemnización pagada en virtud del Convenio de 1969. 135 millones U.C/ siniestro en caso de fuerza mayor, 200 millones U.C/ siniestro cuando tres partes contratantes representan una cantidad anual mayor o igual a 600 millones de toneladas de crudo; v) *Acción*: (Art. 6) 3 años desde que se ha producido el daño. 6 años desde la fecha del siniestro. GOMIS CATALA, Lucía, Op. Cit., pág. 298 – 300.

<sup>1226</sup> GÓMEZ, Fernando, “*La responsabilidad Civil por Daño Ecológico: Ventajas, Costes Y Alternativas*”, Op. Cit., pág. 14-15.

<sup>1227</sup> Ver capítulo v, de la presente investigación, sobre convenios sectoriales, y el establecimiento de los fondos internacionales.

puro; **iii)** *la reparación del daño moral* por el daño ambiental: a) el daño moral individual por daño al medio ambiente; b) la reparación del daño moral ecológico y **iv)** *La reparación de otros daños extra-patrimoniales* por el daño al medio ambiente: las molestias a consecuencia del daño ambiental.

Por lo que la reparación del daño ecológico puro, puede hacerse de los siguientes modos: i) Compensando el menoscabo por medio de un equivalente en dinero; ii) restableciendo materialmente el estado de cosas que existía antes del acto dañoso o reparación *in natura*; iii) La compensación del daño al medio ambiente puro; y a través de nuevas formas de reparación que se adecuen a la naturaleza del daño ambiental, como: i) medidas reparatorias primarias; ii) medidas complementarias; iii) medidas compensatorias; iv) las medidas de reconstitución, restablecimiento o restauración; v) la reparación de bienes equivalentes; vi) la evaluación "forfait aire" del daño ambiental; vii) la evaluación equitativa de los daños; viii) la evaluación realizada por los organismos encargados de la gestión de cada bien ambiental; ix) la negociación directa con el autor del daño; x) los métodos de determinación del valor por indemnizar; xi) los métodos de valoración desarrollados por la economía ambiental: a) Métodos como el coste de viaje (CV); b) Los precios hedónicos (PH); xii) limpiar las consecuencias de la contaminación; xiii) el costo de una acción razonable para prevenir o minimizar el daño ambiental y los costos razonables incurridos en el restablecimiento del medio ambiente dañado. Entre otros métodos, que se adecúan a la naturaleza del daño ambiental, de manera que sea posible su reparación.

Asimismo, la evolución de la denominada "socialización de los riesgos" se viene manifestando como complemento de la responsabilidad ambiental, a través de la implementación del sistema de fondos, los seguros, las garantías financieras y avales lo que implica un sistema de responsabilidad civil, cuyo objetivo es la "protección de la "víctima" de los daños ambientales. Por lo que, tanto el sistema de fondos, conjuntamente con la implementación de seguros de carácter obligatorio, las garantías financieras y avales, son mecanismos, de suma importancia, para que los agentes contaminantes, respondan con eficacia los daños ambientales. En ese sentido, en el sistema peruano de responsabilidad ambiental, el legislador debe llenar de contenido los vacíos normativos advertidos, en especial a través de la implementación de seguros obligatorios, específicos y de naturaleza amplia, que respondan a la naturaleza peculiar de los daños ambientales, así como normar expresamente sistemas de garantías financieras, avales y fondos, que cubran las diversos tipos de daños ambientales, y de esa manera evolucionar al nivel del derecho moderno en esta materia, a fin de lograr un sistema eficaz de responsabilidad ambiental, que permita la reparación de los daños ambientales.

## CAPITULO V

### “La Responsabilidad Internacional por los Daños Transfronterizos”

#### Primera Parte

#### “Las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo desde la perspectiva del derecho internacional”

El mundo es testigo de que las actividades ambientalmente riesgosas, en el estado actual de los conocimientos humanos, representan un riesgo excepcionalmente grave para el ser humano y para el medio ambiente. Actividades que, para los Estados, son consideradas indispensables para su desarrollo, principalmente por las implicaciones en el crecimiento económico, necesarias para su bienestar, y representan a su vez un grave riesgo al medio ambiente. Las referidas actividades ejercidas especialmente en los campos relacionados con la industrialización, la explotación irracional de los recursos naturales, el aprovechamiento de los recursos petroleros, el desarrollo y la utilización de la energía atómica, la construcción de fábricas de productos químicos, el transporte de residuos sólidos tóxicos y de hidrocarburos, la construcción y explotación de reactores nucleares con fines pacíficos, actividades espaciales, entre otras. Las mismas que lejos de aportar al bienestar de la población mundial, vienen minando las capacidades naturales del planeta, y lo que es más grave aún, han originado un fenómeno mundial “*el daño ambiental transfronterizo*”, el mismo que por su magnitud, tiene efectos catastróficos en el medio ambiente del conjunto de la comunidad internacional

El paradigma de catástrofe ambiental transfronterizo, es sin lugar a dudas el ocurrido el 26 de mayo de 1986 en la ciudad de Chernobil, perteneciente a la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, durante el ensayo del reactor número IV, desencadenado por la falla de los procedimientos de la seguridad y como resultado de este descuido, ocasionó la reacción en cadena del reactor, saliéndose de control, creó una enorme explosión, con graves efectos en los seres humanos<sup>1228</sup> y en el medio ambiente no solo para el Estado de origen, sino también para otros Estados víctimas. Así, las nubes contaminadas por la radiación se movieron desde la ciudad de Chernóbil hasta Suecia, Austria, Suiza y otros países, con efectos seriamente calamitosos en la salud de las personas, así, como graves efectos al mundo natural, a la fauna y la flora<sup>1229</sup>. Catástrofes ambientales como la de Chernóbil, y otras más, vienen alertando al derecho internacional, acerca de la inexistencia de un sistema de responsabilidad internacional general, obligatorio y absoluto, que obligue a los Estados, a encarar de manera directa la reparación de los graves daños ambientales transnacionales y que responda a interrogantes como: ¿Cuál es la respuesta del derecho internacional frente a la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo?, ¿sólo los agentes contaminantes particulares deben ser responsables directos de reparar la pérdida o el daño ambiental transfronterizo?, ¿qué tipo de responsabilidad deben asumir los Estados de origen de los daños ambientales transfronterizos?, ¿es posible jurídicamente que un daño ambiental transfronterizo pueda ser

---

<sup>1228</sup>La hospitalización de 299 personas por irradiación, como consecuencia de los niveles de radiación alta dentro de un radio de 20 kilómetros, 135 000 personas tuvieron que ser evacuadas por un período indefinido, la evacuación de 12.000 habitantes, la paralización de toda actividad agrícola en la zona y un costo de pérdidas ascendente a 16 mil millones de francos belgas a los países de la OCDE.FOY, Pierre, VERA, GERPUIGÁN, NOVAK, Fabián; NAMIHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Op. Cit., pág.185-190.

<sup>1229</sup>La nube radiactiva llegó a Suiza el 30 de abril de 1986, donde una mayor radiación fue notada primero mediante la medición de equipos en Europa occidental, asimismo, los vientos del este transportaron radiación a Europa Central. De igual manera, la lluvia ácida, en el Ticino resultó más grave, pues midió entonces 50.000 becquerel de cesio 137 por metro cuadrado; además la región de Lago de Constanza (con un máximo de 10.000 becquerel) y el Arco Jurasiano fueron también afectados. <https://www.swissinfo.ch/spa/suiza-y-chernobil--quedan-preguntas/5004394>

considerado un hecho internacionalmente ilícito?. Problemática, que exige articular una respuesta adecuada por parte del derecho internacional<sup>1230</sup>, acorde a la trascendencia y magnitud de los efectos catastróficos del daño ambiental transfronterizo, enfocado a partir del rol protagónico que los Estados deben asumir en materia de responsabilidad internacional ambiental.

Se observa, que aun cuando el principio de responsabilidad internacional viene paulatinamente adquiriendo nuevas dimensiones, especialmente por las graves catástrofes ambientales con trascendencia internacional, la introducción y aplicación del concepto de responsabilidad internacional en materia ambiental, es relativamente nuevo en materia de responsabilidad ambiental, y está menos elaborado que en el derecho interno<sup>1231</sup>. Ello ha determinado, que si bien, los Estados han reconocido ampliamente la protección del medio ambiente, se observa que el derecho internacional, esta se ha enfocado mayormente, a nivel del cumplimiento del principio de prevención, de la debida diligencia y de la obligación ámbito preventivo, y precautorio del daño ambiental transfronterizo, más que del ángulo reparador de los daños ambientales transfronterizos.

La relatividad del concepto de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, más allá de su jurisdicción o control territorial, parece haber sido objeto de una cierta elaboración en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia internacional, en donde solo en casos aislados, se ha desarrollado el principio de responsabilidad internacional de los Estados. Por lo que, para comprender el desarrollo, y evolución del concepto de la responsabilidad y prever su configuración futura en el derecho internacional, resulta útil partir del análisis de la práctica jurisprudencial, en donde se responsabiliza a los Estados de origen, por los daños ambientales transfronterizos, y se le les obligado a pagar una indemnización en favor del Estado víctima, asuntos relevantes por la trascendencia jurídica para el derecho internacional. Se observa, que las prácticas jurisprudenciales en materia de responsabilidad internacional ambiental, se tratan de resoluciones, relativas a conflictos internacionales, emitidas, tanto a nivel de arbitrajes internacionales, como a nivel de la Corte de Justicia Internacional CJI, razón por la cual ameritan a ser analizados en relación a la responsabilidad internacional en materia ambiental

A nivel de la labor de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI)<sup>1232</sup>, se observa, que los trabajos realizados, en materia de responsabilidad internacional por “los actos no prohibidos” han determinado la elaboración de sistemas de responsabilidad basados en la obligación de prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en donde se traza como principal objetivo, que el Estado de origen debe de adoptar todas las medidas de naturaleza preventiva para la no ocurrencia de un daño transfronterizo sensible. Ejemplo de ello, es el Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la CDI (2001) y el Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006). El problema es que hasta la fecha aún no logran dar una respuesta adecuada y eficaz en materia de responsabilidad internacional en materia ambiental, pues los mismos se enfocan mayormente desde

---

<sup>1230</sup>Si se tiene en cuenta que los tratados internacionales de protección del medio ambiente regulan y protegen, a menudo, intereses comunes de la sociedad internacional, el incumplimiento adquiere especial gravedad, siendo no sólo un problema para el estado responsable del incumplimiento, sino para toda la sociedad internacional en su conjunto. BORRAS, Susana, “*La aplicación del Derecho Internacional del medio ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat (Eds.), *Derecho Internacional del medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, 2011, pág.75-82.

<sup>1231</sup> FOY, Pierre, VERA, Germán, NOVAK, Fabián; NAMIHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Fondo Editorial PUCP, pág.185-190.

<sup>1232</sup> Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en adelante CDI.

el ángulo de la prevención, más que de la reparación del daño. Situación que ha determinado, cierto escepticismo respecto al tema de la de la responsabilidad ambiental, por parte de algunos miembros del CDI. Así, el señor YAN-KOV<sup>1233</sup> ha calificado el tema como una “*zona crepuscular*” del derecho internacional debido a que entraña cuestiones para las que aún no existen respuestas bien definidas por su alta complejidad, y también en esa misma línea de opinión, el señor ROUKOUNAS,<sup>1234</sup> precisa que esta situación, se debe en especial a la dificultad de definir el límite entre lo lícito y lo ilícito en la que se encuentran las actividades no prohibidas por el derecho internacional.

A nivel del sistema de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, materializado en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001), se sostiene la tesis que resulta inadecuado para resolver la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos, entre otras razones, porque: i) Este sistema de responsabilidad se fundamenta en violación de una obligación internacional por parte de los Estados <sup>1235</sup>, y aún no existe una norma internacional, de naturaleza general y obligatoria, que obligue de manera directa a los Estados a reparar los referidos daños ambientales transfronterizos, pues sólo existen normas de protección ambiental enfocadas mayormente en el ámbito preventivo y no reparador; ii) porque los Estados sólo responden por sus propios en el sistema general de responsabilidad internacional, encontrándonos con el problema de la atribución de un comportamiento de los actores privados al Estado; pues es notorio que los daños ambientales transfronterizos son mayormente ocasionados por los privados; iii) en el sistema general de responsabilidad internacional, la responsabilidad tiene su origen en la comisión de un *hecho ilícito*, por lo que no se admite la responsabilidad producto de actividades lícitas; iv) la dificultad de probanza del *double test* de la diligencia debida de los órganos del Estado; v) desde el punto de vista del elemento objetivo del hecho ilícito internacional, es que la aplicación de las obligaciones internacionales en materia de responsabilidad ambiental, sólo tienen naturaleza primara, esto es, no tiene correlato de una norma secundaria que obligue su cumplimiento, ello ha determinado que exista incertidumbre respecto a su obligatoriedad; vi) el interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos”. Toda esta problemática, que amerita ser analizada *in extenso* en la presente investigación, por las importantes repercusiones jurídicas en el ámbito de la responsabilidad ambiental.

Tal estado de cosas conlleva a concluir que la normativa internacional en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, no estaría aun suficientemente bien desarrollada en el derecho internacional, observándose, que aún no existe una respuesta adecuada para encarar con eficacia la problemática referida a la reparación de los daños ambientales transfronterizos y que dicha respuesta se encuentra en desarrollo constante. Problemática jurídica que motiva abordar el tema de la

---

<sup>1233</sup> El Sr. YAN-KOV, afirma que lo que se trata es de determinar dónde se halla la línea divisoria entre el daño y la no ilicitud y se pregunta: i) ¿Qué actos no prohibidos por el derecho internacional crean la responsabilidad internacional?; ii) ¿Cómo se ha de equilibrar la libertad de los Estados dentro de sus propios límites con la obligación de abstenerse de injerencias dentro de los límites de otros Estados? Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1981, Volumen. I, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, pág. 228.

<sup>1234</sup> A este respecto, se pueden distinguir por lo menos tres tipos de situaciones: i) cuando una actividad que antes era lícita; va cambiando progresivamente de categoría jurídica en ilícita; ii) cuando las actividades lícitas están reglamentadas por convenciones especiales; iii) cuando las actividades lícitas están reglamentadas por una convención general. Véase “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo periodo de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág 222-223.

<sup>1235</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 32.

responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, por su importancia y trascendencia para los seres humanos y para el medio ambiente, con el fin de contribuir en su análisis en la búsqueda constante de que en un futuro cercano, el derecho internacional logre mayores estándares de madurez y seguridad jurídica en materia responsabilidad internacional ambiental y un tratamiento adecuado a la reparación del daño ambiental transfronterizo a través de un sistema responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos, de naturaleza general, obligatorio y absoluto, para lo cual es necesario analizar la problemática de la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, en el presente capítulo, en tres líneas de análisis principales a saber : A) las particularidades que presenta el daño ambiental transfronterizo desde la perspectiva del derecho internacional; B) las limitaciones que plantea la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, para reparar el daño ambiental transfronterizo; y por último, proponer las bases teóricas para apuntar: C ) hacia un sistema responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos de naturaleza general, obligatorio y absoluto.

### **1.1.- Las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos**

En principio, el derecho ambiental internacional es el conjunto de normas y principios de aplicación general que tiene por objeto regular la conducta de los Estados y las organizaciones internacionales y de sus relaciones recíprocas, al igual que algunas de sus relaciones con otras personas naturales o jurídicas para lograr un ambiente saludable y el desarrollo sostenible.<sup>1236</sup> Por lo que, el derecho internacional en materia ambiental comprende, mayormente a un conjunto de normas jurídicas que reglamentan el ejercicio de las competencias de los Estados en el uso y explotación sostenible de los recursos naturales.

En atención a ello, corresponde analizar, tanto las normas internacionales en sus dos manifestaciones más importantes: *En primer lugar*, las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos de naturaleza vinculante: a) Las normas internacionales establecidas en convenios o tratados, b) las normas internacionales consuetudinarias; c) los principios generales del derecho internacional ambiental, d) el acto unilateral de un Estado y *en segundo lugar*, las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales sin naturaleza vinculante y el fenómeno del “*soft law*”, en materia de responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos.

#### **1.1.1- Las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambiental transfronterizos de naturaleza vinculante.**

Tal como ya se anotó, el derecho internacional ambiental comprende, mayormente a un conjunto de normas jurídicas que reglamentan el ejercicio de las competencias de los Estados en el uso y explotación sostenible de los recursos naturales. Estas normas jurídicas internacionales reguladoras de la protección ambiental son producto de la voluntad de los Estados que se manifiesta, esencialmente, a través de los tratados internacionales, convenios, protocolos, acuerdos, y asimismo, en costumbres internacionales.<sup>1237</sup>

---

<sup>1236</sup> ANDALUZ WESTREICHER Carlos, “*Manual de Derecho Ambiental*”, Editorial IUSTITIA S.A.C., Perú, 2011, pág. 896.

<sup>1237</sup>BORRAS PENTINAT, Susana, “*Los Regímenes Internacionales De Protección Del Medio Ambiente*”, Edit. Tirant La Blanch, Primera Edición, Valencia-España, 2011, pág. 21-29. Ver: GLENDER, ALBERTO y LICHTINGER, Víctor, “*La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente e Investigación*”, Edit. Fondo de Cultura Económica. Secretaría de Relaciones Exteriores, 1era edición, 1994, México, 422 p.; LAZARO CALVO, Trinidad, “*Derecho Internacional Del Medio Ambiente*”, Edit. ACTLER, primera edición, Barcelona –España, 2005; PIERRE, FOY y Otros,

Normas internacionales, emitidas con un marcado carácter de protección y tutela sobre el medio ambiente, en el ámbito de la protección ambiental, especialmente desde el ángulo preventivo y precautorio, más que en el ámbito de la reparación de los daños.

Aunque el Derecho internacional del medio ambiente se configura generalmente como un Derecho flexible, el núcleo fundamental de la normativa ambiental internacional alcanza, en ocasiones, los caracteres de un derecho “fuente”, que presenta perfiles jurídicos del máximo rigor: *hard law*. El núcleo duro de la normativa internacional sobre el medio ambiente, correspondiente a la protección de intereses fundamentales de la humanidad, aceptados y reconocidos por la Comunidad internacional en su conjunto, se configura, así como un auténtico *ius cogens*. Se trata de normas que tiene por objeto la defensa de los intereses más esenciales de la comunidad de Estados en su conjunto: la protección y salva guarda de la biosfera, que constituye la expresión primigenia del “patrimonio común de la humanidad”.<sup>1238</sup> Y cómo precisa ANDALUZ,<sup>1239</sup> ello se explica por qué las relaciones internacionales descansan en un orden legal, operan dentro de un marco legal, y se realizan presuponiendo y asumiendo un conjunto de conceptos y principios de naturaleza legal que orientan y limitan el comportamiento de los Estados.

La doctrina internacional reconoce, por lo general, que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CJI) contiene el listado de las fuentes de Derecho Internacional que son las mismas del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Al respecto, el mencionado artículo indica que: “la Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: i) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; ii) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; iii) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.”<sup>1240</sup> Por lo que las fuentes del Derecho internacional del medio ambiente, tienen las características particulares de este sector especializado del ordenamiento internacional confieren a los procesos de formación de normas unos rasgos peculiares, así, la acción legislativa de carácter preventivo, amplia participación de Estados y otros agentes, instrumentos legales suficientemente flexibles para adaptarse al ritmo de los cambios científicos y tecnológicos y medios efectivos para asegurarse al ritmo de los cambios científicos y tecnológicos y medios efectivos para asegurar su cumplimiento.<sup>1241</sup> Así, el artículo 12, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) de la Comisión de Derecho Internacional (CJI) señala que hay violación de una obligación internacional cuando el hecho de que se trata no está en conformidad con lo que exige esa obligación «sea cual fuere el

---

“Derecho Internacional Ambiental”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Instituto de estudios Ambientales, Fondo Editorial, Lima, 2003, pág. 1219.

<sup>1238</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 48-51.

<sup>1239</sup> Esta reglas y principios tienen como finalidad primordial lograr y mantener la paz social a nivel mundial, y, ahora bien, la consecuencia de la paz supone algo más que impedir o resolver beligerancias entre Estados, deben también crearse las condiciones materiales para evitar tensiones, fundamentalmente lograr el bienestar mundial o cuando menos la satisfacción de las necesidades humanas básicas. (...)ANDALUZ WESTREICHER Carlos, “*Manual de Derecho Ambiental*”, Editorial IUSTITIA S.A.C., Perú, 2011, pág. 895.

<sup>1241</sup> La doctrina ha subrayado que el modelo voluntarista de producción de normas, característico del Derecho internacional clásico, puede resultar inadecuado para un sector que tiene sus propias exigencias; a saber. Ello ha contribuido también a potenciar el papel de los procedimientos normativos informales, que han alcanzado en este campo un desarrollo espectacular, JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 53-54



origen (...) de esa obligación». La CDI <sup>1242</sup> precisa, que de este artículo se desprende que es de aplicación general, esto es extiende a todas las obligaciones internacionales de los Estados, sea cual fuere su origen. Las obligaciones internacionales tienen como fuente una norma consuetudinaria de derecho internacional, pues la expresión «sea cual fuere el origen» de la obligación se refiere a todas las fuentes posibles de obligaciones internacionales, es decir, a todos los procesos de creación de obligaciones jurídicas reconocidos por el derecho internacional, entre ellas las normas consuetudinarias de derecho internacional, ello en armonía con lo establecido en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas que subraya la necesidad de respetar «las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional», como lo es tradicionalmente las normas consuetudinarias.

Por lo que corresponde examinar, a continuación, las normas de responsabilidad internacional que articula el derecho internacional para resolver la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos de naturaleza vinculante, establecidas: i) A nivel de convenios o tratados internacionales; ii) las normas internacionales consuetudinarias; iii) los principios generales del derecho internacional que inciden en la responsabilidad internacional ambiental por los daños ambientales transfronterizos; iv) los actos unilaterales de los Estados, en los que asumen responsabilidad internacional.

#### **1.1.1.1.- Las normas internacionales establecidas en *convenios o tratados***

El tratamiento de la responsabilidad por daños transfronterizos, en el derecho internacional, ha evolucionado mayormente en los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente a través de la práctica convencional, en donde se han establecido, sólo excepcionalmente la responsabilidad directa, y mayormente, regímenes internacionales que optan por la responsabilidad civil de los explotadores privados como mecanismo de solución, para la reparación de los daños ambientales transfronterizos. Los Tratados o Convenios Internacionales son las principales fuentes de DIP, debido a que contienen compromisos expuestos asumidos por los sujetos, destinados a producir determinados efectos jurídicos. Así, las cuestiones relativas a los efectos de la contaminación y otros impactos ambientales transfronterizos sólo afectan inicialmente a los intereses de los Estados lesionados y tienen, en la mayoría de los casos, una dimensión jurídica puramente bilateral. Más los impactos producidos sobre los espacios comunes del planeta, que por definición carecen de dueño singular, ponen en causa intereses colectivos de la Comunidad de los Estados en su conjunto, cuya protección requiere normas más tajantes e imperativas. De este modo, la flexibilidad que las normas ambientales pueden mostrar en la tutela de los intereses estatales individuales trastocan necesariamente en rigor y severidad cuando se trata de proteger los intereses ecológicos colectivos.<sup>1243</sup> En atención a lo anotado, una simple consulta de cualquiera de los repertorios al uso nos dará la medida de la impresionante envergadura que este paquete convencional ecológico ha adquirido en nuestros días, conformando un entramado contractual que constituye el principal elemento de la normativa internacional en la materia. Con todo, hay que subrayar que los tratados existentes presentan un carácter sectorial y a veces, un objeto específico muy concreto, no existiendo ningún convenio multilateral general que se ocupe de los diversos aspectos de la proyección del medio ambiente en su conjunto. En los referidos convenios, la tendencia general mostrada por los Estados, es evitar asumir la responsabilidad internacional directa por los daños ambientales transfronterizos. Así, en los regímenes convencionales sectoriales, relativos a la realización de “actividades no prohibidas” por el

---

<sup>1242</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 57.

<sup>1243</sup> JUSTE RUIZ, José, “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Mc Graw-Hill, Madrid, 1999, pág. 48-51.

derecho internacional, que conllevan un riesgo de producción de daños ambientales transfronterizos de gran magnitud, se prevén mecanismos de compensación a través de la responsabilidad objetiva<sup>1244</sup>, con independencia de que operadores y perjudicados sean particulares o Estados, la misma que es canalizada hacia los operadores de la actividad privada, en atención a la aplicación del “principio quien contamina paga”. Estos convenios son sectoriales: En el ámbito de la energía nuclear, en el ámbito de los hidrocarburos, en el ámbito del transporte de mercancías peligrosas, en el ámbito de los residuos peligrosos, y en el ámbito de accidentes industriales en las aguas transfronterizas. Y otros de carácter general, sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de las actividades peligrosas para el medio ambiente.

Así tenemos, que los referidos convenios, integran los siguientes sistemas de responsabilidad: A) El Sistema sobre Responsabilidad Civil sobre Daños Nucleares, integrado a su vez por dos sistemas: a) A nivel global, se adoptó la Convención en Viena el 21 de mayo 1963<sup>1245</sup>, sobre responsabilidad civil sobre daños nucleares y sus protocolos complementarios y b) A nivel europeo: la Convención sobre la Responsabilidad Civil de París en 1960<sup>1246</sup>, y sus protocolos complementarios; B) El Sistema sobre Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos, establecido en la Convención Internacional de Bruselas de 1969<sup>1247</sup> y convenios complementarios; C) El Sistema de Responsabilidad sobre Contaminación de las Aguas Marítimas, Lagos y Ríos, establecido en: a) El Convenio sobre Polución otras sustancias nocivas y potencialmente peligrosas adoptado en 1996 en el marco del Convenio de la OMI sobre responsabilidad de indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas<sup>1248</sup>; b) La Convención de Helsinki sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convenio de protección de agua) Helsinki 1992<sup>1249</sup> y el Protocolo sobre Responsabilidad Civil y compensación por daños causados por los efectos de los daños transfronterizos causados por los accidentes industriales en buques sobre aguas transfronterizas (mayo de 2003 en Kiev<sup>1250</sup>); D) El Sistema sobre responsabilidad civil por los daños derivados de las actividades de transporte internacional de sustancias o residuos peligrosos, establecido en

---

<sup>1244</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), Derecho Internacional del medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica, Editorial Cameron May, Londres, 2011, pág. 106-116.

<sup>1245</sup> La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500_sp.pdf)

<sup>1246</sup> Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear, Modificado por el Protocolo Adicional de 28 de enero de 1964, por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982 y por el Protocolo de 12 de febrero de 2004, París, 29 de julio de 1960, OCDE-NEA, <https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf>

<sup>1247</sup> Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>.

<sup>1248</sup> Convenio sobre Polución otras sustancias nocivas y potencialmente peligrosas adoptado en 1996 en el marco del Convenio de la OMI sobre responsabilidad de indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, Londres, 3 de mayo de 1996, OMI-ONU, <https://www.imo.org/es/OurWork/Environment/Pages/London-Convention-Protocol.aspx>; [https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/02/1996-HNS-Convention\\_s.pdf](https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/02/1996-HNS-Convention_s.pdf)

<sup>1249</sup> La Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2000/04/04/pdfs/A13849-13857.pdf>

<sup>1250</sup> Protocolo sobre Responsabilidad Civil y compensación por daños causados por los efectos de los daños transfronterizos causados por los accidentes industriales en buques sobre aguas transfronterizas, Kiev, 21 de mayo de 2003, ONU, [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-16&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-16&chapter=27&clang=_en); <https://www.dipublico.org/11375/protocolo-sobre-registro-sobre-emisiones-y-transferencia-de-contaminantes-kiev-21-de-mayo-de-2003/>

el Convenio de Basilea<sup>1251</sup> de 1989 y su protocolo y E) El Sistema de responsabilidad sobre la responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente, establecido en el Convenio de Lugano<sup>1252</sup> del 21 de junio de 1993. Los mismos, que se encuentran en constante desarrollo, a través de nuevos protocolos o acuerdos, por parte de los Estados.

Tal es la preocupación de los Estados por perfeccionar estos sistemas de responsabilidad, que existen, trabajos de uniformización y armonización en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente y los convenios internacionales sectoriales en materia de responsabilidad civil, por daño al medio ambiente. Así, a finales de los años ochenta la Comunidad Europea, el Consejo de las Naciones Unidas, el UNIDROIT, la OMI y el PNUMA frente a la marcada heterogeneidad que existente entre las distintas legislaciones estatales en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente, como los convenios sobre responsabilidad civil adoptados en los sectores de la energía nuclear y de los hidrocarburos, empezaron a unir esfuerzos en la elaboración de convenios u otros instrumentos normativos, algunos de carácter genérico y otros de carácter sectorial, tendientes a uniformizar el derecho de los Estados con relación a esta materia<sup>1253</sup>. Si bien tienen de común que establecen el régimen de responsabilidad civil objetiva para los privados, no obstante, para los casos en los que no resulte operativo dicho mecanismo reparatorio se establece un sistema complementario de seguros y de fondos de compensación, en donde los Estados contribuyen a dichos fondos, que permiten reparar los daños ambientales transnacionales de manera complementaria, sin asumir la responsabilidad directa por dichos daños ambientales.

Los tratados que establecen la posibilidad de que los Estados asuman responsabilidad, y que abordan la cuestión a partir de la “responsabilidad directa de los Estados”, por los daños ambientales transfronterizos, no abundan y no son generales.<sup>1254</sup> A este tipo de convenios, pertenece al día de hoy el tratado Sobre la Responsabilidad Internacional por daños causados por objetos espaciales hecho en Londres, Moscú y Washington, 29 de mayo de 1972<sup>1255</sup>, en donde en el artículo 2 de dicho convenio<sup>1256</sup>, se establece que “el Estado de lanzamiento tiene la responsabilidad absoluta por los daños causados por el objeto espacial sobre aeronaves en vuelo o a su regreso a la superficie terrestre”. Esto es, se trata de la asunción de responsabilidad de tipo absoluta por parte del Estado de lanzamiento, por tanto, por los daños causados

---

<sup>1251</sup> Convenio de Basilea, Basilea, 22 de marzo de 1989, ONU, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=XXVII-3&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-3&chapter=27&clang=_en), <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>

<sup>1252</sup> Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21 de junio de 1963, CEE, <https://rm.coe.int/168007c079>

<sup>1253</sup> En cambio, en lo que no coinciden es respecto a la posibilidad de no reclamar la responsabilidad internacional del Estado que la actividad generadora de los daños. Así, mientras que los instrumentos no hacen ninguna referencia expresa a la responsabilidad internacional del Estado; otros sí, aunque sea parcial y también los hay que hacen remisión expresa a las normas de Derecho internacional públicos sobre la responsabilidad. VANAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronterizada Derivada de Residuos*”, Edit. Universidad Santiago de Compostela, 2006, pág.73-99.

<sup>1254</sup> ROJAS QUIÑONES, Claudia María, “*Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación En Colombia*”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1ra Edición, 2004, Perú, pág. 157-164.

<sup>1255</sup> CONVENTION ON INTERNATIONAL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY SPACE OBJECTS (1979). Article II.- A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object in the Surface of the earth or to aircraft in flight. Convention on the international liability for damage caused by space objects, London, Moscow and Washington, 29 March 1972, ONU, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20961/volume-961-I-13810-English.pdf>

<sup>1256</sup> CONVENTION ON THE INTERNATIONAL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY SPACE OBJECTS, London, Moscow and Washington, 29 March 1972, ONU, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20961/volume-961-I-13810-English.pdf>

por el objeto espacial sobre aeronaves en vuelo o a su regreso a la superficie terrestre,<sup>1257</sup> la misma que se asume independientemente de la licitud o ilicitud del acto que dio origen al daño ambiental transfronterizo. De esta manera, los Estados asumen responsabilidad directa por los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo, y excepcionalmente, a los daños ambientales transfronterizos, resultantes de dichas actividades, otorgándose a la parte lesionada la posibilidad de optar por presentar una reclamación directa ante el Estado.

Debe precisarse, que la responsabilidad, asumida en el tratado sobre la Responsabilidad Internacional por daños causados por objetos espaciales, no obstante, que es excepcional, es por vez primera que los Estados reconocen su responsabilidad directa, por lo que se trata de un gran avance normativo en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales, aun cuando es el único caso, que se tenga conocimiento, de un tratado multilateral que prevé este tipo de responsabilidad. En ese sentido, dicho tratado, constituye un referente sumamente importante a seguir, en la construcción de un futuro sistema de internacional de los Estados en donde asuman responsabilidad directa y absoluta en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos. La posibilidad que los Estados asuman responsabilidad absoluta y directa, no es un anhelo que no pueda ser materializado, pues ya es una realidad. Siendo las características principales, de dicha responsabilidad, como lo precisa ARBOUR,<sup>1258</sup> las siguientes: a) Es independiente de la licitud o ilicitud del acto que causó el daño ambiental transfronterizo, y b) lo único que importa es el nexo de causalidad entre el daño y la actividad contaminante del Estado de origen. Siendo ello así, al tratarse de peculiaridades, acorde a la naturaleza del daño ambiental transfronterizo, se hace necesario, la multiplicación de tratados como el referido, en donde los Estados de origen de un daño ambiental transfronterizo, asuman, la responsabilidad absoluta y directa por los costos ambientales y personales significativos, que ocasionan un daño ambiental transfronterizo.

#### **1.1.1.2.- Las normas internacionales consuetudinarias**

El desarrollo del derecho internacional tiene un origen en costumbres internacionales, las mismas que han ido evolucionando a través del tiempo, y han sido, con el transcurrir del tiempo, sistematizadas en tratados, convenios, acuerdos. Por lo que la costumbre internacional es definitivamente la primera fuente formal de derecho internacional que surgió en la historia y en el tiempo de constitución del derecho internacional.<sup>1259</sup> El papel de la costumbre internacional se presenta de una forma algo compleja, que requiere una explicación particular, por la escasez de reglas consuetudinarias específicas. JUSTE, sostiene que, considerando la dimensión específica y singular, es decir, como una regla resultante de una práctica reconocida como derecho, la costumbre internacional ofrece por el momento escasa presencia en el

---

<sup>1257</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), *Derecho Internacional del medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, 2011, pág. 106-116.

<sup>1258</sup> “Une traite internationale peut, par exemple, faire assumer aux Etats participants les risques éventuels d'une activité légitime; c'est le cas, assez unique et exceptionnel doit-on souligner, de la *Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux* adopté le 29 novembre 1971<sup>26</sup>. L'article 2 de cette convention dispose qu'un Etat de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage cause par son objet spatial a la surface de la terre ou aux aéronefs en vol c'est le seul cas, à notre connaissance, ou une traite multilatérale prévoit une responsabilité objective ou pour risque a la charge de l'Etat contractant”. ARBOUR, Jean-Maurice. Sophie Lavalée, «*Droit International De L'environnement*», Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec-Canada, pág.720- 722.

<sup>1259</sup> URIBE VARGAS, Diego y CARDEMÁS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, “*Derecho internacional ambiental*”, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, pág. 142 .[http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho\\_ambiental/files/assets/basic-html/page142.html](http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho_ambiental/files/assets/basic-html/page142.html).

terreno ambiental, dado que existen una serie de dificultades estructurales que dificultan su aparición<sup>1260</sup>. No obstante, considerada en una dimensión más genérica y global, también que la costumbre internacional está llamada a convertirse en un importante eslabón del Derecho internacional está llamada a convertirse en un importante eslabón del Derecho internacional del medio ambiente, sobre todo como soporte de los principios generales de este sector del ordenamiento internacional. En efecto, pese a las dificultades antes invocadas, no cabe duda que existe ya en este campo una práctica internacional cada día más desarrollada, que no deja de ofrecer precedentes concretos, algunos de ellos bien conocidos, susceptibles de generar reglas consuetudinarias.<sup>1261</sup> Por todas estas razones, el derecho consuetudinario se ha mostrado como una fuente de importancia en la formación de reglas ambientales. Los Estados en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, a través de la práctica, han reconocido normas consuetudinarias en el plano del derecho ambiental, entre ellas, el deber de no causar perjuicio a los legítimos intereses de otros Estados, lo que implica la prohibición de la realización de prácticas de gestión que pudieran causar perjuicios sensible transfronterizo (*sic utere tuo ut alienum nom leadas*).<sup>1262</sup> La doctrina, es unánime en reconocer a la costumbre como fuente de Derecho Internacional en el plano ambiental internacional, no obstante, en materia ambiental, la mayor parte de los acuerdos ambientales está asentado en fuentes convencionales, es decir en tratados.

En ese sentido, la responsabilidad internacional también que puede fundarse en el incumplimiento de sus *obligaciones y deberes de origen consuetudinario*. Así, por ejemplo, el deber de llevar a cabo un control y vigilancia de las actividades que tanto los órganos estatales como los particulares desarrollan bajo su jurisdicción, sobre todo cuando éstas puedan dar lugar a daños y consecuencias perjudiciales de carácter transfronterizo, y, por otro lado, el deber de prevenir que estas actividades produzcan o puedan llegar a producir daños transfronterizos. Estas obligaciones generales de diligencia de los Estados encuentran su fundamento en el principio general de *derecho consuetudinario* basado en la utilización no perjudicial del territorio.<sup>1263</sup> Esta norma, podría ser aplicable en los casos en que, no habiendo ningún convenio de tipo sectorial respecto del tipo de actividad ultrarriesgosa, y se ocasione un daño ambiental transfronterizo, se podría invocar esta norma.

Entonces, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados, la violación de una norma consuetudinaria internacional, puede dar origen a la responsabilidad internacional de los Estados, esto es, su responsabilidad puede fundarse en el incumplimiento de sus obligaciones y deberes de origen

---

<sup>1260</sup>La naturaleza misma de la regla consuetudinaria se acomoda mal a las exigencias y necesidades específicas del Derecho internacional del medio ambiente: *En primer lugar*, porque la norma consuetudinaria carece de la flexibilidad necesaria para adaptarse a la diversidad y evolutividad de las situaciones y carece también de la capacidad de reacción rápida, necesaria para acompañarse a la celeridad con que los cambios se manifiestan en el terreno ambiental. *En segundo lugar*, porque las reglas consuetudinarias que han aparecido en este sector, son a menudo demasiado genéricas y no contienen estándares de conducta precisos que puedan servir de pauta para evaluar su cumplimiento por parte de los Estados. JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 60-61.

<sup>1261</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 62.

<sup>1262</sup> Igualmente, es pertinente recordar que la relación entre la costumbre y los tratados es dinámica, a menudo basada en elementos de interdependencia mutua. De tal modo que: “La costumbre puede incluirse en tratados, y a la inversa, de la negociación de un tratado puede surgir una norma consuetudinaria. VERA ESQUIVEL, German, “*Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Aras Editores, Primera edición, Perú, 2011, pág. 74-75.

<sup>1263</sup> Principio, formulado expresamente en el principio núm. 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y reafirmado por el principio núm. 21 de la Declaración de Río de 1992, según el cual “los Estados tienen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza derivada de Residuos*”, Editorial Servizo de Publicacións de Universidades de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, España, 2006, pág. del 74 - 80.

consuetudinario o mejor dicho en la violación de una norma consuetudinaria internacional, al que los Estados, deben respetar por su observancia obligatoria. Así, la obligación impuesta por la norma consuetudinaria consistente en que “toda violación de una obligación internacional comporta el deber de reparar”, implica que, en materia de responsabilidad ambiental, el Estado que vulnere una obligación internacional de derecho internacional en materia ambiental, tiene la obligación de reparar el daño ocasionado como producto de dicha violación.

De igual manera en los trabajos de la CDI, concerniente al Texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se hace referencia al derecho internacional consuetudinario, en el artículo 18, inciso a) que dichos artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación de los Estados de conformidad con los tratados pertinentes o con las normas del *derecho internacional consuetudinario*. La CDI sostiene que <sup>1264</sup>, dicha norma tiene por objeto dejar claro que dichos artículos se entienden sin perjuicio de la existencia, aplicación o efecto de cualquier obligación de los Estados en virtud del derecho internacional relativa a una acción u omisión a la que estos artículos se aplican. Y que la referencia en el artículo 18 a cualquier obligación de los Estados abarca tanto las obligaciones estipuladas general, las obligaciones convencionales y del derecho internacional consuetudinario.

Se observa, que las normas consuetudinarias, son reconocidas mayormente por los Tribunales Arbitrales Internacionales, o por Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), o por los mismos Estados, en los casos en donde los Estados se obligan unilateralmente. A efectos de desarrollar el concepto de responsabilidad internacional en las normas consuetudinarias, recurrimos al análisis del caso *Asunto de la Fundición de Trail*, suscitado entre el Estado de Canadá y los Estados Unidos, ocurrido en el año de 1928<sup>1265</sup>, considerado como el *locus classicus* de los principios jurídicos aplicables a la responsabilidad del Estado por actos de contaminación, se consolidó la norma consuetudinaria consistente en la obligación o deber de diligencia, fundada en el hecho de que si el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan actividades perjudiciales para otro Estado y no las detiene o controla, debe presumirse que ha descuidado “la obligación de diligencia”; punto de partida para poder responsabilizar a los Estados. Como se observa, el Tribunal construye un régimen de responsabilidad, basado en el incumplimiento de la obligación de diligencia, por lo que, en puridad se trata de un sistema que se desarrolla a partir del incumplimiento de la obligación de prevención de los daños, y no específicamente, en la obligación de reparar el daño ambiental transfronterizo.

Recientemente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), reafirma, a las normas consuetudinarias, como fuente de obligación, en el *asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay* (2010)<sup>1266</sup>. El 4 de mayo de 2006, la República Argentina (en adelante la “Argentina”) presentó ante el secretario de la Corte una demanda de introducción de instancia<sup>1267</sup> contra la República Oriental del Uruguay (en adelante el

---

<sup>1264</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realiza en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163-164.

<sup>1265</sup> TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto Fundación de Trail, Estados Unidos vs Canadá*. Reports. 1928. [HTTPS://LEGAL.UN.ORG/RIAA/CASES/VOL\\_III/1905-1982.PDF](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

<sup>1266</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1267</sup> Según la demanda, esta violación sería el resultado de “la autorización para la construcción y eventual puesta en servicio de dos plantas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay”, invocando particularmente la Argentina los “efectos de dichas actividades sobre la calidad de las aguas del Río Uruguay y sus zonas de influencia”. En su demanda, la Argentina, al referirse en el párrafo 1 del artículo 36 del Estatuto de la Corte, entiende fundar la competencia de ésta en el primer párrafo del artículo 60 del Estatuto de

“Uruguay”) respecto a una controversia relativa a la violación que habría cometido el Uruguay de las obligaciones derivadas del Estatuto del Río Uruguay. En su demanda, entre las principales peticiones formuladas por la Argentina, fueron que Uruguay había faltado a las obligaciones que le incumben, en virtud del Tratado bilateral que entró en vigor con tal propósito el 7 de abril de 1961 sobre el límite entre la Argentina y el Uruguay (en el Río Uruguay), y el Estatuto de 1975 en relación a la utilización racional y óptima del río Uruguay. La Corte consideró que la República Oriental del Uruguay violó sus obligaciones procesales bajo los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y que la declaración de la Corte de esta violación constituye satisfacción apropiada; y que no ha violado sus obligaciones sustantivas bajo los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975. La CIJ observó, que el derecho *internacional consuetudinario* establece la restitución como una de las formas de reparación por daño, constituyendo ésta el restablecimiento de la situación que existía antes de ocurrir el acto ilícito. Los principales principios que se pueden rescatar de la Sentencia de la Corte Internacional es la reafirmación del reconocimiento del principio de prevención, como una norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado, esto es que, no debe permitir, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados, obligación que es a parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente y además que derecho internacional consuetudinario establece la restitución como una de las formas de reparación por daño, constituyendo ésta el restablecimiento de la situación que existía antes de ocurrir el acto ilícito.

Asimismo, en el asunto, relativo a determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica). La Corte Internacional de Justicia, el 16 de diciembre de 2015, dictó su fallo en las dos causas acumuladas relativas a Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y a la Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica).<sup>1268</sup> La Corte, observó que sobre las presuntas violaciones de obligaciones sustantivas por parte del Estado de origen, se imponen no sólo en las convenciones internacionales aplicables, sino *el derecho internacional consuetudinario*, respecto a decidir si las actividades que han causado un daño significativo al Estado víctima, concretamente, determinar si el sedimento derivado de la carretera realizada por Costa Rica, causó o no un daño significativo ambiental a lo largo del río San Juan, con efectos negativos para el territorio nicaragüense<sup>1269</sup>. Asimismo, la Corte,

---

1975. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1268</sup> *El primer asunto*, se inicia el 18 de noviembre de 2010, la República de Costa Rica inició un proceso contra la República de Nicaragua en la causa relativa a determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza, alegando que Nicaragua había invadido y ocupado territorio de Costa Rica, y excavado un canal en él; además, que había llevado a cabo obras (en particular el dragado del río San Juan) en violación de sus obligaciones internacionales. *El segundo asunto*, se trata de una demanda presentada el 22 de diciembre de 2011, en donde Nicaragua inició contra Costa Rica un proceso por una controversia relativa a la Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), alegando que Costa Rica, había violado la soberanía de Nicaragua y había generado graves daños ambientales en su territorio, por importantes obras de construcción de una carretera en la zona fronteriza entre los dos países a lo largo del río San Juan, en violación de varias obligaciones internacionales y con graves consecuencias ambientales. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1269</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

precisó, que la presunta violación de una obligación de notificar y celebrar consultas<sup>1270</sup> debe basarse en una obligación procesal establecida en tratados o *en normas de derecho internacional consuetudinario del medio ambiente*. Por lo que esta sentencia, constituye un precedente relevante, sobre las presuntas violaciones de obligaciones sustantivas, por parte del Estado de origen, impuestas por el derecho *internacional consuetudinario* y las convenciones internacionales aplicables, la cuestión básica que se debe decidir es si las actividades han causado un daño significativo al Estado víctima, y para lo cual, tiene que probarse a través de indicadores objetivos, en el caso en concreto. Por lo que, tal como se observa las normas internacionales consuetudinarias son fuentes de derecho internacional, en materia de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos.

### 1.1.1.3.- Los principios generales del derecho internacional ambiental

Con el transcurso del tiempo se ha ido consolidando una serie de principios fundamentales en materia de protección del medio ambiente que, pese a su generalidad, constituyen parámetros jurídicos a los que deben ajustarse los comportamientos de los sujetos del ordenamiento internacional. El primero de estos principios, que condenaba la contaminación transfronteriza, *expresamente reconocida por la jurisprudencia internacional*, por primera vez en el asunto *Smelter Trail* (Canadá y los Estados Unidos) (1928)<sup>1271</sup>, considerado como el *locus classicus* de los principios jurídicos aplicables a la responsabilidad del Estado por actos de contaminación, en donde se estableció: i) El principio de responsabilidad internacional, mediante el cual “todo Estado que causa el daño al territorio de otro Estado es responsable de los daños que ocasione”. Principio que se funda en el hecho que debe haber equilibrio entre la libertad de acción del Estado dentro de su propio territorio y sus obligaciones para con otros Estados. Principio jurídicamente incuestionable actualmente, ratificado por posteriores sentencias como en el asunto (*Canadá y United States*) *Settlement Gut Dam Claims* (1968)<sup>1272</sup>, en donde el Tribunal Arbitral, precisó el principio consistente en que el Estado de origen, es responsable de los daños causados por las actividades realizadas, en perjuicio de otro Estado. Otros principios como el principio de soberanía de los Estados<sup>1273</sup>, ha sido desarrollado en el asunto del *Lago Lanoux* (Francia- España) (1957)<sup>1274</sup> en donde se establecieron reglas claras sobre la soberanía los Estados para resolver los conflictos internacionales en asuntos relacionados con la protección de los recursos naturales, en donde se debe tener en cuenta los intereses de los Estados que comparten los recursos naturales.

---

<sup>1270</sup> La Corte observa que, contra lo que sostiene Nicaragua, el hecho de que el Tratado de 1858 contenga obligaciones limitadas acerca de la notificación o consulta en situaciones específicas no excluye otras obligaciones procesales con respecto al daño transfronterizo que puedan existir en tratados o en el derecho internacional consuetudinario. En todo caso, la Corte determina que, como Nicaragua no tenía una obligación internacional de realizar una evaluación del impacto ambiental habida cuenta de la ausencia de riesgo de daño transfronterizo significativo, no estaba obligada a notificar a Costa Rica, ni a celebrar consultas con ella. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1271</sup> TRIBUNAL ARBITRAL. Asunto Fundación de Trail, Estados Unidos vs Canadá. Reports. 1928. [HTTPS://LEGAL.UN.ORG/RIAA/CASES/VOL\\_III/1905-1982.PDF](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

<sup>1272</sup> Véase. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, *Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones*, Documento A/CN. 4/471, Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 99.

<sup>1273</sup> Algunos autores han señalado que los Principios de Derecho Internacional del Medio Ambiente son normas consuetudinarias de lo que se podría colegir que podrían ser de obligatorio cumplimiento por los Estados. Nosotros coincidimos con esta opinión. VERA ESQUIVEL, German, “Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Editorial Aras Editores, Primera edición, Perú, 2011, pág. 75-76.

<sup>1274</sup> URIBE VARGAS, Diego y CARDEMAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, “Derecho internacional ambiental”, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, pág. 166 [http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho\\_ambiental/files/assets/basic-html/page166.html](http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho_ambiental/files/assets/basic-html/page166.html)



Asimismo, las normas jurídicas internacionales ambientales, se rigen por principios de naturaleza general, que traspasan toda la normatividad internacional sobre responsabilidad ambiental, de allí la importancia de conocer los mismos, tanto en su aspecto teórico, como práctico, y en especial, los principios relacionados con la reparación de los daños transfronterizos, desarrollados en acuerdos multilaterales, convenios, normas consuetudinarias y en la jurisprudencia existente en esta materia y que, resultan ser de relevancia jurídica, como fuente de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos.

Es pertinente señalar en este acápite que no se debe confundir a los “Principios Generales de Derecho” con los “Principios de Derecho Internacional del Medio Ambiente”, puesto que los Principios Generales del Derecho, como ya se ha anotado, son solo normas subsidiarias de carácter y perspectiva limitadas usualmente aplicadas por las cortes internacionales en la solución de casos en disputa mientras que los Principios de Derecho Internacional del Medio Ambiente son propios y están fundamentalmente referidos al área ambiental y, asimismo, muestran la práctica estatal sobre este tema además de ser líneas rectoras en esta materia. Se observa, que los principios jurídicos aplicables en materia ambiental, tienen un nivel de generalidad, y de difícil aplicación, en los diversos sistemas de responsabilidad, tanto si se aplican a los sistemas de responsabilidad establecidos en los convenios sectoriales de naturaleza civil, en el Sistema de responsabilidad de actos no prohibidos, o en el sistema general de responsabilidad de los Estados por los hechos ilícitos. No obstante, se tratan de principios esenciales al tema en estudio, pues tienen por objeto proponer que el núcleo de estos principios sea aceptado como punto de partida<sup>1275</sup>, a partir del cual es posible descender a un nivel de mayor particularización, a la luz de las necesidades y aspiraciones de la comunidad mundial contemporánea<sup>1276</sup>, específicamente en la responsabilidad internacional de los daños ambientales transfronterizos. Asimismo, los referidos principios a veces tienen origen en normas consuetudinarias del Derecho internacional, y muchas veces están expresadas en normas convencionales y conectadas en su raíz a principios generales de derecho, los mismos que han ido surgiendo de la práctica de los Estados o de la labor jurisdiccional internacional.

Además, en los trabajos de la CDI, en relación a su proyecto de artículos, referido al Sistema Internacional por los actos no prohibidos, se han incorporado casi la mayoría de principios de derecho internacional general los mismos que sistematizados, fundamentalmente son los siguientes<sup>1277</sup>: i) El principio consistente en que ningún Estado puede utilizar o permitir que se utilice su territorio de manera que se cause un perjuicio a otros Estados; relacionado a la norma consuetudinaria *sic utere tuo ut alienum non laedas*; ii) el principio de reparación, según el cual ningún Estado puede beneficiarse de una actividad o un hecho sin asumir sus consecuencias; esto es no puede dañar a otro Estado sin reparar el daño, por lo que todo daño da lugar a la reparación del mismo; iii) el principio de libertad de los Estados, según el cual, cada Estado, debe gozar de la máxima libertad de acción en su territorio, que sea compatible con el respeto de la soberanía de los demás Estados, esto es, hasta el límite que sea compatible con los derechos e intereses

---

<sup>1275</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 271.

<sup>1276</sup> Por ejemplo, cuando no se reparan los daños transfronterizos que son consecuencia de una actividad peligrosa, se habrá producido una interferencia con el pleno uso y goce del territorio del Estado afectado, con lo que un aspecto primordial del concepto de integridad territorial, que es parte integrante del de soberanía sobre el territorio, puede ser afectado. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 263.

<sup>1277</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág.210.

de otros Estados<sup>1278</sup>; iv) el principio de prevención, según el cual la protección de los derechos e intereses ambientales exige la adopción de medidas de prevención.

Se observa, que la doctrina internacional incluso ha llegado a la conclusión que existe un principio general del derecho de responsabilidad objetiva, por perjuicios ocasionados en la realización de actividades ultrarriesgosa<sup>1279</sup>. Aunque son numerosos los autores que han tratado de definir los principios fundamentales del Derecho internacional del medio ambiente, hay otros autores, que reconocen que este es un tema que pueda considerarse resuelto, pese a su crucial importancia.<sup>1280</sup> En atención a ello, siguiendo JUSTE sin pretender zanjar esta cuestión tan espinosa, se trata de saber cuáles de estos principios revisten un grado de juridicidad suficiente como para poder ser considerados como expresivos de una pauta de comportamiento exigible a los sujetos del Derecho Internacional. Por lo que corresponde analizar los principios internacionales relevantes relacionados con la responsabilidad internacional por los daños transnacionales al medio ambiente, desarrollado a partir de acuerdos, convenios, protocolos; los mismos que por su importancia práctica y teórica, interesan para efecto del diseño de un sistema de responsabilidad de los Estados por los daños ambientales transfronterizos general y obligatorio.

#### **A) Principio de soberanía sobre los recursos naturales.**

En principio, la soberanía puede ser definida como la potestad jurídica de un Estado de decidir libremente sus asuntos internos y externos<sup>1281</sup>; no obstante, existen principios que limitan la acción de los Estados, como el respeto del derecho internacional, el cumplimiento de la obligación internacional, consistente en que ningún Estado puede dañar el medio ambiente de otro Estado. La Corte internacional se pronuncia en ese sentido en el *asunto del Estrecho de Corfú* (1949)<sup>1282</sup>, en donde se precisó que la obligación de todo Estado es a no autorizar a sabiendas que su territorio sea utilizado para llevar a cabo actos contrarios a los derechos de otros Estados. El desarrollo del principio sobre la soberanía se ha ido materializando a través del tiempo, en relación a obligaciones de los Estados, ejemplo de ello, es que el principio sobre la soberanía se ha desarrollado en la Carta de las Naciones Unidas<sup>1283</sup>.

El principio de soberanía está contenido, en la primera parte del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo del año 1972<sup>1284</sup> en donde se establece que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio

---

<sup>1278</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269.

<sup>1279</sup> FOY, Pierre, VERA, Germán; NOVAK, Fabián, NAMIFHAS, Sandra, “Derecho Internacional Ambiental”, Op. Cit.pág.196-197

<sup>1280</sup>Ni siquiera está suficientemente claro cuál es la naturaleza real de estos principios fundamentales, ya que los textos se refieren con el término “principios” tanto a postulados filosóficos o científicos como a orientaciones de carácter más bien políticos, sin excluir en muchos casos su empleo en un sentido más propiamente jurídico o normativo. RUIZ, José, “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 69.

<sup>1281</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 49.

<sup>1282</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Canal de Corfú*. Reports. 1949. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1283</sup> CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, San Francisco, 26 de junio de 1945, ONU, <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

<sup>1284</sup> La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (1972) estableció (...) LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO HUMANO, Estocolmo, del 5 al 16 de junio de 1972, ONU, <https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>

ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Por lo que, la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales tiene límites en relación al modo como se conducen o autorizan las actividades dentro del territorio del Estado de origen y las restricciones establecidas en el derecho internacional<sup>1285</sup>, de tal manera que, el ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales obliga a los Estados a mostrar una conducta ambientalmente responsable no solo con su territorio, sino con el medio ambiente de los demás Estados.

De igual manera, en la Carta Mundial de la Naturaleza del año 1982<sup>1286</sup> fue incluido el principio de soberanía de los recursos naturales, cuyo objetivo principal fue trazar los lineamientos generales para orientar la relación armónica entre las actividades humanas y la naturaleza, en relación al deber de cuidado no solo de las personas individualmente consideradas sino también para con la naturaleza, y de acuerdo al principio de responsabilidad universal, por lo que, los Estados no solo están obligados al cuidado del medio ambiente<sup>1287</sup> de su propio territorio, sino también, al cuidado de los demás Estados y al territorio en donde no ejercen jurisdicción.

En el mismo sentido, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 declara en el principio 2<sup>1288</sup> que el derecho de los Estados sobre sus recursos naturales no es ilimitado, pues existe la obligación de no causar daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional<sup>1289</sup>. Siendo que, en armonía con dichos lineamientos se formula el irrestricto respeto al medio ambiente, no solo de los Estados en relación a sus recursos naturales sino también en relación al medio ambiente de los otros Estados e inclusive con el medio ambiente universal, en donde los Estados no ejercen jurisdicción.

Por todo lo analizado, el principio de soberanía de los recursos naturales recoge dos elementos que no pueden separarse sin modificarse sustancialmente su sentido y su efecto, tal y como sostienen FOY y otros

---

<sup>1285</sup> DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo, “*Legislación Ambiental en la Minería Peruana*”, Óp. Cit., pág. 14.

<sup>1286</sup> Carta Mundial de la Naturaleza (1982). i)El 28 de octubre de 1982, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Carta Mundial de la Naturaleza, dando así un paso importante para la adopción de principios de respeto a la naturaleza por parte de los Estados. *Principio 21*. Los Estados y, en la medida de sus posibilidades, las demás autoridades públicas, las organizaciones internacionales, los particulares, las asociaciones y las empresas: (...)d) Actuarán de manera tal que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control no causen daño a los sistemas naturales situados en otros Estados ni en los espacios ubicados fuera de los límites de la jurisdicción nacional; e) Salvaguardarán y conservarán la naturaleza en los espacios que estén más allá de los límites de la jurisdicción. CARTA MUNDIAL DE LA NATURALEZA, Nueva York, 28 de octubre de 1982, ONU, <https://undocs.org/sp/A/RES/37/7>

<sup>1287</sup> Como resultado de la Conferencia de Estocolmo, la conservación internacional empezó a adquirir mayor importancia. REDCLIFT, Michael, “*Los Conflictos del Desarrollo y las Crisis Ambiental*”, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1ra Edición en español, México, 1989, pág. 92.

<sup>1288</sup> Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992). Principio 2. “los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”. DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, ONU, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

<sup>1289</sup> El principio de soberanía de los recursos naturales, ha sido ratificado por tratados internacionales como Diversidad Biológica (1992); la Convención Marco de Cambio Climático (1992) y el Convenio de Basilea sobre movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación (1985); en donde los Estados miembros de dichos convenios han reafirmado su compromiso de que *el ejercicio de los derechos de soberanía sobre los recursos naturales acarrea la obligación de cuidar el medio ambiente no sólo de sus territorios* en donde se ejerce jurisdicción nacional, sino también el deber de cuidado del medio ambiente de otros Estados en donde no se ejerce jurisdicción. [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/manual/Ultima-Tanda/Medio%20Ambiente/7.%20CartaMundialdeLaNaturaleza.pdf](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/Medio%20Ambiente/7.%20CartaMundialdeLaNaturaleza.pdf).

autores<sup>1290</sup> son: i) El derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos naturales; y ii) la responsabilidad u obligación de no causar daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. El efecto práctico del principio de soberanía de los recursos naturales ha sido motivo de críticas, pues es aparentemente perfecto en abstracto, y a la vez discutible en su eficacia, debido a que los acuerdos ambientales a la larga han demostrado ser puramente declarativos. Tal situación ha motivado que autores como REED<sup>1291</sup> afirmen que, en relación al principio de soberanía de sus recursos, que la “Cumbre de la Tierra” es criticable por su falta real de cumplimiento respecto a las limitaciones del ejercicio de la soberanía de los Estados, originado por la no instrumentalización del referido principio. Observándose en los trabajos de la CDI, que, en relación al proyecto referido al Sistema Internacional por los actos no prohibidos, el respeto por la soberanía de los demás Estados es uno de los principios que inspiran dicho proyecto, según el cual los Estados pueden gozar en su territorio de la máxima libertad de acción con el límite que dicha libertad siempre sea compatible con los derechos los demás Estados.

El derecho internacional ambiental se ha desarrollado entre dos principios que se relacionan y complementan mutuamente. Por un lado, tenemos al principio de la soberanía de los recursos naturales, según el cual los Estados tienen derechos soberanos sobre sus recursos naturales, esto es, se establece la soberanía del Estado en la utilización de los recursos naturales que se encuentran en su territorio. Y también, el derecho internacional ha desarrollado el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, mediante el cual los Estados se obligan a no causar daños al territorio de otros Estados o a espacios fuera de la soberanía nacional, así como a ser diligente en el control de las actividades que se realizan bajo su control o dentro de su jurisdicción.

Como corolario de la soberanía, existen obligaciones internacionales que, a su vez, determinan que los Estados deben actuar con la debida diligencia, con el fin de no causar daño al medio ambiente de otro Estado. NOVAK observa que, si bien el aspecto territorial de la soberanía consiste en la autoridad completa y exclusiva que un Estado ejerce sobre determinado espacio territorial y sobre las personas y cosas que se encuentran dentro, sin más limitaciones que las expresamente establecidas o pactadas.<sup>1292</sup> No obstante, se debe precisar que, por la obligación internacional contenida en el principio, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, los Estados soberanos, están obligados a evitar que su territorio pueda ser objeto de daños y perjuicios para terceros Estados. En razón a ello, los problemas relacionados con el medio ambiente deben ser enfocados desde el punto de vista de la delimitación de los intereses propios de los Estados soberanos, de manera que el interés de cada uno alcance su máxima extensión con el mínimo menoscabo del otro Estado.<sup>1293</sup> En atención a ello, la doctrina internacional sostiene que el principio de

---

<sup>1290</sup>Es una práctica establecida, aceptada en el derecho, que, dentro de los límites que fija el derecho internacional, todo Estado tiene derecho a proceder a la ordenación y el uso de los recursos naturales que estén dentro de su jurisdicción y a formular y aplicar su propia política ambiental. FOY, Pierre; VERA, Germán; NOVAK, Fabián; NAMIHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Óp. Cit., pág. 65.

<sup>1291</sup>Al igual que lo sucedido con la Conferencia de Estocolmo, la Cumbre la Tierra no alteró de manera fundamental el enfoque habitual sobre el desarrollo, ni tampoco mejoró significativamente las condiciones políticas requeridas para encaminar el mundo hacia el desarrollo sostenible. (...) En pocas palabras, ECO 92 produjo un amplio acuerdo verbal, pero propuso para un futuro indefinido la aceptación real de compromisos y la adopción de reformas estructurales necesarias para promover un desarrollo sostenible. REED, David, “*Ajuste Estructural y Desarrollo Sostenible, Nueva Sociedad*”, Editorial Nueva Sociedad, primera edición: 1996, por Word Wide Fund for Nature, pág. 46-48.

<sup>1292</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág.46.

<sup>1293</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-270.

soberanía de los recursos tiene como límite la obligación de diligencia con respecto a los posibles daños que pueda causar en el territorio de otros Estados o en espacios fuera de la jurisdicción de los Estados.

Así, el principio de debida diligencia limita la libertad de acción de los Estados, en relación a los derechos de soberanía sobre los recursos naturales, pues acarrea obligaciones irrevocables a los Estados, como tener *el debido cuidado* respecto del ambiente de otros Estados, así como de las zonas fuera de la jurisdicción nacional,<sup>1294</sup> implicando que el ejercicio del derecho de soberanía se materialice de manera responsable con el medio ambiente no solo de su territorio, sino con el de los demás Estados y también donde no ejerce jurisdicción alguna, y de la misma tendencia es la jurisprudencia internacional; ello determina que, en caso de incumplimiento de la obligación de debida diligencia, los Estados son pasibles de atribuírseles la responsabilidad internacional como consecuencia jurídica de la vulneración de la referida obligación.

La jurisprudencia internacional, emitida por el Tribunal Arbitral en arbitraje internacional, relacionado con el asunto del *Lago Lanoux* (1957), conflicto que tiene su origen en la proposición del gobierno francés de autorizar la construcción de una represa hidroeléctrica utilizando el agua del lago *Lanoux*, que alimentaba en un 25% las aguas del lago Carol, del cual se beneficiaban algunas poblaciones españolas. Según el proyecto de construcción, las aguas serían utilizadas y desviadas de forma tal que kilómetros más adelante retornarían para el uso de campesinos y agricultores españoles. El Tribunal Arbitral concluyó que no estaba comprobado que la frontera española sufriría una disminución del nivel de agua para la satisfacción de sus necesidades, lo cual estaría garantizado por la desviación y compensación en la distribución del agua. Además, el procedimiento de la construcción de una represa hidroeléctrica<sup>1295</sup> no generaba cambios drásticos en la composición del agua de forma que amenazara la supervivencia de las poblaciones afectadas. Los principales criterios jurídicos que se pueden rescatar del asunto del *Lago Lanoux*, en relación al principio de soberanía de los recursos naturales, consiste en que se estableció los marcos de uso correcto de los recursos naturales; precisándose las obligaciones de debida diligencia de los Estados para la protección y conservación de los recursos naturales; y que en atención a ello, un Estado es responsable únicamente por la falta de diligencia en tomar las precauciones de seguridad necesarias para evitar un daño que comprometa el territorio de otro Estado. Por lo que, no cabe hablar de responsabilidad mientras se hayan tomado todas las precauciones posibles para evitar que se produzcan los daños<sup>1296</sup>. Esta sentencia, constituye un referente en la materia, especialmente en lo que respecta a la obligación de la

---

<sup>1294</sup> FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, *“Derecho Ambiental”*, Primera Edición, Edit. Universidad San Martín de Porres Fondo Editorial, Lima-Perú, 2011, pág.73 -74.

<sup>1295</sup> El conflicto giró en torno a la interpretación y aplicación de lo dispuesto en los Tratados de Delimitación celebrados entre los dos países, concluidos en Bayona en diciembre 2 de 1856, abril 14 de 1862 y mayo 26 de 1866, junto con su Acta, en los cuales se establecieron reglas claras sobre la soberanía y debida utilización de las corrientes de agua existentes entre los dos países. España por su parte, alegó que la facultad que posee cada Estado de realizar trabajos públicos debe estar necesariamente subordinada al acuerdo con el otro Estado, si con ellos se afectan el régimen y curso de los ríos causando con ello perjuicios a los ribereños del otro Estado. El *lago Lanoux* se encuentra en territorio francés, razón por la cual, conforme a lo establecido en los mencionados tratados, la titularidad sobre su aprovechamiento se encontraba en cabeza del Estado francés. URIBE VARGAS, Diego y CARDEMAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, *“Derecho internacional ambiental”*, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, pág 166 [http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho\\_ambiental/files/assets/basic-html/page166.html](http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho_ambiental/files/assets/basic-html/page166.html).

<sup>1296</sup>Caso del *Lago Lanós*, en respuesta al alegato de España de que los proyectos franceses entrañarían un riesgo anormal para los intereses españoles, el Tribunal declaró lo siguiente: «No se ha afirmado claramente que las obras propuestas representarían un riesgo anormal para las relaciones de vecindad o la utilización de las aguas. Como se ha comprobado anteriormente, *las garantías técnicas para la restitución de las aguas son todo lo satisfactorias* que cabe pedir. Si a pesar de *las precauciones* que se han adoptado se produce un accidente en la restitución de las aguas, dicho accidente *sólo puede ser de naturaleza casual* y, en opinión de ambas partes, no constituiría una violación del artículo 9.» [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales, Véase. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Documentos del cuadragésimo séptimo Período de Sesiones, Documento A/CN. 4/471, Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»*: estudio preparado por la Secretaría, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 86.

debida diligencia en relación a la protección y conservación de los recursos naturales, y donde se observa claramente que la vulneración de la obligación de debida diligencia determina la responsabilidad internacional de los Estados. De todo lo anotado, se puede afirmar que el Principio de Soberanía de los recursos naturales y el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, mediante el cual los Estados no deben causar daño al medio ambiente de otro Estado, son complementarios uno del otro y constituyen uno de los fundamentos de la responsabilidad internacional en materia de responsabilidad por el daño ambiental transfronterizo.

## **B) El principio de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional**

El principio de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional, se trata del principio más importante de la responsabilidad internacional, es el principio que obliga a los Estados a no causar daños al territorio de otros Estados o espacios fuera de la soberanía y ser diligente en el control de las actividades que se realizan bajo su control o dentro de su jurisdicción. Tal como precisa ZLATA, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, constituye una obligación general del Estado de asegurarse que las actividades bajo su jurisdicción y control no causen perjuicio a otros Estados o áreas fuera de su jurisdicción nacional).<sup>1297</sup> Este principio, tal ha sido materia de desarrollo en la jurisprudencia internacional, en donde en un principio se viene reconociendo el principio de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional. Así, el principio de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional, fue materia de pronunciamiento, por la CIJ, en el caso del *Canal de Corfú*, a consecuencia de un problema surgido entre Albania y el Reino Unido (1949)<sup>1298</sup>. La Corte precisó que existían principios reconocidos por el Derecho Internacional que establecían la obligación de todo Estado es a no autorizar a sabiendas que su territorio sea utilizado para llevar a cabo en el acto contrario a los derechos de los Estados. Consolidándose la obligación para todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios al derecho de los demás Estados. En atención a lo expresado en la citada sentencia, es clara la obligatoriedad del principio de no causar daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

ZLATA, observa que este principio es complementario del principio de soberanía en tanto implica el deber respetar el derecho de soberanía de otros Estados en su integridad, la que comprende los derechos de los Estados sobre su propio territorio o el que se hallan bajo su jurisdicción, como también los espacios en los que tiene derechos como parte del colectivo en relación a los *res nullius*, *res communis usus* o bienes que constituyen patrimonio común de la humanidad<sup>1299</sup>. Por lo que, este principio es una limitación al ejercicio de la soberanía tal y como precisa NOVAK, la soberanía también impone obligaciones al

---

<sup>1297</sup> ZLATA DRNAS DE CLÉMENT, “*El Rol Normativo De Los Principios Generales Del Derecho Ambiental*”, Cuaderno de Derecho Ambiental Principios Generales del Derecho Ambiental, N° ix, 2017, Editores Información Jurídica, Córdoba República Argentina 2017. En: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/CUADERNOIDARNIX-2017-1.pdf>

<sup>1298</sup> La República de Albania había colocado minas en sus aguas jurisdiccionales, sin dar previo aviso a las otras nacionales. Esto originó una queja del gobierno británico ante la Corte Internacional de Justicia en el año 1949. La Corte sostuvo en su fallo que existía una obligación por parte de Albania de dar a conocer las actividades peligrosas, que, realizadas en su territorio, que pudieran causar daño a terceros Estados. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Asunto *Canal de Corfú*, Albania y el Reino Unido (1949) Reports.

<sup>1299</sup> ZLATA DRNAS DE CLÉMENT, “*El Rol Normativo De Los Principios Generales Del Derecho Ambiental*”, Cuaderno de Derecho Ambiental Principios Generales del Derecho Ambiental, N° ix, 2017, Editores Información Jurídica, Córdoba República Argentina 2017. En: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/CUADERNOIDARNIX-2017-1.pdf>

Estado soberano, como es, evitar que su territorio pueda ser objeto de daños y perjuicios para otros Estados<sup>1300</sup>. Por lo cual los Estados están obligados a no causar daños al medio ambiente de otros Estados.

Este principio, se encuentra establecido en la segunda parte del Principio 21 de la Conferencia Estocolmo (1972), el cual estableció que el derecho soberano de explotar por parte de los Estados sus propios recursos naturales, debe ser acorde a la obligación de que dichas actividades, no causen daños a otros Estados. El citado principio de responsabilidad internacional, también está establecido específicamente, con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados por el daño ambiental transfronterizo, en la Declaración de Río (1992), en su principio 2 según el cual: “ningún Estado puede dañar el medio ambiente de otro Estado”, el mismo que constituye el cimiento de la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos. Asimismo, el referido principio, está contenido en el preámbulo de la Convención de la protección del uso de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales adoptado en Helsinki en 1992<sup>1301</sup>, en donde se reitera que los Estados no deben causar daños al medio ambiente de otros Estados o en zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Y, además, funda las bases para el desarrollo de la normatividad en materia ambiental y de responsabilidad internacional del daño ambiental transfronterizo.

La proclamación del principio internacional, mediante el cual los Estados no deben causar daños ambientales a otros Estados, si bien ha tenido un gran impacto a nivel teórico en el ámbito internacional, no obstante, existen normas que utilizan una técnica de redacción incierta, y además en otros, se debilita el alcance del referido principio, tal y como se observa en los siguientes convenios: i) la Convención sobre la diversidad biológica (1992)<sup>1302</sup>, en clara alusión al límite del principio de soberanía de los Estados, establece que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo el control del Estado de origen no deben causar daños al medio ambiente de otros Estados, ni tampoco a las zonas situadas de jurisdicción universal. El problema es que dicho convenio utiliza una técnica de redacción que invita a la incertidumbre “mostrando su escasa naturaleza obligatoria”<sup>1303</sup>, técnica de redacción generalizada en los instrumentos internacionales en materia de protección ambiental que dificulta su aplicación; ii) la

---

<sup>1300</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág.49.

<sup>1301</sup> La Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales (1992). *Preámbulo*(...)Considerando las disposiciones pertinentes de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano y, en particular, el Principio 21, según el cual los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos conforme a su propia política medioambiental, y la responsabilidad de garantizar que las actividades desarrolladas dentro de su jurisdicción o control no causen daños al medio ambiente en otros Estados o en zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. LA CONVENCION DE LA PROTECCION DEL USO DE LOS CURSOS DE AGUA TRANSFRONTERIZOS Y LOS LAGOS INTERNACIONALES, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2000/04/04/pdfs/A13849-13857.pdf>

<sup>1302</sup> La Convención sobre la Diversidad Biológica (1992). a) La Convención sobre la diversidad biológica fue adoptada en Nairobi el 22 de mayo de 1992 y abierta a la firma en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, durante la conferencia sobre medio ambiente y desarrollo, ratificado por más de 165 Estados (...). Reafirmando que los Estados *tienen derechos soberanos* sobre sus propios recursos biológicos. <http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/119.html>.; b) en *términos generales*, se puede interpretar que la citada convención, establece una línea de colaboración entre los países desarrollados y los países en desarrollo, de tal forma que los primeros proporcionen la ayuda necesaria para que los segundos puedan poner en práctica las pautas del Convenio sobre diversidad biológica. LA CONVENCION SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, Nairobi, 22 de mayo de 1992, PNUMA-ONU <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

<sup>1303</sup>En la Convención sobre la diversidad biológica (1992), se añaden locuciones como “*con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares*”, empleada en el caso de las medidas generales que, según el Convenio de Diversidad Biológica, se tienen que adoptar a los efectos de la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad, o “*teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo*”, o el empleo de otras locuciones como “*cuando sea necesario*”, o “*procurara*”. GARCIA URETA, Agustín, “*Derecho Europeo de la Biodiversidad Aves Silvestres, Hábitas y Especies de Flora y Fauna*”, Óp. Cit., pág. 41 – 42.

convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático<sup>1304</sup>, con el objeto de reducir progresivamente las emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero por parte de los países industrializados, debilita el principio de “no causar daño ambiental a otro Estado”, en razón a que se permite a los Estados industrializados negociar la posibilidad de seguir contaminando el medio ambiente, a través de un sistema denominado “derechos de contaminación negociables”, mediante el cual, los Estados o empresas de un país compran «permisos de emisión» a otra empresa de otro país, de tal manera que la primera, podría emitir gases de invernadero por el valor de los derechos adquiridos equivalentes a la reducción conseguida por la segunda. Negociaciones regidas de acuerdo a las conveniencias de cada país y de cada empresa. Por lo que, la limpieza de la contaminación ambiental depende de si un país o empresa negocie bien o no en el mercado los “derechos de contaminación negociables”, contradiciendo el fundamento del principio de no causar daño al medio ambiente de otros Estados, en donde todos los Estados por igual, sin condiciones, tienen la obligación de no perjudicar al medio ambiente de otros Estados o las zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

Si se analiza desde punto de vista publicista, el principio no causar daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional, el quid del asunto, consiste en determinar que, si los Estados de origen ocasionan un daño ambiental transfronterizo a otros Estados, resultado de sus actividades emprendidas ya sea por su propia cuenta o bajo el imperio de su jurisdicción, están o no obligados a asumir la obligación de reparar el referido daño. Por lo que cuando un daño ambiental sucede fuera de las fronteras estatales, se asume que ese hecho es contrario al derecho internacional, cuya consecuencia lógica es que los Estados asuman responsabilidad del daño ambiental ocasionado en las personas, bienes o medio ambiente de otro Estado. Parecería lógico que, si se parte de la tesis de que, a todo daño ambiental transfronterizo ocasionado por parte del Estado de origen, en virtud del principio de no causar daños a otro Estado, en abstracto, debería surgir la obligación de reparar dichos daños ambientales, no obstante, para la lógica del derecho internacional, no lo es. Específicamente para el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados, tales consecuencias jurídicas, no surgen automáticamente pues mayormente en materia ambiental, se trata de obligación de comportamiento y por tanto la “asunción de responsabilidad no es directa de parte de los Estados en caso de incumplimiento”<sup>1305</sup>. En ese sentido, de todo lo anotado previamente se hace necesario probar el incumplimiento por parte del Estado de origen de haber autorizado que su territorio sea utilizado para llevar a cabo en el acto contrario a los derechos de los demás Estados. Por lo que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, en puridad constituye una limitación al principio de la soberanía de los Estados, pues están obligados a no permitir que en su territorio se realicen actividades que ocasionen daños ambientales transfronterizos.

### **C) La obligación de la diligencia en el ámbito de la protección ambiental**

---

<sup>1304</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, Nueva York, 09 de mayo de 1992. *Artículo 1*: Recordando que los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y *los principios del derecho internacional*, tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción o bajo su control *no causen daño al medio ambiente de otros estados ni de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional*. CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, Nueva York, 9 de mayo de 1992, ONU, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

<sup>1305</sup> Esto en razón a que las, actividades realizadas en el territorio del Estado o en otros lugares, bajo su jurisdicción o control, donde no existe la posibilidad de eliminar el riesgo de ocasionar un perjuicio, a pesar de la diligencia ordinaria o razonable que caracterice el comportamiento del Estado. Por ejemplo, el transporte marítimo de petróleo (...) no pudiendo eliminarse tal característica mediante comportamiento o conductas diligentes. FOY, Pierre, VERA, Germán, NOVAK, Fabián, NAMIHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*, Óp. Cit., pág.181-182.



Por la obligación *de debida diligencia*, precisa JUSTE, el Estado de origen debe adoptar *medidas preventivas o para minimizar el riesgo*<sup>1306</sup>, por lo que, este principio se materializa a través de dos manifestaciones concretas, con el objetivo de prevenir el daño ambiental transfronterizo, o en su caso minimizar el riesgo. Los Estados, en cumplimiento de la obligación de debida diligencia, adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Partiendo de la tesis de que si el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan actividades perjudiciales de que se trate y no las detiene o controla, debe presumirse que ha descuidado la obligación de diligencia<sup>1307</sup>. Por lo que, esa omisión se constituirá entonces en un hecho del Estado que crea una responsabilidad internacional, eso es la inobservancia de la obligación de debida diligencia da lugar a la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito.

El principio de debida diligencia se ha desarrollado por la jurisprudencia internacional, así en el laudo arbitral dictado en el asunto de la *fundición de Trail* (1938), se consolidó la norma consuetudinaria consistente en *la obligación o deber de diligencia*<sup>1308</sup>, fundada en el hecho de que si el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan actividades perjudiciales para otro Estado y no las detiene o controla, debe presumirse que ha descuidado “*la obligación de diligencia*”; punto de partida para poder responsabilizar a los Estados. Como se observa, el Tribunal construye un régimen de responsabilidad basado en el incumplimiento de la obligación de diligencia por lo que en puridad se trata de un sistema que se desarrolla a partir del incumplimiento de la obligación de prevención de los daños, y no específicamente, en la obligación de reparar el daño ambiental transfronterizo. Es en razón a ello, que en materia de responsabilidad internacional ambiental de los Estados la obligación de debida diligencia, conjuntamente con el principio de prevención, ha alcanzado en los últimos años gran importancia y actualidad en el derecho internacional, pues es en estas actividades en donde tanto los privados, como los Estados deben demostrar en todo momento un comportamiento responsable desde el punto de vista ambiental, con el fin de prevenir o minimizar en lo posible la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo.

La doctrina es unánime en reconocer que el principio de debida diligencia es parte de la obligación de prevención que asume el Estado que emprende actividades susceptibles de causar un daño transfronterizo sensible sostiene implica la adopción de medidas para *prevenir o minimizar* el riesgo y por tanto hay una relación de implicancia entre el principio de prevención y el de debida diligencia<sup>1309</sup>. Así, NOVAK precisa, que la obligación de prevención implica fundamentalmente, actuar con diligencia debida, es decir, que el Estado asuma una conducta apropiada y proporcional al peligro que encierra la actividad desarrollada por él o por un particular en su territorio, o en un lugar bajo su jurisdicción o control<sup>1310</sup>. Por lo que, si se cumple con la obligación de debida diligencia, a la vez se está cumpliendo con la obligación de prevención de los daños ambientales transfronterizos.

---

<sup>1306</sup> JUSTE RUIZ, José, “*El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”, En Revista “*Agenda Internacional*”, Año XI, N°22, 2005, pág. 104-105.

<sup>1307</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, 1981, Volumen. I, pág. 231.

<sup>1308</sup> TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto Fundación de Trail, Estados Unidos vs Canadá*. Reports. 1928. [HTTPS://LEGAL.UN.ORG/RIAA/CASES/VOL\\_III/1905-1982.PDF](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

<sup>1309</sup> JUSTE RUIZ, José, “*El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”, En Revista “*Agenda Internacional*”, Año XI, N°22, 2005, pág. 104-105.

<sup>1310</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 469 al 470.

La CDI materializa ideas sobre la importancia actual que tiene *la obligación de debida diligencia*, para la responsabilidad internacional de los Estados, el contexto del proyecto de la CDI de prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)<sup>1311</sup>, sostiene que la diligencia debida se manifiesta concretamente en: i) En que los Estados deben realizar esfuerzos razonables para informarse de los componentes de hecho o de derecho que se relacionan previsiblemente con un procedimiento futuro y tomar en momento oportuno las medidas apropiadas para hacerles frente; ii) los Estados están obligados a tomar medidas unilaterales para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo derivado de las actividades a que se refiere en el artículo 1 del citado proyecto; iii) esas medidas incluyen, primero, formular políticas destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o minimizar el riesgo de causarlo y, segundo, aplicar esas políticas. Estas normas de tipo procedimental, se deben expresar de manera clara y precisa en la legislación y en los reglamentos administrativos y se deben aplicar mediante diversos mecanismos.

Tal como se observa, el principio de debida diligencia se materializa a través del cumplimiento de conductas concretas por parte de los Estados de origen, las mismas que pueden ser verificadas o probadas con criterios objetivos, determinando la eficacia de dicha obligación; iv) la norma de diligencia debida con la cual debe contrastarse la conducta de un Estado es lo que generalmente se considera apropiado y proporcional al grado de riesgo del daño transfronterizo en el caso de que se trate<sup>1312</sup>. Como se observa, los principales elementos de la obligación de diligencia debida que implica el deber de prevención pueden expresarse así: el grado de cuidado es el que se espera de un buen gobierno. Éste debe poseer un régimen jurídico y recursos suficientes para mantener un mecanismo administrativo adecuado para controlar y vigilar las actividades. No obstante, se entiende que el cuidado que se espera de un Estado de economía, recursos humanos y materiales bien desarrollados y con estructuras de gobierno sumamente evolucionadas es diferente del que se espera de Estados que no se encuentran en posición tan favorable. Incluso en este último caso, se espera la vigilancia, el empleo de infraestructura y el seguimiento de las actividades peligrosas en el territorio del Estado, como atributo natural de cualquier gobierno.<sup>1313</sup> Asimismo, el grado de cuidado necesario es proporcional al grado de riesgo de que se trate. En ese sentido, el grado de daño en sí, debería ser previsible y el Estado debe conocer o hubiera debido conocer que la actividad de que se trata implica el riesgo de causar daño sensible, por lo que, cuanto mayor sea el grado de daños inadmisibles mayor hubiera debido ser el cuidado exigido para prevenirlo.

Por lo que, la diligencia debida, como sostiene RODRIGUEZ, el comportamiento de un Estado debe asegurar que otros Estados no serían perjudicados como consecuencia de acciones desarrolladas en territorios bajo su jurisdicción. De ahí la importancia que en este contexto adquieren no solo las medidas aprobadas por los agentes oficiales del Estado, sino el control que haga el Estado de los sujetos privados

---

<sup>1311</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 170.

<sup>1312</sup> Lo que se considera como un grado razonable de cuidado o de *diligencia debida* puede cambiar con el tiempo; lo que se considera como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se considere como tal en una fecha futura. En consecuencia, la *diligencia debida* al garantizar la seguridad requiere que un Estado se mantenga al día de los cambios tecnológicos y de la evolución científica. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 172.

<sup>1313</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 172.

que se encuentren bajo su jurisdicción para evitar la generación de perjuicios allende a sus fronteras.<sup>1314</sup> A través de esta obligación se exige que el Estado de origen, adopte medidas concretas, de *debida diligencia* para prevenir un daño ambiental transfronterizo, las mismas que deben ser ejecutadas por los órganos del Estado, y además implican el control que haga el Estado de los sujetos privados que se encuentren bajo su jurisdicción para evitar la generación de daños ambientales transfronterizos en perjuicio de otros Estados. Estas medidas, que deben realizar los Estados deberán ser acreditadas con pruebas objetivas.

Incluso, a nivel de los trabajos de la CDI, se viene sosteniendo la tesis consistente en la posibilidad de darle contenido obligatorio a las medidas concretas que los Estados deben realizar para acreditar el cumplimiento de *las consecuencias concretas del deber de diligencia*. Así, el señor FOMBA, miembro de la CDI, sostiene que, en relación a la norma consuetudinaria de la diligencia debida, la cuestión que se plantea principalmente es en relación a si hay que dar carácter obligatorio a todas *las consecuencias concretas del deber de diligencia* mediante su enunciado explícito en el texto mismo<sup>1315</sup>. Por lo que, es necesario que el derecho internacional establezca, con precisión el comportamiento concreto que se requiere por parte de los Estados de origen, con el fin de facilitar el cumplimiento de dicha obligación, en donde además se especifique claramente las sanciones consecuencias del incumplimiento por parte de los Estados de la obligación de la debida diligencia, requiriendo para ello compromiso por parte de los Estados de asumir su rol protector del medio ambiente.

La jurisprudencia internacional viene precisando indicadores concretos en los que se incluyen los denominado eco-estándares, así la CIJ ha observado que el principio de la debida diligencia es un principio de naturaleza procesal en el Fallo de 9 de abril de 1949 del caso relativo al Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania)<sup>1316</sup>, observando que, el Gobierno de Albania *tuvo pleno conocimiento de la existencia de un campo de minas, y no hizo de conocimiento a la marina del Reino Unido*. Esto es, debió cumplir con su obligación de debida diligencia comunicando al Reino Unido de la situación peligrosa que implicaba el campo de minas, de manera que los buques británicos, hubieran podido evitar el daño ocasionado si hubieran tenido conocimiento de la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales del Estado de Albania. Asimismo, en el asunto Costa Rica C. Nicaragua<sup>1317</sup>, la CIJ precisó que, si existe un riesgo de daño transfronterizo significativo *se debe llevar a*

---

<sup>1314</sup> El principio de prevención, pone de relieve la obligación estatal de garantizar la efectividad de sus deberes en relación con los derechos de sujetos de derecho internacional, de modo particular en aquellos casos en que ni el autor de posibles violaciones ni sobre quien recaen esas acciones son agentes estatales. RODRIGUEZ, John, *“La responsabilidad internacional del estado: el caos de las plantas de celulosa y los bloqueos en el río Uruguay”*, En Revista “International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional”, noviembre 2007, N° 10, Pontificia Universidad Javariana, Bogotá, pág. 69.

<sup>1315</sup> Una *“obligación de resultado”*, - de velar por que ninguna actividad realizada en el territorio origine un daño en el territorio del Estado B, o si la obligación es sólo una *“obligación de comportamiento”*, esto es una obligación de ejercitar la diligencia debida para velar que no se produzca un daño. Véase, *“Anuario de la comisión e Derecho Internacional”*, Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, Vol. I, NACIONES UNIDAS, Nueva York y Ginebra, 1994, pág.120.

<sup>1316</sup> La Corte observa, que, en el presente caso, hay que considerar dos series de hechos que se corroboran mutuamente. La primera es la actitud del Gobierno de Albania antes y después de la catástrofe. El tendido de las minas ocurrió en un período en que ese Gobierno había manifestado su intención de ejercer una vigilancia celosa en sus aguas territoriales y había exigido una autorización previa para entrar en ellas, llevando a veces la vigilancia hasta el empleo de la fuerza: todo lo cual hace que sea poco verosímil a priori la alegación de ignorancia. Además, cuando el Gobierno de Albania *tuvo pleno conocimiento de la existencia de un campo de minas*; no notificó a la navegación la existencia del campo de minas, como lo exige el derecho internacional. Así la Corte consideró que Albania conocía la presencia de minas en sus aguas territoriales con la suficiente antelación y que debía haber advertido a otros Estados y a sus súbditos al respecto. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania- 1949)*. Reports. 1949. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1317</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

*cabo una evaluación del impacto ambiental* para cumplir su obligación de ejercer la *debida diligencia* a fin de prevenir un daño ambiental transfronterizo significativo, ya que, un Estado, antes de emprender una actividad que pueda afectar adversamente al medio ambiente de otro Estado, debe determinar si existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, a través de la evaluación del impacto ambiental cuyo contenido debe hacerse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso en concreto. Igualmente, en el asunto relativo a determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y la Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica) (2015)<sup>1318</sup>. La Corte destaca el hecho que Costa Rica ha comenzado obras de mitigación a fin de reducir los efectos adversos de la construcción de la carretera en el medio ambiente, exhortando a que Costa Rica continúe realizando esos esfuerzos en consonancia con su *obligación de debida diligencia de vigilar* los efectos del proyecto en el medio ambiente. En este caso, el Estado cumplió con una acción concreta, consistente en la realización de *una evaluación del impacto ambiental*, y al haber cumplido, se liberó de la responsabilidad internacional.

La CDI observa que, la obligación de diligencia debida no pretende garantizar la prevención total de daños sensibles, cuando no es posible lograrla. En todo caso, como queda dicho, el Estado de origen deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo<sup>1319</sup>, en ese sentido, esa obligación no garantiza que el daño no se produzca.<sup>1320</sup> Esto es, se cumple la obligación con realizar las acciones conducentes a *prevenir el daño transfronterizo sensible* o, *minimizar el riesgo causado*, no obstante, si este ocurre, el Estado será responsable sólo por el incumplimiento de dicha obligación no por la ocurrencia del daño ambiental transfronterizo, esto es así, porque se trata de una obligación de comportamiento y no de resultado. Es en la sentencia arbitral emitida en el *Asunto del Lago Lanoux (1957)*<sup>1321</sup>, en donde el Tribunal Arbitral concluyó que únicamente *las faltas de diligencia en tomar las precauciones de seguridad necesarias para evitar un daño comprometen* la responsabilidad de un Estado. Por lo que, no cabe hablar de responsabilidad *mientras se hayan tomado todas las precauciones posibles* para evitar que se produzcan los daños. Esta sentencia, constituye un referente, en la materia de responsabilidad ambiental, especialmente en lo que respecta a las obligaciones de los Estados para la protección y conservación de los recursos naturales. Por lo que, la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo no da origen a la responsabilidad internacional, sino el incumplimiento de la obligación de debida diligencia, caso contrario si el Estado cumple con realizar todas acciones posibles para *prevenir* o *minimizar el riesgo*, este no será responsable en caso que ocurra un daño ambiental transfronterizo.

Tal como se observa, en el derecho internacional actual, el fundamento principal, en materia de la responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental, son los principios de prevención y de debida diligencia, pues se prioriza la prevención de los daños ambientales transfronterizos, a su

---

<sup>1318</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1319</sup> La obligación de *diligencia debida* se debatió en 1986 en una controversia entre Alemania y Suiza relativa a la contaminación del Rin por Sandoz; el Gobierno de Suiza reconoció su responsabilidad por falta de diligencia debida para prevenir el accidente mediante la reglamentación adecuada de sus industrias farmacéuticas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 171.

<sup>1320</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 171.

<sup>1321</sup> TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto del Lago Lanós (España y Francia)*, Reports. 1957, <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-143747E.pdf>

reparación. La “obligación de diligencia debida” implica un nivel de obligación, aunque no da lugar a la responsabilidad directa o automática de los Estados, pues no existe una norma general y obligatoria, que obligue a los Estados a reparar los daños de manera directa, sino que la responsabilidad de un Estado, tiene su origen en el incumplimiento de la obligación de *debida diligencia*, y no en la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo. Esta situación implica que se ha rechazado el concepto de la «responsabilidad absoluta» o «causal», a pesar de su uso constante en la elaboración de regímenes convencionales<sup>1322</sup> y se ha optado por un sistema subjetivo de responsabilidad, toda vez que, si el Estado de origen logra demostrar que cumplió con su obligación de debida diligencia, no será responsable del daño ambiental transfronterizo.

Tal situación ha originado escepticismo respecto a si el principio de debida diligencia y prevención, debía ser o no el fundamento de la responsabilidad internacional ambiental. Así, al interno de la CDI se ha discutido mucho sobre este asunto, así el señor REUTER, miembro orador, sostuvo que “a falta de una práctica y una doctrina sería sumamente difícil, según ha podido verse en el debate, sacar de las “*zonas crepusculares*” los datos que permitan elaborar normas prácticas y eficaces para limitar o controlar las actividades del Estado no prohibidas por el derecho internacional” por lo complicado que resulta *determinar el grado de diligencia e imponer a los Estados una norma en la que se especifique ese grado y sus variaciones*, esto es, cómo se ha de determinar la relación entre el grado de diligencia y la índole del peligro, cuando el alcance de ese peligro no se conoce de antemano<sup>1323</sup>, y a fin de resolver dicha incertidumbre, considera que se hace necesario precisar datos, elaborar normas prácticas y eficaces que permitan determinar objetivamente el cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia. En esa misma línea de análisis, otros miembro de la CDI, el señor YANKOV, sostiene que, en cuanto al deber de diligencia existe un deber jurídicamente definido, cuya inobservancia constituye una violación del derecho que dará lugar a la responsabilidad, no obstante, es una cuestión difícil, dudando mucho sobre la aplicación de la obligación de diligencia debida.<sup>1324</sup> Y ello, porque el principio de la debida diligencia ocasiona dificultades probatorias, lo que ha determinado que un sector del derecho internacional, considere que el principio de debida diligencia no sea prometedor para resolver el problema de la responsabilidad internacional ambiental.

De todo lo anotado, se observa que la obligación de debida diligencia, que asumen los Estados de origen de las actividades ambientalmente peligrosas tiene dos connotaciones *prevenir el daño transfronterizo sensible o, a minimizar el riesgo causado*. Un Estado que no cumple con la obligación de debida diligencia es responsable internacionalmente por dicho incumplimiento. En atención a ello, los Estados, en cumplimiento de la obligación de debida diligencia, adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. La importancia de los principios de debida diligencia y de prevención para el derecho internacional actual, en materia de la

---

<sup>1322</sup> Es evidente que ningún compromiso automático de aplicar un criterio de responsabilidad causal sería aceptable generalmente, aunque algunos se sintieran inclinados a hacer una salvedad con respecto a la posibilidad de prescribir tal criterio para ciertas situaciones especiales, como las de «riesgo excepcional» (*ultra-hazard*). Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo cuarto período de sesiones, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, pág.67.

<sup>1323</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág.301. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág.301.

<sup>1324</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1981, Volumen. I, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, pág. 231.

responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental, radica en que son el fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental. Asimismo, el principio de debida diligencia, se materializa a través del cumplimiento de conductas concretas por parte de los Estados de origen, las mismas que pueden ser verificadas o probadas con criterios objetivos, determinando la eficacia de dicha obligación.

#### **D) Principio de prevención**

El principio que establece la obligación de prevención, es uno de los principios más consolidados del derecho internacional y sobre el que más se ha ocupado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Pues en materia ambiental existe el dogma que es mejor prevenir que reparar el daño ambiental transfronterizo, sobre el que parece existir una clara unanimidad en establecerse la obligación de prevención del daño ambiental transfronterizo. El planteamiento fundamental del principio de prevención reside en que los Estados tienen la responsabilidad de no dañar con sus actos el medio ambiente de otros Estados. Derivado de esta idea el principio preventivo prescribe que los Estados tienen un deber de prevenir cualquier daño contra el medio ambiente.<sup>1325</sup> Así, por el principio de prevención se impone a los Estados una obligación previa, consistente en que un Estado está obligado a prevenir daños ambientales dentro de su propia jurisdicción nacional, por lo que, como precisa VERA, los Estados, con el fin de garantizar este principio, han establecido procedimientos de autorización, compromisos sobre normas ambientales, métodos para acceder a la información, uso de sanciones, la necesidad de realizar estudios de impacto ambiental,<sup>1326</sup> entre otros mecanismos concretos necesarios a realizar por parte de los Estados, con el fin de efectivizar el cumplimiento de este principio se encuentra la utilización de los denominados “estudios de impacto ambiental.

JUSTE precisa, que el principio se desglosa en dos componentes que algunos autores proponen mantener separados: por una parte, la idea de prevención del daño ambiental *in genere* y, por otra parte, la obligación específica de no causar un daño ambiental transfronterizo; y que, la fundamentación de este principio radica en la idea de la diligencia debida, del uso equitativo de los recursos y, en definitiva de la buena fe, que son criterios comunes a todos los ordenamientos jurídicos nacionales y forman parte de los principios generales del Derecho internacional.<sup>1327</sup> Por lo que, el principio de prevención tiene como uno de sus fundamentos el principio de debida diligencia.

El Principio de Prevención fundamentalmente se refiere a que un Estado no debería causar daños ambientales dentro de su jurisdicción nacional<sup>1328</sup>. Para este propósito el Estado puede poner en vigencia todo tipo de legislación, establecer procedimientos de autorización, compromisos sobre normas ambientales, métodos para acceder a la información, uso de sanciones y la necesidad de la utilización de los denominados “estudios de impacto ambiental” (EIA), los llamados eco-estándares, entre otros mecanismos, los mismos que son de suma importancia a efectos de que el principio de prevención se materialice en indicadores concretos de conducta, los mismos que puedan ser acreditados objetivamente.

---

<sup>1325</sup> VERA, Germán; “*El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio*”, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, pág. 114 a 115.

<sup>1326</sup> El uso de estos estudios es cada vez más importante para prevenir posibles daños ambientales, puesto que: “estudios de impacto para prevenir posibles daños ambientales, puesto que: “es preferible actuar al comienzo del proceso para reducir la contaminación, en lugar de esperar y luego restaurar las áreas contaminadas”. VERA ESQUIVEL, German, “*Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Aras Editores, Primera edición, Perú, 2011, página 84-85.

<sup>1327</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 72.

<sup>1328</sup> VERA ESQUIVEL, German, “*Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Aras Editores, Primera edición, Perú, 2011, pág. 84-85.

Por el principio de prevención, los agentes contaminantes deben asumir una conducta ambientalmente responsable de acuerdo a los principios internacionalmente aceptados. Ello en razón, tal y como sostiene DE LA PUENTE, a que el objetivo esencial de la legislación ambiental es evitar que ocurran daños ambientales, explicándose la necesidad de la adopción de medidas que se anticipen a la ocurrencia de dichos daños o a la generación de situaciones de riesgos<sup>1329</sup> que lesionen gravemente al medio ambiente. En atención a lograr la prevención de los daños ambientales, los Estados deben asumir de manera prioritaria una política de gestión ambiental, con el fin de eliminar o reducir los posibles daños ambientales transfronterizos.

Teniendo en cuenta los impactantes efectos nocivos de los daños ambientales, tanto en las personas, los bienes y el medio ambiente puro, es importante prevenirlos antes que repararlos. Por lo que, como sostiene FRANCISKOVIC, el principio de prevención es clave en el derecho ambiental, dado que la conservación del ambiente es más efectiva a través de medidas anticipadas para prevenir el daño, antes que de esfuerzos posteriores para reparar el mismo.<sup>1330</sup> En razón a ello, las acciones de prevención deben materializarse cuando aún no ha sucedido un daño ambiental, pues es física y jurídicamente imposible prevenir lo que ya ocurrió. Principio establecido en la Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales de Helsinki (1992)<sup>1331</sup>, que en sus consideraciones generales y en su artículo 6, establece la necesidad que los Estados antes, durante y después de un accidente, intensifiquen las políticas adecuadas, y refuercen y coordinen la acción a todos los niveles apropiados con el fin de prevenir mejor los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, y de esa manera estar preparados para ello y afrontarlos de manera adecuada.

El principio preventivo en materia de derecho ambiental internacional ha sido subrayado por la doctrina y confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia que, en la sentencia relativa al laudo del asunto *Fundación de Trail* (1941)<sup>1332</sup> constituye un precedente importante en ese sentido, ya que, una parte esencial de la misma tiene por objeto Establecer un auténtico régimen regulador, que hiciera posible la continuación de las actividades de la fundición, evitando, sin embargo, los efectos ecológicamente nocivos de la emisión de humos de dióxido de azufre. Asimismo, en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* (1997) el tribunal observó que “en el ámbito de la protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daños.<sup>1333</sup>

---

<sup>1329</sup> DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo, “*Legislación Ambiental en la Minería Peruana*”, Óp. Cit., pág. 10

<sup>1330</sup> Este principio comprende en estricto políticas nacionales de prevención dentro de la propia jurisdicción, y lo encontramos en algunos tratados internacionales como: LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE SUSTANCIAS QUE AGOTAN LA CAPA DE OZONO, Viena, 22 de marzo de 1985, ONU, <https://www.dipublico.org/11303/convenio-de-viena-para-la-proteccion-de-la-capade-ozono-viena-22-de-marzo-de-1985/> ; EL PROTOCOLO DE MONTREAL SOBRE SUSTANCIAS QUE AGOTAN LA CAPA DE OZONO, Montreal, 16 de setiembre de 1987, ONU, [https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol/montreal-protocol-substances-deplete-ozone-layer](https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol/montreal-protocol-substances-deplete-ozone-layer?q=treaties/montreal-protocol/montreal-protocol-substances-deplete-ozone-layer) ; CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, Nueva York, 9 de mayo de 1992, ONU, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

<sup>1331</sup> Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales (1992). Artículo 3. Disposiciones generales.1. Las Partes tomarán las medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y financieras oportunas para prevenir los accidentes industriales, prepararse para ellos y hacerles frente. LA CONVENCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL USO DE LOS CURSOS DE AGUA TRANSFRONTERIZOS Y LOS LAGOS INTERNACIONALES, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2000/04/04/pdfs/A13849-13857.pdf>

<sup>1332</sup> TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto Fundación de Trail (Estados Unidos vs Canadá)*. Reports. 1928. [HTTPS://LEGAL.UN.ORG/RIAA/CASES/VOL\\_III/1905-1982.PDF](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

<sup>1333</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros*. Reports. 1997. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

De manera similar, el principio de prevención ha sido desarrollado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el *asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay* (2010)<sup>1334</sup>, en el cual se ha observado que la obligación de preservar el medio acuático, y en particular, prevenir su contaminación implica no sólo adoptar normas y medidas apropiadas sino también un cierto nivel de vigilancia en su puesta en ejecución y en el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados. Entre los principales criterios en relación al principio de prevención, están: a) existe la necesidad de conciliar el desarrollo económico y *la protección del medio ambiente*<sup>1335</sup>; b) el principio *de prevención*, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado, esto es que, no debe permitir, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados, obligación que es a parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente; c) un acto concreto de cumplimiento de la *obligación de prevenir* es informar a las entidades competentes y a los Estados, por parte del Estado de origen en cuyo territorio se llevan a cabo las actividades ambientalmente riesgosas<sup>1336</sup>; d) la obligación de las partes de contribuir al aprovechamiento óptimo y racional requiere un equilibrio entre los derechos y necesidades de las partes de usar un río para actividades económicas y comerciales por una parte<sup>1337</sup> y la obligación de protegerlo del daño ecológico que le pueden causar aquellas actividades por el otro Estado.

En relación al análisis de las diferencias entre Argentina y Uruguay, RODRIGUEZ, sostiene que, este concepto ha demostrado tener un papel clave en la identificación de las responsabilidades en que incurren los dos Estados. En el caso de la responsabilidad argentina, se trata de un caso de “responsabilidad por omisión”; mientras que, en el caso de la responsabilidad uruguaya, la importancia de la diligencia debida se hace visible por su relación con el *principio de prevención* como fundamento del derecho ambiental internacional.<sup>1338</sup> Tal como se observa, el *asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay* es una sentencia que de manera amplia ha desarrollado el principio de prevención, en relación a la obligación de debido cuidado de los recursos naturales.

Asimismo, dentro de los principales criterios jurídicos emitidos por la CIJ en relación a las cuestiones planteadas en la Causa Nicaragua C. Costa Rica en relación a la presunta violación por Costa Rica de obligaciones tanto procesales como sustantivas en relación con la construcción de la carretera a lo largo del río San Juan( 2015)<sup>1339</sup> la CIJ precisó que los Estados, están obligados a tomar medidas adecuadas

---

<sup>1334</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1335</sup> Para ello, recurre a lo expresado en el caso Gabcikovo-Nagymaros, la Corte, después de haber recordado que “el concepto de desarrollo sustentable traduce bien la necesidad de conciliar desarrollo económico y la protección del medio ambiente”, agregó que “son las Partes mismas que deben encontrar de común acuerdo una solución que tenga en cuenta los objetivos del Tratado”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1336</sup> La obligación de informar a la CARU permite, según la Corte, iniciar la cooperación entre las partes, necesaria para cumplir con la obligación de prevenir. Caso de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina C. Uruguay). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1337</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1338</sup> RODRIGUEZ, John, “*La responsabilidad internacional del estado: el caos de las plantas de celulosa y los bloqueos en el río Uruguay*”, En Revista “International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional”, noviembre 2007, N° 10, Pontificia Universidad Javariana, Bogotá, pág. 70

<sup>1339</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)



para *prevenir el daño transfronterizo significativo* o reducir al mínimo el riesgo de daño<sup>1340</sup>: Por lo que, el principio de prevención es de suma importancia en materia ambiental, pues es unánime la doctrina, la jurisprudencia, por la gravedad de los daños ambientales transfronterizos, se prefiere prevenir antes que reparar los daños ambientales transfronterizos.

#### **a) El principio de prevención y los trabajos de la CDI**

Existe escepticismo y confusión en la doctrina y en la legislación internacional, en relación a si el principio de prevención es o no un principio inherente a la naturaleza de un sistema de responsabilidad internacional, por lo que, el asunto es determinar si el principio de prevención pertenece o no al ámbito teórico y práctico de la responsabilidad internacional por los daños ambientales, polémica que se ha desarrollado de manera especial, al interno de los trabajos de la CDI por su importancia teórica y práctica en los diversos sistemas de responsabilidad.

A nivel de los trabajos de la CDI, se advierte que, la inclusión del principio preventivo en el sistema de responsabilidad por los actos no prohibidos ha significado una ardua tarea el determinar el papel que se asigne a la prevención en dicho sistema, debiendo resolver interrogantes como: ¿Debe estar el principio de prevención ligada exclusivamente con la reparación?<sup>1341</sup>, ¿debe prevalecer en el principio de prevención en el instrumento, a exclusión de la reparación? Preguntas a las que de forma no muy definida ni clara responde la CDI, pues el Relator Especial sostiene que, las obligaciones de prevención consistían sólo en el deber de tener en cuenta los intereses de otros Estados<sup>1342</sup> y además porque para la inclusión en el proyecto de artículos se ha realizado una especie de simbiosis con el principio de reparación.

Ello dio lugar a un debate al interno de los trabajos de la Comisión, sobre la inclusión de dos principios de la prevención y la reparación, siendo que se encontró en la Comisión un amplio apoyo a esos principios cuando se expresaban en términos generales y serias diferencias de opiniones con respecto al contenido detallado de cada uno de ellos. Y es que, obligaciones de procedimiento y obligaciones de carácter sustantivo, ameritan un desarrollo adicional para poder determinar cuándo un Estado es responsable por el incumplimiento de la obligación de prevención y cuando debe reparar un daño ambiental transfronterizo. Por la importancia jurídica, corresponde adentrarnos en las diversas posiciones, respecto a la inclusión de dichos principios en un sistema de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos.

#### **b) Diversas posiciones: Subsidiaridad, unidad y autonomía de los principios de Prevención y de Reparación**

---

<sup>1340</sup> La Corte considera que respecto a la alegación de Nicaragua de que Costa Rica violó su obligación de notificar a Nicaragua, y celebrar consultas con ella, en relación con las obras de construcción. A este respecto, la Corte considera que, si las circunstancias lo exigen, Costa Rica tendrá que celebrar consultas de buena fe con Nicaragua, que tiene la soberanía sobre el río San Juan, a fin de determinar las medidas adecuadas para prevenir el daño transfronterizo significativo o reducir al mínimo el riesgo de daño. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1341</sup> La segunda posibilidad, que podría considerarse de igualdad entre prevención y reparación —pero que algunos miembros de la CDI no consideran así sino de predominio de la prevención—, aceptaría sin duda la coexistencia de obligaciones de reparar con obligaciones «mixtas» autónomas, esto es, de obligaciones cuyo quebrantamiento tendría la sanción que el derecho internacional general les acuerde. Tal sería el caso, específicamente, de las obligaciones de notificar, o de informar, o de negociar un régimen. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 278.

<sup>1342</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág. 210.

Entre los rasgos que caracterizan a la normativa ambiental destaca su orientación eminentemente preventiva. Más que condenar y sancionar, el objetivo es proteger y salvaguardar, pues la mejor forma de preservar el medio ambiente no es reprimir su deterioro, sino tratar por todos los medios de que tal deterioro no se produzca. El objeto del derecho internacional del medio ambiente es pues, evitar la producción del efecto nocivo para el entorno o, si el daño se ha producido, pese a todo, mitigar sus efectos y garantizar su reparación<sup>1343</sup>. Por un lado, se plantea que el principio de prevención es la base del *continuum* prevención- reparación y por tanto que la obligación de reparación de un daño es subsidiaria a la obligación de prevención. Esta tesis está instalada en la práctica estatal, y encuentra una inserción mucho más robusta con respecto al principio de reparación<sup>1344</sup>. Este planteamiento, se fundamenta, en la ampliación del significado de la palabra «responsabilidad», en la que la obligación de reparación depende del incumplimiento de la obligación de prevención, tendencia manifestada en los trabajos de la CDI a través del tiempo y sostenida por la mayoría de sus miembros, siendo que la obligación de prevenir es el principio general en el proyecto de prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)<sup>1345</sup>, donde se centra la atención en el principio de prevención, como base de este sistema de responsabilidad internacional.

La inclusión del principio de prevención, como fundamento de la responsabilidad internacional en materia ambiental, ha motivado serias críticas, tanto en un sector minoritario de la doctrina internacional, como por los miembros de la CDI, que no dejan de tener razón. Así, JUSTE precisa, que en el terreno ambiental rigen los principios generales del Derecho internacional relativos a la responsabilidad de los Estados y a la reparación de los daños causados, aunque la naturaleza y el alcance de los mismos en este terreno particular dista mucho de ser una cuestión pacífica.<sup>1346</sup> En atención a ello, algunos miembros de la CDI insistieron en pronunciarse en contra de la idea de incluir dentro del capítulo sobre la prevención *ex post*, en lo que se refiere a medidas que deben adoptarse después de producido un incidente<sup>1347</sup>. Justamente, esta es una de las inconsistencias que el derecho internacional no ha superado en materia de responsabilidad internacional ambiental, pues se fundamenta principalmente, en la obligación de prevención y no en las obligaciones de responsabilidad de los Estados y de la reparación.

JUSTE, respecto a este tema, refiriéndose a los trabajos de la CDI, reconoce que, las dificultades técnicas del tema y la percepción de las reticencias políticas que produce, han frenado el desarrollo de este sector del Derecho internacional, recurriéndose en la práctica hacia formulas atenuadas de responsabilidad<sup>1348</sup>. Esta situación de incertidumbre es motivo de preocupación por algunos miembros de la CDI, así el señor THIAM, se pregunta ¿corresponde realmente la prevención al tema titulado “*Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional*”? Según ese título, la Comisión debería ocuparse de las consecuencias perjudiciales de los actos, y no de la prevención de los actos. No debe estudiar medidas para impedir actos que en todo caso están permitidos

---

<sup>1343</sup> JUSTE RUIZ, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, En: “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág. 41.

<sup>1344</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo cuarto período de sesiones, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, pág. 63.

<sup>1345</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 170.

<sup>1346</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 74-75.

<sup>1347</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, 1991, Volumen. II, Primera Parte, pág. 144.

<sup>1348</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 74-75.

por la ley internacional, sino que *debe concentrarse exclusivamente en las consecuencias que esos actos pueden causar*.<sup>1349</sup> En esa misma línea de análisis, otro orador miembro de la CDI, un tanto desconcertado, opina no entender lo que quiere decir el Relator Especial en relación a que uno de los problemas que se plantean en este tema es el del vínculo entre la reparación —en caso de daño— y la prevención. Pues a este respecto, el Relator Especial señala que la obligación de reparar no es otra cosa, en suma, que la «*prevención tras el acaecimiento*». <sup>1350</sup> Un tanto ilógico desde el punto de vista de la realidad, sostener que se puede prevenir lo que ya ocurrió. En atención a ello, el Señor THIAM, advirtió que, ocuparse principalmente de la prevención es un error, puesto que se situaría en el plano en que las consecuencias perjudiciales todavía no han nacido. <sup>1351</sup> Por lo que, la prevención, en puridad, no debería ser el fundamento central de la responsabilidad internacional ambiental, sino la reparación de los daños ambientales transfronterizos.

Es en este punto que corresponde analizar las diversas posiciones, respecto a la subsidiaridad, unidad y autonomía de los principios de prevención y de reparación, que sustentan el principio de prevención se considere como el fundamento de la responsabilidad internacional. Se parte de considerar que la obligación de prevención y de reparación pertenecen a las normas primarias <sup>1352</sup>. El principio se desglosa en dos componentes que algunos autores proponen mantener separados: por una parte, la idea de prevención del daño ambiental *in genere* y, por otra parte, la obligación específica de no causar un daño ambiental transfronterizo. La fundamentación de este principio radica en la idea de la diligencia debida, del uso equitativo de los recursos y, en definitiva, de la buena fe, que son criterios comunes a todos los ordenamientos jurídicos nacionales y forman parte de los principios generales del Derecho internacional. <sup>1353</sup> En ese sentido, el fundamento del principio de prevención, es que existen dos tipos de obligaciones, las mismas que son fuentes de responsabilidad internacional: a) la obligación de prevenir el daño, y b) la obligación de repararlo, normas que a su vez están estrechamente vinculadas. Existe polémica, acerca de la relación de subsidiaridad, unidad o autonomía entre los indicados principios, situación que es de suma importancia jurídica, por su incidencia en la construcción de sistemas de responsabilidad internacional ambiental. Por el principio de prevención, los Estados y además los particulares deben tomar acciones de prevención que permitan reducir, limitar o controlar los daños ambientales.

---

<sup>1349</sup> Bien se le alcanza la importancia del problema de la prevención en interés de la humanidad; pero ese problema puede tratarse en acuerdos, convenciones regionales o internacionales, según el caso, y, en definitiva, el tema no es de la competencia de la Comisión, como tampoco lo es el mecanismo de procedimiento que propone el Relator Especial. Véase: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág.301.

<sup>1350</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial, Naciones Unidas, 1986, Volumen. II, Primera Parte, pág. 166.

<sup>1351</sup> El Sr. THIAM, sostiene que el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/360), se ha esforzado por encontrar un nuevo terreno, porque el terreno en el que se había colocado era difícil, y se ha ocupado principalmente de la prevención. El orador no se opone a que se estudien medidas preventivas, pero estas no guardan ninguna relación con el tema considerado, tal como se le designa en su título. Claro está que la Comisión podría elaborar, tal vez en forma de una convención tipo, un código de conducta que habría de seguirse para prevenir las consecuencias perjudiciales que resulten de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág. 307.

<sup>1352</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág.217.

<sup>1353</sup> JUSTE RUIZ, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, En: “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág. 74-75.

A partir de este planteamiento, surge *la primera interrogante*, en qué momento *nace la obligación subsidiaria* de reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación de prevención del mismo. Una primera tesis sostiene que, la obligación de reparar surge desde el momento en que se prueba que por el incumplimiento de la obligación de prevenir sucede un daño ambiental transfronterizo, por lo cual debe ser reparado. Esta tesis no es pacífica, tal y como lo dice la CDI: “sólo la falta de esa obligación de reparación puede determinar la aplicación de las normas de responsabilidad de los Estados por causas de ilicitud”<sup>1354</sup>. En este sentido, NOVAK, sostiene que antes, durante y después de producirse el daño, existirá la obligación por parte de los Estados de desarrollar un conjunto de medidas destinadas a prevenir o minimizar el riesgo o los efectos de un perjuicio, que ocasionalmente pudiese derivarse de la realización de una actividad peligrosa; *si se incumple* este deber de prevención, independientemente de que exista o no perjuicio, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional por hecho ilícito (incumplimiento de una obligación internacional).<sup>1355</sup> Por lo que, en caso de no cumplir con la obligación subsidiaria reparar la pérdida o el daño efectivamente sufridos, se puede afirmar que ya se estaría en el campo de la anormalidad jurídica, esto es, en la posibilidad de determinar la aplicación de las normas generales de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos.

En *segundo lugar*, surge otra línea de opinión que plantea la tesis *sobre la unidad entre ambos principios*, se sostiene que existe un vínculo íntimo entre el principio de prevención y el principio de reparación y que a primera vista pueden parecer productos heterogéneos, no obstante, están estrechamente relacionados. En el contexto del tema actual, puede equivaler a veces a la prevención tras el acaecimiento, por lo que el vínculo entre la prevención y la reparación estaría en la práctica en una situación de identidad, pues prevenir y reparar serían lo mismo, visto desde diferentes ángulos o si se quiere desde distintos momentos.<sup>1356</sup> Considerado en un plano jurídico-teórico, el principio de prevención del daño ambiental transfronterizo sin duda inspira y vertebra el Derecho internacional del medio ambiente y constituye una obligación jurídicamente exigible, susceptible de generar responsabilidad en caso de violación<sup>1357</sup> y por tanto, la reparación del daño, se activa, inmediatamente de no haber cumplido con la obligación de prevención. Posición, que tiene una dosis de verdad, pues ciertamente, en apariencia existe una unión entre la prevención y la reparación, y que justamente da pie a cierta confusión en los planteamientos.

Una *tercera posición* sostiene que *el principio de prevención y reparación son instituciones autónomas*, pues el principio de prevención no pertenece al ámbito de la responsabilidad, sino que ese lugar le corresponde al principio de reparación. En materia de responsabilidad ambiental, se prioriza la prevención a la reparación del daño; al respecto GUTIERREZ señala que, en general a lo largo del desarrollo del contenido, la *prevención* es lo que prima, pues “más vale prevenir que curar”, ciertamente es mejor que el

---

<sup>1354</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del trigésimo cuarto período de sesiones, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, pág. 64.

<sup>1355</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, páginas 463 al 465.

<sup>1356</sup> La «debida diligencia», o el «debido cuidado» («the duty of care») se extiende hasta la reparación de cualquier daño que pueda ser razonablemente atribuible al lícito desarrollo de una actividad lícita, señaló el anterior Relator Especial en su segundo informe. Pero los regímenes convencionales demuestran abundantemente que el resarcimiento es una forma de prevención menos adecuada y no debe permitirse que se convierta en una tarifa para causar daños evitables. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial, Naciones Unidas, 1986, Volumen. II, Primera Parte, pág. 157.

<sup>1357</sup> JUSTE RUIZ, J, “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, En: “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Editorial Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág. 73

daño al medio ambiente no se produzca que tener que repararlo. Eso explica que la figura, de la *responsabilidad*, no sea popular en esta materia<sup>1358</sup>. No puede negarse, la inconsistencia práctica del planteamiento, respecto a que el principio de la prevención debe guiar un sistema de responsabilidad, cuando el objetivo central de la responsabilidad es reparar el daño y no de prevenirlo. Ante la ocurrencia de un daño ambiental debe activarse el sistema internacional para la reparación del mismo, situación de hecho, en donde la prevención ya carece de sentido.

En razón a ello, los miembros de la CDI, se muestran escépticos en cuanto a la inclusión del principio de la prevención; por parte del Relator Especial señalando que, si bien sus esfuerzos son laudables, parece que el hecho de que el Estado autor no haya tenido en cuenta la obligación que le impone el requisito de la prevención influye directamente en la obligación de reparación, pues es difícil ver el interés práctico y la eficacia de las disposiciones que establecen medidas de prevención.<sup>1359</sup> Aún con las opiniones en contra, finalmente en el proyecto de la CDI de prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)<sup>1360</sup>, se incluyó la obligación de prevenir como principio base de dicho sistema de responsabilidad, cuyos lineamientos más importantes<sup>1361</sup> son los siguientes: i) Los deberes se proyectan esencialmente como obligaciones de conducta que eviten causar un daño transfronterizo; ii) el Estado en cuyo territorio se proyectara realizar una actividad peligrosa por la obligación «pura» de prevención, debe adoptar sus propias medidas de prevención, o sea, medidas unilaterales, de no haber acuerdo entre ese Estado y los Estados probablemente afectados<sup>1362</sup>; iii) de no producirse el daño, el incumplimiento de las obligaciones de prevención propuestas o de las obligaciones de conducta podría dar lugar a la responsabilidad internacional en relación con el Estado de origen de las actividades ambientalmente riesgosas; iv) el principio de prevención ha suscitado una aceptación general, no obstante, se han expresado algunas reservas, que insisten sobre todo en la necesidad de otorgar mejores garantías, que permitan la mejor aplicación del deber de prevención; v) los intentos de la Comisión de separar el régimen de prevención, del régimen de la reparación, dan la oportunidad de examinar bajo una nueva perspectiva

---

<sup>1358</sup> El profesor BROWNLIE insistió en esta idea en el Curso General que pronunció en La Haya: El Derecho internacional del medio ambiente contemporáneo margina la *responsabilidad* para preferir un enfoque *preventivo*. Quiero poner de manifiesto con todo esto, que no debe descartarse el tratamiento del Derecho internacional del medio ambiente desde una perspectiva de *responsabilidad* internacional, por violación de sus normas. GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “*La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo*”. En: *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XVI, Universidad de Navarra, Navarra, 1998, pág. 197.

<sup>1359</sup> Es cierto que, conforme al párrafo 2 de la sección 2, el Estado afectado puede tomar la iniciativa de informar al Estado autor de los riesgos de pérdida o daño; pero si la parte afectada es un parte en desarrollo, una gestión suya quizá no tenga mucho éxito cerca de un Estado autor industrializado. A la inversa, como ha observado el Relator Especial (A/CN.4/360, párr. 23), los Estados en desarrollo solo disponen de medios de información limitados sobre las industrias implantadas en su territorio. En definitiva, todas las precauciones adoptadas para asegurar una prevención eficaz pueden ser inútiles. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág.299.

<sup>1360</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 170.

<sup>1361</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1998, Vol. II, Primera Parte*”, Documentos del Quincuagésimo Período de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 200-205.

<sup>1362</sup> La obligación «pura» de prevención, esto es, cuando no hay un régimen específico, entonces la obligación del Estado de origen de tomar unilateralmente las precauciones razonables para evitar o minimizar el daño, que parece no ser autónoma y vincularse directamente con el daño. En este caso el efecto de esta obligación sólo surgiría cuando se produjera el daño, y podría incidir en los efectos de la indemnización en la medida que se establezca en el proyecto. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documento A/CN.4/405.-Tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial Naciones Unidas, 1988, Volumen. II, Primera Parte, pág. 200-205.

la cuestión de las consecuencias dimanantes del incumplimiento de las obligaciones de prevención; vi) sería necesario distinguir entre las obligaciones de prevención asignadas al Estado y las obligaciones de los agentes privados que realizan actividades peligrosas; vii) el incumplimiento de las obligaciones de prevención del Estado podría plantearse en el ámbito de la responsabilidad de los Estados o incluso como una cuestión de responsabilidad, sin que la actividad misma sea considerada ilícita o prohibida.

De todo lo anotado, consideramos, que el presupuesto de la responsabilidad internacional en materia ambiental, debe basarse en la obligación de responsabilidad y de reparación del daño ambiental transfronterizo, y no la prevención del mismo, dado que no es posible prevenir lo que ya ocurrió, razón de peso para afirmar que ambas instituciones obedecen a fines diferentes. La institución de la prevención tiene objetivos distintos a la institución de la reparación del daño ambiental, pues por la primera, se obliga a tomar acciones anticipadamente a la ocurrencia del daño, a diferencia de la reparación, cuyo presupuesto es el daño ambiental transfronterizo concreto que obliga a ser reparado.

### **E) Principio Precautorio.**

Por el principio precautorio, precisa JUSTE, cuando haya peligro de un daño grave e irreversible, las faltas de certeza científica absoluta no deberán utilizar los Estados como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.<sup>1363</sup> Por lo que, la respuesta jurídica a estas situaciones es el Principio Precautorio,<sup>1364</sup> pues la sociedad no puede esperar hasta que se conozcan todas las respuestas, antes de tomar medidas que protejan la salud humana o el medio ambiente de un daño potencial<sup>1365</sup>. Así, los Estados, observa VERCHER, deben adoptar medidas de protección y prevención de daños al medio ambiente, frente a una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la integridad del medio ambiente, principio que debe ser aplicado a todo tipo de actividades con impacto negativo en el medio ambiente<sup>1366</sup>. En ese sentido el principio precautorio, va más allá de la mera reparación del daño y de la prevención de los riesgos, pues exige la reducción y prevención de los daños al medio ambiente inclusive sin tomar en cuenta la certeza científica de la existencia de los riesgos ambientales<sup>1367</sup>. Se trata entonces de un principio que busca, en lo posible, proteger el medio ambiente ante la mínima posibilidad de que ocurra un daño ambiental transfronterizo.

La creciente literatura sobre la materia no está ciertamente consensuada, pues depende mucho de la visión ecológica o utilitaria, no obstante, FOY observa que se advierten algunos elementos esenciales en la caracterización de este principio: i) Existencia de daño irreversible; ii) incertidumbre científica y verosímil amenaza de daño o afectación; iii) análisis costo beneficio de la acción y la inacción por no hacer algo; iv) proporcionalidad de las medidas, no discriminatorias, provisionales y variables<sup>1368</sup>, y se puede agregar; v) protección amplia del medio ambiente. Asimismo, de las conceptualizaciones contenidas en los

---

<sup>1363</sup> JUSTE RUIZ, José, *“Derecho Internacional del Medio Ambiente”*, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 80-81.

<sup>1364</sup> No obstante, las intervenciones humanas en el ambiente, como producto de los grandes adelantos tecnológicos producidos principalmente a partir de 1950, entrañan una complejidad tal que, en muchos casos, no resulta posible tener certeza científica acerca de los riesgos o probables daños al ambiente que estas actividades provocarían. ANDALUZ WESTREICHER Carlos, *“Manual de Derecho Ambiental”*, Editorial IUSTITIA S.A.C., Perú, 2011, pág. 581.

<sup>1365</sup> FOY Valencia, Pierre *SOFT LAW Y DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL ALGUNAS APLICACIONES NACIONALES* Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, enero, 2008, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, pp. 79.

<sup>1366</sup>; VERCHER NOGUERA, Antonio, *“El Derecho Europeo Medioambiental. Estado Actual de la Transposición”*, Editorial Thomson Aranzadi, Impreso Lerko Print, S.A, Consejo General del Poder Judicial, Navarra, 2005, pág. 100.

<sup>1367</sup> VERA, Germán; *“El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio”*, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, pág. 112.

<sup>1368</sup> FOY Valencia, Pierre *SOFT LAW Y DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL ALGUNAS APLICACIONES NACIONALES* Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, enero, 2008, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, pág.80

distintos instrumentos internacionales, observa BELLOTTI, es necesario percibir al principio de precaución en dos niveles profundamente diferenciados de situación<sup>1369</sup>: i) Cuando se teme que las actividades puedan causar daños graves, irreversibles, catastróficos al medio ambiente; se impone la proscripción de la actividad hasta que se alcancen certidumbre que permitan adoptar previsiones capaces de neutralizar el peligro temido; y ii) cuando se supone que las actividades pueden ser peligrosas para la conservación y prevención del medio ambiente, en este caso, se requiere la adopción de medidas que permitan reducir al mínimo los eventuales efectos perjudiciales antes y después de autorizar la actividad. Este principio, precisa VERA, es la demostración de que existe la intención de cubrir de todo riesgo posible el medio ambiente, pues aun cuando no haya plena seguridad científica, la sola presunción de este daño obliga a evitar la acción que pueda causarlo.<sup>1370</sup> Tal como se observa, el fundamento del principio precautorio, es la protección amplia del medio ambiente.

Este principio tiene límites de aplicación. Así GUTIERREZ, advierte que los Estados lo aplicarán “conforme a sus capacidades”, es decir, quien más pueda, más y mejor deberá tenerlo en cuenta; es pertinente aunque no se esté del todo seguro científicamente de manera “absoluta” de la inocuidad de las actividades, no debe descartarse las medidas de precaución; de cautela o precaución.<sup>1371</sup> La aplicación del principio precautorio, al tener amplios objetivos de protección del medio ambiente, corre el riesgo de sólo ser un anhelo de difícil realización. Esta situación ha determinado, que un sector de la doctrina considere al principio precautorio, como un elemento paralizante, meramente intuitivo, acientífico, sin fuerza normativa,<sup>1372</sup>. No obstante, siendo el objetivo central de protección del medio ambiente, todo esfuerzo es válido, aun cuando sea necesario asumir posiciones cautelares aparentemente exageradas, en puridad no lo son, si con ello se logra que no ocurra un daño ambiental transfronterizo.

Existe polémica en la doctrina respecto a si se debe aplicar el principio precautorio solo a las actividades que ocasionan lesiones muy graves al medio ambiente, al respecto sostiene FRANCISKOVIC, que no hay acuerdo en el tema, pues unos refieren que debe aplicarse para casos muy graves de amenaza al ambiente, como es el cambio climático o deterioro de la capa de ozono, y otros manifiestan su oposición rotunda por la posibilidad de regular y limitar la actividad humana<sup>1373</sup>. Otros autores más proclives a defender el

---

<sup>1369</sup> BELLOTTI, Mirtha; BENITEZ, Oscar; DRNAS, Zlata y otros, DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora); *“El Principio de Precaución Ambiental La Práctica Argentina”*, Editorial “Lerner Editora”, Córdoba, pág. 51

<sup>1370</sup> Un ejemplo puede aclarar de una mejor manera el contenido del principio bajo análisis. Imaginemos que las torres de alta tensión eléctrica pueden generar cáncer o alguna otra enfermedad en las personas que sufren exposición diaria o están en contacto permanente con ellas. Así, por ejemplo, si estas torres se encuentran cerca de un poblado o de un colegio, el principio precautorio nos obligaría a retirar las torres eléctricas cercanas o a no establecer en el futuro más de ellas en las cercanías. En este caso, la certeza científica que estas torres causen alguna enfermedad no existe. Lo que existe es una probabilidad que causen un efecto dañoso. VERA, Germán; *“El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio”*, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, pág. 112.

<sup>1371</sup> GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, *“La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo”*. En: *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XVI, Universidad de Navarra, Navarra, 1998, pág. 167.

<sup>1372</sup> Se trata de un principio eje para la realización del desarrollo sostenible, durable, con responsabilidad intergeneracional, que impone el accionar criterioso, el que desde la “certeza de la incertidumbre”, prefiere postergar beneficios y no correr el riesgo de un eventual daño al medio ambiente. BELLOTTI, Mirtha; BENITEZ, Oscar; DRNAS, Zlata y otros, DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora); *“El Principio de Precaución Ambiental La Práctica Argentina”*, Editorial “Lerner Editora”, Córdoba, pág. 92.

<sup>1373</sup> El hecho es que la formulación del principio no es idéntica en los siete tratados internacionales en que se ha concluido, siendo el Convenio de Diversidad Biológica (1992) y el de Cambio Climático (1992) los dos convenios en los que se tratan asuntos de interés mundial y que se aplican a casi todas las actividades humanas. Asimismo, el Convenio de Washington (1995) sobre la pesca de peces transnacionales altamente migratorios incluye el enfoque precautorio para conservación y manejo de los recursos pesqueros. Nueva Zelanda invocó el principio de precaución en su sustentación ante la Corte Internacional de Justicia para revisar la decisión de Francia de reiniciar las pruebas nucleares en Mururoa. FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, *“Derecho*

principio precautorio, sostienen que no es necesario demostrar los peligros de la contaminación en un contexto de riesgo y que, por tanto, su aplicación debe darse a todas las actividades que son consideradas peligrosas para el medio ambiente, y también a las que posiblemente constituyan una amenaza al medio ambiente.

*¿En qué se diferencia el principio preventivo del principio precautorio?* JUSTE, responde, que etimológicamente el principio precautorio podría confundirse con el ya conocido principio de prevención, lo cierto es que el principio de acción precautorio difiere substancialmente de aquel y supone una transformación radical de los planteamientos anteriores<sup>1374</sup>. La doctrina es unánime en reconocer que el principio precautorio está unido al principio de prevención de los daños ambientales transfronterizos<sup>1375</sup>, y que la precaución en su verdadero significado, se trata de un complementario mas no sustituto del principio de prevención<sup>1376</sup>, no obstante, dicha unión es sólo aparente, pues la prevención es diferente de precaución. Al respecto DE PARGA Y MASEDA, precisa que el principio de prevención se basa en dos ideas fuerza: i) El riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo y ii) en su formulación más radical, la precaución, se basa en que el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estado de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos.<sup>1377</sup> En esa misma línea de análisis, para VERA, la diferencia estriba en el hecho que frente a una acción que pueda ocasionar un daño al medio ambiente, en el caso del principio preventivo, lo que existe es certeza científica de que esa acción va a ocasionar un efecto dañoso. En contraste, en el caso del principio precautorio no existe esta certeza científica, es sólo ante la imposibilidad de conocer con anterioridad el efecto dañoso que se aplica el principio precautorio.<sup>1378</sup> Por lo que, el principio preventivo difiere del precautorio, principalmente porque opera frente al riesgo inminente y real del posible acaecimiento de un daño ambiental transfronterizo, en tanto que el principio precautorio, manifiesta su protección ante la incerteza científica del acaecimiento de un daño ambiental transfronterizo.

El principio precautorio, tiene como antecedente la sentencia arbitral emitida en el *Asunto Trail Smelter* (1980)<sup>1379</sup>, el Tribunal aplicó los principios ambientales tanto de precaución como de prevención

---

*Ambiental”, Derecho Ambiental”,* Primera Edición, Edit. Universidad San Martín de Porres Fondo Editorial, Lima-Perú, 2011, pág. 76-77.

<sup>1374</sup> JUSTE RUIZ, José, *“Derecho Internacional del Medio Ambiente”*, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 78.

<sup>1375</sup> Es universalmente aceptado en el Derecho Internacional que, ante un riesgo de peligro de daño grave o irreversible de un daño ambiental transfronterizo, los Estados, están obligados, de acuerdo a sus capacidades a tomarse las medidas necesarias para conjurarlo. A esto se ha denominado Principio de Prevención, pilar que sostiene toda la normativa ambiental, en el entendido que las afectaciones graves al ambiente, en muchos casos, consecuencias irreversibles; por eso sus normas tienen un énfasis preventivo antes que reparador. ANDALUZ WESTREICHER Carlos, *“Manual de Derecho Ambiental”*, Editorial IUSTITIA S.A.C., Perú, 2011, pág. 581.

<sup>1376</sup> DE PARGA Y MASEDA, Patricia; *“Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”*, En Revista “Política y Sociedad”, Año 2003, Vol. 40, N°. 3, Departamento de Derecho Internacional Público y Privado Universidad Complutense de Madrid, pág. 21.

<sup>1377</sup> DE PARGA Y MASEDA, Patricia; *“Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”*, En Revista “Política y Sociedad”, Año 2003, Vol. 40, N°. 3, Departamento de Derecho Internacional Público y Privado Universidad Complutense de Madrid, pág. 16 a 17.

<sup>1378</sup> El principio precautorio es un paso previo al principio preventivo, puesto que este último principio se puede aplicar aún antes de saber si un acto puede o no ser dañoso para el medio ambiente, por lo que queda claro que ambos principios son diferentes y tienen esferas de actuación en diferentes planos, tal cual lo reconoce la doctrina más autorizada. VERA, Germán; *“El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio”*, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, pág. 114 a 115.

<sup>1379</sup> TRIBUNAL ARBITRAL. Asunto Fundación de Trail, Estados Unidos vs Canadá. Reports. 1928. [HTTPS://LEGAL.UN.ORG/RIAA/CASES/VOL\\_III/1905-1982.PDF](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)



ambiental, pues si bien permitió a la fundición continuar con sus actividades, no obstante, obligó a dicha empresa que: *a)* Se redujera a un nivel aceptable los humos emitidos por la fundición, y *b)* que el proceso industrial deba modificarse para que cesaran los daños y, asimismo, ordenó que ya no afectasen en un futuro los intereses del Estado norteamericano. Aporte importante para la adecuación de la conducta de los operadores que realizan actividades ambientalmente peligrosas. El Tribunal se ocupó de la prevención de los daños futuros, pues ordenó que en caso que los resultados deseables y previstos del régimen o medida de control, no sean adoptados o no se materialicen por parte de la Fundición, esta se abstenga de ocasionar algún daño al Estado de Washington en el futuro. De esta manera el Tribunal, no sólo buscaba eliminar las causas de la controversia, sino también evitar la probabilidad de que en el futuro se produzcan nuevos daños al Estado víctima.

El principio precautorio, posteriormente se estableció en la declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) en el principio 15<sup>1380</sup>, en donde se pone de manifiesto a los participantes de dicha convención que, aunque carezcan de certidumbre científica absoluta, no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio. El principio precautorio, está contenido, en: i) El Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de Barcelona (1976)<sup>1381</sup> proclama también el principio precautorio, como criterio que debe guiar la actuación protectora del mar mediterráneo contra la contaminación; ii) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) en su artículo 3, párrafo 3<sup>1382</sup>, también hace alusión a la proclamación del principio precautorio, con el fin de reducir el cambio climático; iii) el Convenio sobre la Diversidad Biológica de la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro (1992), estableció en su preámbulo<sup>1383</sup>, que la falta de certeza científica no es excusa para no adoptar medidas de

---

<sup>1380</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Principio de Precaución. (...) Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente *el criterio de precaución* conforme a sus capacidades. cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

<sup>1381</sup> i) Convenio de Barcelona para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación. Artículo 4. Compromisos Generales.1. Las partes contratantes tomaran, individual o colectivamente, todas las medidas apropiadas, de acuerdo con las disposiciones del presente convenio y de los protocolos en vigor en los que sean parte para prevenir, reducir y combatir la contaminación de la zona del mar mediterráneo y para proteger y mejorar el medio marino en dicha zona. CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DEL MAR MEDITERRÁNEO CONTRA LA CONTAMINACIÓN, Barcelona, 16 de febrero de 1976, PNUMA-ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1978/02/21/pdfs/A04107-04115.pdf>; ii) Dentro de las obligaciones generales de las Partes se incluye la de aplicar, de conformidad con sus capacidades, *el principio de precaución*, por virtud del cual cuando hay amenaza de daño serio o irreversible, la falta de completa certidumbre científica no deberá utilizarse como razón para posponer las medidas efectivas para prevenir la degradación ambiental. FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, "*Derecho Ambiental*", *Derecho Ambiental*", Primera Edición, Edit. Universidad San Martín de Porres Fondo Editorial, Lima-Perú, 2011, pág. 76-77.

<sup>1382</sup>Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992). (...) Artículo 3. Párrafo 3. Las Partes deberían tomar *medidas de precaución* para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, Nueva York, 9 de mayo de 1992, ONU, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

<sup>1383</sup>El Convenio sobre la Diversidad Biológica de la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro (1992), entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Preámbulo. Las Partes Contratantes, (...)Conscientes de la general falta de información y conocimientos sobre la diversidad biológica y de la urgente necesidad de desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales para lograr un entendimiento básico que permita planificar y aplicar las medidas adecuadas, Observando que es vital prevenir, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica, Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica *no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir* al mínimo esa amenaza(...). EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA DE LA CUMBRE DE LA TIERRA, Río de Janeiro, 5 de junio de 1992, ONU, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201760/v1760.pdf>

protección y prevención de daños al medio ambiente, frente a una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica; iv) la Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales de Helsinki(1992)<sup>1384</sup>, recogió el principio precautorio dentro de su disposiciones generales, calificando a la acción precautoria como un principio por el cual las partes contratantes a la hora de cumplir las obligaciones que les impone el convenio deberán regirse; v) la Convención de París para la Protección del Medio Marino del Noreste Atlántico (1992)<sup>1385</sup> igualmente impone a las partes contratantes la obligación de aplicar el principio precautorio, y por tanto, las partes deberán tomar las medidas preventivas cuando hay bases razonables de precaución de que las sustancias, la energía introducida, directa o indirectamente, en el medio marino podrían producir peligros a la salud humana, dañar los recursos vivos y ecosistemas.

Al interno de los trabajos de la CDI, es de interés el principio precautorio, en donde se expuso con cierto detalle dicho principio, señalando las siguientes medidas precautorias concretas: i) La protección del medio ambiente no debe tener como única finalidad la protección de la salud, la propiedad y los intereses económicos de los seres humanos, sino también la protección del medio ambiente como un fin en sí mismo; ii) las obligaciones precautorias no sólo deben cobrar efecto cuando exista la sospecha de un peligro concreto, sino también cuando haya una inquietud (justificada) o un peligro potencial; iii) las obligaciones de prevención y mitigación no deben estar condicionadas a una prueba científica absoluta o a una relación precisa de causa a efecto, ni a determinados niveles del daño; iv) no debe hacerse distinción alguna entre los daños al medio ambiente en los planos nacional e internacional. Esta internacionalización, y la solidaridad regional y mundial, deben facilitar la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, a fin de que puedan aplicar medidas de ordenación ecológica.

Cada Estado deberá de tratar de adoptar y aplicar criterios preventivos y precautorios respecto de los problemas de la contaminación, lo que entraña, entre otras cosas, evitar la descarga en el medio ambiente de sustancias que puedan causar daño a los seres humanos o al medio ambiente, sin que sea necesario disponer previamente de la prueba científica del daño<sup>1386</sup>. La CDI, sostiene que no existe una comprensión

---

<sup>1384</sup> La Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales (1992). Preámbulo. (...) Reconociendo la importancia y urgencia de prevenir los efectos nocivos graves de los accidentes industriales sobre los seres humanos y el medio ambiente y de promover toda clase de medidas que fomenten la aplicación racional, económica y eficaz de medidas de prevención, precaución y respuesta para hacer posible un desarrollo económico ecológicamente racional y duradero. LA CONVENCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL USO DE LOS CURSOS DE AGUA TRANSFRONTERIZOS Y LOS LAGOS INTERNACIONALES, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2000/04/04/pdfs/A13849-13857.pdf>

<sup>1385</sup> La Convención de París para la Protección del Medio Marino del Noreste Atlántico (1992). i) Artículo 2. Obligaciones generales.2. Las Partes Contratantes aplicarán: a) *El principio de precaución*, en virtud del cual se tomarán medidas preventivas cuando haya motivos razonables para pensar que las sustancias o energía introducidas, directa o indirectamente, en el medio marino puedan constituir un peligro para la salud humana, dañar los recursos vivos y los ecosistemas marinos, deteriorar las posibilidades recreativas u obstaculizar otros usos legítimos del mar, incluso cuando no haya pruebas concluyentes de una relación de causalidad entre las aportaciones y sus consecuencias. LA CONVENCIÓN DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO DEL NORESTE ATLÁNTICO, Paris, 22 de setiembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1998/06/24/pdfs/A20663-20675.pdf>; ii) esta disposición es importante en varios aspectos, no solo porque se refiere a la *acción precautoria* como principio detallando su contenido concreto, sino porque además en el ámbito de la protección del medio marino del área del Atlántico nordeste el principio de precaución no había sido recogido en un texto jurídicamente vinculante hasta esta Convención. RANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “*Derecho Ambiental*”, Op. Cit., pág. 76-77.

<sup>1386</sup> Las partes cooperarán entre sí para adoptar las medidas adecuadas con objeto de aplicar el principio de precaución, para ello, se deberá recurrir a las técnicas y criterios más modernos se instaría a los Estados a adoptar medidas para prevenir, atenuar o eliminar los daños graves e inminentes, teniendo en cuenta el alcance y la probabilidad de un perjuicio inminente si no se adoptan esas medidas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños

uniforme del significado del principio de precaución entre los Estados y otros miembros de la comunidad internacional, y que es un principio «en evolución», corroborado en diversos tratados internacionales como un principio de derecho internacional consuetudinario, en ese sentido las consecuencias de su aplicación en cualquier situación potencial estarán influenciadas por las circunstancias de cada caso concreto.

La CDI, también se ha referido al asunto consistente, en determinar qué relación existe entre el principio precautorio y la responsabilidad internacional por los daños transfronterizos. Al respecto, la CDI considera que la aplicación de este principio entraña la prevención de un daño ambiental, toda vez que, establece que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá aducirse como razón para aplazar la adopción de medidas destinadas a impedir la degradación del medio ambiente<sup>1387</sup>. Por lo que, el principio precautorio está unido al principio de prevención del daño ambiental, esto es, la adopción de medidas para evitar el daño ambiental, lo que implica elegir la actividad que menos perjudique al medio ambiente. Si se tiene en cuenta que las acciones precautorias deben ser aplicadas cuando el daño ambiental transfronterizo aún no ha sucedido, Así, en la Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales de Helsinki (1992)<sup>1388</sup>, la acción precautoria es una obligación, que debe ser cumplida, como parte del convenio. Por lo que, por el principio precautorio, los Estados, deben adoptar las medidas precautorias que prevengan el daño ambiental, pues por este principio lo que se pretende es cuidar que las acciones de protección y prevención deben ser tomadas por parte de los Estados y privados para que los daños ambientales transfronterizos no ocurran, por lo que, su incumplimiento acarrea responsabilidad internacional a los Estados.

Así, en este punto de análisis, la pregunta que debemos hacernos es si el principio precautorio tiene el suficiente grado de consenso mundial para ser considerado una regla de derecho internacional o si, por el contrario, es meramente un principio o una norma de derecho nacional que le compete regular a cada país en particular<sup>1389</sup>. Al respecto, la doctrina, de manera reiterada, sostiene que la condición jurídica del principio de precaución aún carece de consenso pleno<sup>1390</sup>, pues, no es claro afirmar que exista consenso mundial sobre su carácter de costumbre internacional y, sobre su contenido obligatorio mundial.

---

transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 226.

<sup>1387</sup> El principio sugiere también que, cuando haya un peligro identificable de daño grave o irreversible para el medio ambiente, por ejemplo, la extinción de una especie, una contaminación tóxica extendida o una amenaza grave contra un proceso ecológico esencial, convendría que la carga de la prueba recaiga en la persona o entidad que haya propuesto la actividad potencialmente nociva para el medio ambiente. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág.225.

<sup>1388</sup> La Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales (1992). Preámbulo. (...) Reconociendo la importancia y urgencia de prevenir los efectos nocivos graves de los accidentes industriales sobre los seres humanos y el medio ambiente y de promover toda clase de medidas que fomenten la aplicación racional, económica y eficaz de medidas de prevención, precaución y respuesta para hacer posible un desarrollo económico ecológicamente racional y duradero. LA CONVENCION DE LA PROTECCION DEL USO DE LOS CURSOS DE AGUA TRANSFRONTERIZOS Y LOS LAGOS INTERNACIONALES, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2000/04/04/pdfs/A13849-13857.pdf>

<sup>1389</sup> VERA, Germán; “*El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio*”, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, pág. 115.

<sup>1390</sup> No es posible negar que existe una obligación de comportamiento para los Estados de naturaleza *erga omnes*: estar permanentemente alerta frente al peligro que implica desdeñan los potenciales riesgos de determinadas actividades. BELLOTTI, Mirtha; BENITEZ, Oscar; DRNAS, Zlata y otros, DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora); “*El Principio de Precaución Ambiental La Práctica Argentina*”, Editorial “Lerner Editora”, Córdoba, pág. 92.

Consecuentemente, este principio no es aún parte de la costumbre internacional vigente, por lo que está en un nivel progresivo.

No obstante, el principio precautorio cada vez está adquiriendo mayor aceptación a nivel mundial.<sup>1391</sup> Tal situación se explica, dice FOY, porque estamos ante un escenario de confrontaciones en que de una parte se postulan criterios desde una visión ecológica orientada a evitar o reducir los riesgos contemporáneos; y de la otra, una visión más utilitaria, que apuesta por el riesgo y los beneficios que ello conlleva como parte del proceso de búsqueda del crecimiento y bienestar humano. Ambas posiciones desde sus extremos serían perniciosas<sup>1392</sup>, y además, porque el principio de precaución si bien ha quedado definitivamente consagrado en la Declaración de Rio, JUSTE observa que, su alcance ha sido minimizado en varios aspectos: i) La Declaración ha devaluado el rango del principio al conferirle la denominación de mero criterio (approach); ii) ha restringido su aplicación al acumular las condiciones de gravedad e irreversibilidad del daño potencial; y iii) ha relativizado su alcance al afirmar que su aplicación estará en función tanto de las capacidades de los diferentes Estados como de los costos comparativos de las medidas ambientales a adoptar.<sup>1393</sup> Ello ha determinado que existe duda sobre si el principio de precaución, haya alcanzado el rango de norma general<sup>1394</sup>, observándose que, la mayoría de la doctrina se resiste a considerar que este *principio de precaución* haya alcanzado el grado de normas consuetudinarias de carácter general.<sup>1395</sup> Pese a las ambigüedades que todavía arrastra, sostiene la doctrina relevante<sup>1396</sup> que, el principio de precaución constituye un nuevo parámetro del pensamiento y la acción ambiental en el plano internacional, y es muestra de la evolución constante del derecho internacional, en el ámbito de la protección del medio ambiente.

De todo lo anotado, se puede concluir que: i) Para algunos, el principio significa que los Estados deben obrar cuidadosamente, prudentemente, al adoptar decisiones susceptibles de causar daños al medio ambiente. Para esta posición, el principio de precaución parece tan indeterminado que resulta difícil distinguirlo de esa obligación general de debida diligencia a la que me he referido antes; ii) una interpretación más matizada sostiene que el principio impone a los Estados la reglamentación y probablemente la prohibición, de las actividades, agentes o sustancias que puedan dañar seria o gravemente el medio ambiente, aunque no existan pruebas definitivas sobre su impacto negativo o el alcance de este; y iii) una tercera vía, más radical, en aplicación del principio al que me vengo refiero, se daría en el supuesto de una inversión de la carga de la prueba para el Estado que se proponga llevar a cabo

---

<sup>1391</sup> Las dos principales convenciones mundiales en las que se le ha incorporado – La Convención sobre Diversidad Biológica, y la referida al Cambio Climático- todavía no muestran un total consenso a nivel global, aunque debemos remarcar que esta situación no sólo significa falta de acuerdo sobre este punto – el principio precautorio- sino sobre otros temas de la agenda global de un medio ambiente. VERA, Germán; “*El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio*”, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, pág. 115- 116.

<sup>1392</sup> ¿Cómo buscar el punto medio desde los sistemas legales y las pautas actuales del conocimiento científico?? Foy Valencia, Pierre SOFT LAW Y DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL ALGUNAS APLICACIONES NACIONALES Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, enero, 2008, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, pp. 79.

<sup>1393</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, 80-81.

<sup>1394</sup> GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “*La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo*”. En: *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XVI, Universidad de Navarra, Navarra, 1998, pág.164.

<sup>1395</sup> GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “*La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo*”. En: *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XVI, Universidad de Navarra, Navarra, 1998, pág. 165 a 166.

<sup>1396</sup> El principio precautorio, se ha configurado en todo caso como un criterio que debe ser ampliamente aplicado y que conlleva importantes consecuencias prácticas, al exigir que se adopten las medidas (de acción o abstención) que sean necesarias para conjurar los peligros de un daño grave e irreversible, incluso a falta de certeza científica. JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 80-81.

una actividad que *prima facie* podría dañar el medio ambiente. Este Estado deberá demostrar su inocuidad como *conditio* para llevarla a cabo “legalmente”. En el asunto que enfrentó en 1995 a Nueva Zelanda y Francia ante el TIJ, el demandante sostuvo esta concepción del principio, aunque el desenlace del asunto no permite extraer conclusiones en ningún sentido, como más tarde concretaré.<sup>1397</sup> A lo anterior, se añade que, el principio precautorio ya está presente en nuestro sistema jurídico, ya no es meramente de *soft law*, por lo que debe dársele un tratamiento legal sobre todo procedimental, para garantizar su uso correcto.<sup>1398</sup> En ese sentido el principio precautorio, está en plena evolución, lo que se debe motivar las investigaciones sobre las implicancias de este principio, que por el momento, ante la poca evolución de la ciencia, en relación al conocimiento del medio ambiente, así como de los efectos nocivos de los daños ambientales transfronterizos, este principio, en todo caso, se convierte en un amplio espectro de protección del medio ambiente, y por tanto, amerita su mayor estudio doctrinario y comparativo, en el ámbito de la responsabilidad ambiental.

#### 1.1.1.4. El acto unilateral de un Estado

El acto unilateral de un Estado, asumiendo responsabilidad, es fuente de obligación para el derecho internacional. Dicho principio, tiene como antecedente la sentencia arbitral emitida en el *Asunto del Settlement Gut Dam Claims*, suscitado entre Canadá y United States(1968)<sup>1399</sup>, se origina, por la construcción de una presa en el año de 1903, entre la isla de *Adams*, situada en territorio canadiense, y *Les Galops* territorio norteamericano, siendo que a través del tiempo se realizaron varios cambios en dicha obra, para aumentar la altura de la presa, lo que originó que entre los años de 1951 y 1952, el nivel de las aguas alcanzara una altura sin precedentes originando inundaciones y la erosión del terreno, causándose daños en las orillas septentrionales y meridionales de los lagos. Ante tal situación los Estados Unidos demandaron de indemnización de los daños causados por la presa de Gut. El Tribunal reconoció la responsabilidad del Canadá, sin pasar a examinar la cuestión de la culpa o negligencia de ese país. En el asunto *Settlement Gut Dam Claims* (1968), el principio que se puede rescatar el Estado de origen,<sup>1400</sup> que hay responsabilidad internacional, cuando el Estado *de origen acepta unilateralmente su responsabilidad*.

---

<sup>1397</sup> GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo”. En: *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XVI, Universidad de Navarra, Navarra, 1998, pág. 165 a 166.

<sup>1398</sup>Foy Valencia, Pierre *SOFT LAW Y DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL ALGUNAS APLICACIONES NACIONALES* Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, enero, 2008, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, pp. 81

<sup>1399</sup>El asunto *Settlement Gut Dam Claims (Canadá y United States)* (1968). Se remonta, a que un ingeniero canadiense, propuso a su Gobierno la construcción de una presa entre la isla de Adams, situada en territorio canadiense, y Les Galops (Estados Unidos), con el fin de mejorar la navegación en el río San Lorenzo. Tras la realización de estudios, el intercambio de numerosos informes y la aprobación oficial por ley del Congreso de los Estados Unidos, el Gobierno canadiense procedió a construir la presa en 1903. Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que la presa era demasiado baja para el logro del objetivo deseado y, con la autorización de los Estados Unidos, el Canadá aumentó la altura de la presa. Entre 1904 y 1951, varios cambios de origen humano afectaron la corriente de las aguas en la cuenca de los Grandes Lagos y el río San Lorenzo. Aunque sin modificarse la presa en modo alguno, ascendió el nivel de las aguas del río y del lago Ontario, situado en un lugar geográficamente próximo. En 1951 y 1952, el nivel de las aguas alcanzó una altura sin precedentes que, juntamente con las tormentas y otros fenómenos naturales, originó inundaciones y la erosión del terreno, causándose daños en las orillas septentrionales y meridionales de los lagos. En 1953, el Canadá eliminó la presa como parte de las obras de construcción de la vía de navegación del río San Lorenzo, no obstante, los Estados Unidos mantuvieron su demanda de indemnización de los daños causados por la presa de Gut durante algunos años más. Véase. “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, *Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones*, Documento A/CN. 4/471, Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 99.

<sup>1400</sup> Véase. “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, *Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones*, Documento A/CN. 4/471, Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría, 1995, Vol. II, Primera parte, pág.99.

El mismo que, debe indemnizar, no sólo a los ciudadanos víctimas directos del daño ambiental, sino también a todos los ciudadanos de los Estados Unidos; y es posible reconocer la responsabilidad del Estado de origen sin determinar si el Estado de origen, tuvo culpa o negligencia, esto es, determinar la responsabilidad objetiva de los Estados.

Otro asunto, es el relacionado, al Estados francés quien se comprometió por un *acto unilateral* a no realizar nuevos ensayos nucleares en la atmósfera, en el caso relativo a los ensayos nucleares (Nueva Zelanda contra Francia) <sup>1401</sup>, la CIJ, en la sentencia de fecha 20 de diciembre de 1974, la Corte, declaró que, no tenía que dictaminar al respecto, porque Francia se había comprometido a no efectuar nuevos ensayos nucleares en la atmósfera en el Pacífico meridional, de esa manera desapareció el conflicto. En el razonamiento de su fallo, la Corte adujo, entre otras, las siguientes consideraciones: El objetivo original y último de Nueva Zelanda era obtener la terminación de esos ensayos; Francia, en varias declaraciones públicas hechas en 1974, había anunciado su intención, tras completar la serie de ensayos atmosféricos de 1974, de abandonar la realización de tales ensayos; la Corte concluyó que el objetivo de Nueva Zelanda se había cumplido de hecho, en la medida en que Francia se había comprometido a no efectuar nuevos ensayos nucleares en la atmósfera en el Pacífico meridional; al haber desaparecido así la controversia, la reclamación no tenía ya objeto y no existía nada sobre lo que hubiera que fallar. Por lo que, en este caso, un acto unilateral por parte de Francia, determinó que se obligara frente al Estado de Nueva Zelanda a no continuar con los ensayos nucleares, la CIJ, por tanto, dio por terminado el conflicto. Por lo que, el criterio de la CDI, un compromiso unilateral por parte de un Estado es fuente de obligación internacional en materia ambiental.

Por lo que, un compromiso unilateral por parte de un Estado es fuente de obligación internacional en materia ambiental. Asimismo, el acto unilateral de un Estado, como fuente de responsabilidad del Estado por los daños ambientales transfronterizos, está establecido, en el artículo 12, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), que establece que hay violación de una obligación internacional cuando el hecho de que se trata no está acorde con lo que exige esa obligación «sea cual fuere el origen (...) de esa obligación». <sup>1402</sup> Es decir, a todos los procesos de creación de obligaciones jurídicas reconocidos por el derecho internacional, sin importar su fuente de obligación, <sup>196</sup> entre las cuales se encuentran las obligaciones internacionales contraídas por los Estados, mediante un acto unilateral.

### **1.1.2.- Las normas internacionales con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales sin naturaleza vinculante.**

El derecho internacional del medio ambiente, debe mucho de su crecimiento a la utilización de la técnica de los tratados multilaterales, y responde a un conjunto de principios normativos que contienen, antes que normas de efectos vinculatorios, principios esencialmente enunciativos. Este hecho es aprovechado por quienes niegan la existencia y, *fortiori*, sobre la autonomía de esta disciplina, para sostener que, en estricto rigor, el derecho internacional del medio ambiente no tiene la plenitud jurídica de otras disciplinas del derecho, sino que a lo más se trataría de un plexo normativo de carácter programático sin carácter

---

<sup>1401</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto relativo a Ensayos Nucleares Caso Relativo a los Ensayos Nucleares en el Pacífico (Nuclear Test Case) (Australia y Nueva Zelanda, vs Francia)*. Reports. 1974. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1402</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésima tercer período de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 57.

vinculante, una suerte de “*soft law*”<sup>1403</sup>. Precisando que el “*soft law*” para el derecho internacional, es aquel que no tiene fuerza vinculante (v.g. el que proviene de una declaración), en contraposición al “*hard law*” que es legalmente obligatorio (v.g. el generado por un tratado).<sup>1404</sup> Diferenciación importante, en tanto que se acepta unánimemente la existencia de normas vinculantes en materia de responsabilidad ambiental.

Sucede con frecuencia *numerosos intentos* de tratados, convenios, acuerdos ambientales, *que no han logrado una debida negociación y han quedado inconclusos*, los mismos en que a veces no se ha llegado a acordar ni siquiera las exigencias procesales más básicas, como la obligación de enviar informes, etc. Tal situación se explica por muchas razones, entre las cuales se encuentra, el que no ha existido una participación adecuada de los países interesados, porque los Estados pueden no haber tomado suficientemente en consideración o importancia la materia discutida<sup>1405</sup>. Se habla entonces, *de documentos no normativos*, excluidos de las categorías que reconoce el artículo 38° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>1406</sup> y que por tanto no son fuente de derecho internacional. Ello determina que, en puridad no son normas de derecho internacional, pues carecen de fuerza vinculante.

La doctrina sostiene que, una de las manifestaciones de la llamada *soft law* es que se trata de una *obligación incompleta*, y al parecer entonces, es natural que se critique la existencia de numerosos documentos no normativos, excluidos de las categorías correspondientes a las fuentes de derecho internacional: los tratados, las normas consuetudinarias, principios, actos unilaterales de los Estados. Ello ha determinado que los procesos flexibles de formulación y aplicación de normas internacionales en materia ambiental, que *no tienen fuerza vinculante*, produzcan una cierta sensación de rechazo, o al menos de decepción, en los espíritus jurídicos rigurosos<sup>1407</sup>, situación comprensible, pues esta situación determina que los Estados evadan el rol protagónico que deben cumplir en materia de protección del medio ambiente, y los privados no asuman una conducta ambientalmente responsable. Tal situación amerita analizar el efecto de fenómeno del “*soft law*”, en relación a la responsabilidad internacional por el daño ambiental transfronterizo.

#### **1.1.2.1.- El fenómeno del “*soft law*”, en materia de responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos.**

La aparición del Derecho Internacional del Medio Ambiente es un fenómeno jurídico reciente, cuya implantación JUSTE, ha requerido la progresiva superación de los postulados de la máxima permisibilidad derivada de los que han sido denominado los dos grandes principios *Laissez-Faire* en materia ecológica: soberanía estatal y libertad de alta mar y, en general, de espacios comunes del planeta.<sup>1408</sup> La presencia de normas de *soft law* constituye un fenómeno dominante en el Derecho Internacional del medio ambiente,

---

<sup>1403</sup> FOY VALENCIA, Pierre, “*Derecho y Ambiente*”, Nuevas aproximaciones y estimativas, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2001, pág. 439-440.

<sup>1404</sup> La doctrina anglosajona conoce como la contraposición entre el “*soft law*” y el “*hard law*”. VERA, Germán; “*El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio*”, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, pág. 115.

<sup>1405</sup> JUSTE RUIZ, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, En: “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág. 55.

<sup>1406</sup> FOY VALENCIA, Pierre, “*Derecho y Ambiente*”, Nuevas aproximaciones y estimativas, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2001, pág. 439-440.

<sup>1407</sup> JUSTE RUIZ, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, En: “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág. 46-48.

<sup>1408</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 41.

desde sus inicios hace ya más de treinta años<sup>1409</sup>. Esta situación se explica por el carácter eminentemente práctico del derecho internacional del medio ambiente que contribuye a dar a sus normas una *contextura flexible y fluida*. Por lo que el *soft law*<sup>1410</sup> se inscribe en el marco de las denominadas *fuentes no tradicionales (non traditional source)*, siendo que su predominio en el derecho internacional ambiental, es considerado como una característica de esta *ius* disciplina, junto con el *Hard Law*.

Se observa que el concepto del *soft law* ha sido materia de análisis<sup>1411</sup> por diversos autores, y quien de manera más amplia lo define es JUSTE, quien precisa, que el *soft law* se manifiesta en dos direcciones: i) Una *primera dimensión*, son aquellos supuestos en los que *las normas de qué se trata están todavía en gestación*, sin haber culminado definitivamente el proceso formal de consolidación de las mismas<sup>1412</sup>; esto es cuando el derecho internacional no ha logrado plenitud jurídica; y ii) una *segunda acepción*, el “*soft law*” es la *contextura “blanda”* del derecho internacional del medio ambiente y que se muestra también, en los muy numerosos casos en los que *las normas que lo integran aparecen formuladas en instrumentos* que no poseen *per se fuerza jurídica vinculante*, tales como, resoluciones, declaraciones, programas, estrategias, códigos de conducta, actas finales de conferencias internacionales, informes de grupos de expertos<sup>1413</sup>. En ambas manifestaciones tanto del “derecho en gestación”, como en su “contextura blanda”, las normas que pertenecen al fenómeno del “*soft law*”, no poseen *per se* fuerza jurídica vinculante.

En atención a que existe consenso, respecto a que las normas que pertenecen al fenómeno del “*soft law*”, no son vinculantes jurídicamente, para un sector de la doctrina internacionalista el fenómeno del “*soft law*” ha sido motivo de quejas, tal y como advierte GUTIERREZ, en el sentido que el derecho internacional del medio ambiente sigue siendo en gran medida un “*derecho blando*”, esto es, un conjunto de disposiciones de los cuales los Estados saben acerca de *su inexigibilidad jurídica*<sup>1414</sup>. No obstante, esta apreciación, consideramos que las “normas” de *soft law* en materia ambiental contribuyen al desarrollo del Derecho Internacional Público contemporáneo, toda vez que, es de forma paulatina como se va construyendo el derecho a través del tiempo, y ello obedece a diversos factores e intereses, especialmente de tipo económico y político.

Es esa misma línea de análisis, un sector importante de la doctrina sostiene que el fenómeno “*soft law*” contribuye de manera positiva al derrotero, a futuro, de las normativas ambientales de derecho internacional. Así, autores como FOY, observan que el denominado “*soft law*” para el derecho Internacional Ambiental representa un instrumento o recurso que permite proyectar principios y criterios jurídicos ambientales, sin ser aún vinculantes u obligatorios, denominándolo “*pre derecho*”<sup>1415</sup>,

---

<sup>1409</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 44-48.

<sup>1410</sup> Los límites respecto de otros instrumentos internacionales, acaso más asimilables a la doctrina como fuente, como sería el caso del Informe BRUNTLAND o de la Agenda 21, entre otros alcances no menos relevantes. FOY Valencia, Pierre SOFT LAW Y DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL ALGUNAS APLICACIONES NACIONALES Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, enero, 2008, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, pp. 67.

<sup>1411</sup> Los límites respecto de otros instrumentos internacionales, acaso más asimilables a la doctrina como fuente, como sería el caso del Informe BRUNTLAND o de la Agenda 21, entre otros alcances no menos relevantes. FOY Valencia, Pierre SOFT LAW Y DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL ALGUNAS APLICACIONES NACIONALES Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, enero, 2008, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, pp. 67.

<sup>1412</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 44-48.

<sup>1413</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 44-45.

<sup>1414</sup> Los Estados implicados en un texto *soft* saben que nada les obliga en Derecho y que nadie podrá pedirles cuenta formalmente de su conducta en relación con él ante, digamos, un tribunal internacional. GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “*La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo*”. En: *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XVI, Universidad de Navarra, Navarra, 1998, pág. 183 a 184.

<sup>1415</sup> FOY Valencia, Pierre SOFT LAW Y DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL ALGUNAS APLICACIONES NACIONALES Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, enero, 2008, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, pp. 66.



considerando que forman parte del desarrollo del derecho internacional aquellas tendencias doctrinales, o planteamientos, documentos, que *van consolidando el futuro* del derecho internacional<sup>1416</sup> a efectos de modificar el derecho vigente.

En materia de responsabilidad internacional ambiental, también se manifiesta el fenómeno del *soft law*, a lo que la doctrina ha denominado el “*soft responsibility*”, el cual también, incluye mecanismos aligerados de solución de controversias, ámbito en el que se hace patente una neta preferencia por los procedimientos informales y menos rigurosos: verificación de los hechos, negociación diplomática informales y otros modos de arreglo similares, instancias de concertación y conciliación<sup>1417</sup>. Asimismo, frecuentemente, *en los tratados ambientales*, la única referencia a la responsabilidad internacional en materia ambiental ha sido una remisión genérica a la cooperación de las partes para desarrollar normas al respecto, *lo cual finalmente no se concreta*<sup>1418</sup>. Así los Estados no materializan su responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos, tal como advierte BUSTAMANTE, los Estados al no precisar la responsabilidad, es una forma de evadir la responsabilidad<sup>1419</sup>, pues se trata de normas sin contenido obligatorio en materia de responsabilidad ambiental, no obstante, tenemos que admitir que el fenómeno del *soft law* en materia de responsabilidad ambiental importa para la consolidación de las futuras normas generales y obligatorias de responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

#### **1.1.2.2.- Las aportaciones del fenómeno del “*soft*”, al reconocimiento de un régimen general, en materia de responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos**

Corresponde analizar de qué manera el fenómeno del “*soft*” *law*, contribuye al desarrollo de la responsabilidad internacional de los Estados por daños ambientales transfronterizos, al respecto es importante acotar que el Derecho Internacional es producto de la evolución constante del quehacer por parte de los Estados, en la elaboración de tratados, convenios, principios. En ese sentido, precisa JUSTE, el impacto de los métodos normativos, empleados por los organismos internacionales, las divergencias de intereses entre los países desarrollados y los países en desarrollo, la incesante y rápida evolución de la ciencia y la tecnología, aconseja adoptar normas flexibles, susceptibles de acomodarse a los cambios a medida que se van produciendo<sup>1420</sup>. En atención a ello, un sector de la doctrina reconoce la existencia del *soft law* como parte de desarrollo del derecho internacional; como son aquellas tendencias doctrinales, o planteamientos, documentos, que *van consolidando el futuro* del derecho internacional<sup>1421</sup>, que motiva a valorar el aporte fenómeno del “*soft law*, con una visión positiva, en el reconocimiento de un régimen general, en materia de responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos.

Desde este punto de vista, existen ventajas para el derecho internacional, pues el fenómeno del *soft law* cumple una función importante en el campo de la responsabilidad internacional del daño ambiental, cuya

---

<sup>1416</sup> FOY, Pierre, VERA, Germán; NOVAK, Fabián, NAMIFHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Óp. Cit.pág.196-197.

<sup>1417</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 46.

<sup>1418</sup> Tampoco hallamos en la práctica precedentes de que los Estados hayan aludido a *normas de derecho internacional general para reclamar una indemnización* por los daños ocasionados por tales actividades, lo que nos conduce a reafirmar que la aplicación de esta responsabilidad por parte de los Estados, no ha sido como principio general, sino en determinadas condiciones y circunstancias previa y claramente definidas por un Tratado Internacional. Cit. por FOY, Pierre, VERA, Germán; NOVAK, Fabián, NAMIFHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Op. Cit.pág.196-197.

<sup>1419</sup>BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental Fundamentación y Normativa*”, Op. Cit., pág. 182-183.

<sup>1420</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 44-48.

<sup>1421</sup> FOY, Pierre, VERA, Germán; NOVAK, Fabián, NAMIFHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Óp. Cit.pág.196-197.

significación no debería ser minimizada, como: i) Las formulaciones contenidas en instrumentos no obligatorios, tales como resoluciones de organismos y conferencias internacionales, que son ampliamente seguidas por los Estados y su vigencia se refuerza por efecto de los procesos de reiteración y referencia constante hasta dar paso eventualmente a la emergencia de una verdadera regla consuetudinaria; ii) las formulaciones contenidas en instrumentos no obligatorios, produce un efecto catalizador que puede dar origen a nuevas reglas consuetudinarias internacionales relativas a la protección del medio ambiente; iii) las cláusulas puramente declarativas contenidas en ciertos tratados ambientales son a menudo desarrolladas a través de instrumentos más precisos que contienen obligaciones específicas; tal sucede, en particular, en el caso de los Convenios marco, desarrollados a través de ulteriores Protocolos adicionales; iv) las normas de *soft law* producen así a menudo una suerte de “efecto de contagio”, que las lleva a convertirse en el tiempo en “normas de derecho” sin más<sup>1422</sup>; v) esta forma de normatividad sirve ventajosamente para el mejoramiento, la adaptación y la legitimación de “noción emergente”<sup>1423</sup> en el orden jurídico internacional, las normas internacionales de protección ambiental han sido principalmente discutidas en escenarios multilaterales, como las Conferencias de Estocolmo, Río de Janeiro y Johannesburgo, las cuales han finalizado con la conclusión de Declaraciones de Principios y Planes de Acción, *sin ninguna fuerza vinculante*, no obstante, han contribuido al desarrollo del derecho internacional, pues han dado origen a numerosos tratados, reglas de costumbre internacional y principios de derecho internacional ambiental<sup>1424</sup>. Así, producto de este quehacer denominado “*soft law*” es una de las declaraciones internacionales más trascendentes que establecen principios internacionales en materia de responsabilidad internacional ambiental, es la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992)<sup>1425</sup> instrumento esencial, en materia de principios generales internacionales<sup>1426</sup> no solo relacionados con la protección de medio ambiente en general<sup>1427</sup>, sino específicamente<sup>1428</sup>, con respecto a la responsabilidad internacional de los daños ambientales transfronterizos.

---

<sup>1422</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Editorial Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, pág. 46-48.

<sup>1423</sup> Se puede contar un significativo número de normas jurídicas de *soft law* que constituyen los principios jurídicos y el referente normativo del cual deciden normas vinculatorias significativas, como sucede con importantes instrumentos como la Resolución ONU 37/27 del 24 de marzo de 1983 sobre Cooperación Internacional en el Área del Medio Ambiente. FOY VALENCIA, Pierre, “*Derecho y Ambiente*”, Nuevas aproximaciones y estimativas, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2001, pág. 439-440.

<sup>1424</sup> URIBE VARGAS, Diego y CARDEMAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, “*Derecho internacional ambiental*”, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, pág.185. [http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho\\_ambiental/files/assets/basic-html/page185.html](http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho_ambiental/files/assets/basic-html/page185.html).

<sup>1425</sup> Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992). *Principio 1*: “Los seres humanos están en el centro de las preocupaciones por el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, ONU, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

<sup>1426</sup> La Declaración de Río recoge los principios básicos que permiten alcanzar el desarrollo sostenible. Fija el marco para los derechos y obligaciones individuales y colectivos en el campo del medio ambiente y desarrollo. GOMEZ OREA, Domingo, “*Evaluación del Impacto Ambiental un Instrumento Preventivo para la Gestión Ambiental*”, Editorial Agrícola Española S.A. Ediciones Mandi-Prensa, 1999, Madrid- España, pág. 73-74.

<sup>1427</sup> Instituto De Estudios Social Cristianos, “*La Cumbre Mundial Sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo Una Visión Jurídica Política de Tres Décadas en la Historia del Derecho internacional Ambiental*”, Edit. TESC, 2004, Lima –Perú, pág. 66.

<sup>1428</sup> Los logros formales de la declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) conocida como Cumbre de la Tierra fueron, de cierta manera, considerables. Se suscribieron convenciones globales sobre cambios climáticos y biodiversidad; 178 gobiernos concordaron en un conjunto de principios denominados *Carta de la Tierra*, los cuales habrían de ser respetados por los gobiernos y la gente. REDD, David, “*Ajuste Estructural, Ambiente y Desarrollo Sostenible*”, Fondo Mundial para la Naturaleza, WWF, CENDES Y Nueva Sociedad, Venezuela, 1996, pág. 46.

Justamente, estos documentos progresivamente, vienen consolidando el desarrollo en materia de derecho internacional<sup>1429</sup>, en razón a ello FOY y otros autores comparten, conjuntamente con algunos publicistas, que se trataría de un derecho que se encuentra en proceso de formación y consolidación en el derecho internacional<sup>1430</sup>. Es desde en este aspecto, en que se aprecia la importancia del “*soft*”, en relación al reconocimiento de un régimen general, en materia de responsabilidad internacional por daños ambientales transfronterizos. El desarrollo del derecho internacional en esta materia debe apuntar siempre a la protección del medio ambiente en sentido amplio, en razón a que los interés que están involucrados tienen que ver con el bienestar de los individuos y con el futuro de la tierra, y por tanto, todo aporte del “*soft*”, resulta relevante, en el intento de lograr en un futuro, el desarrollo del derecho internacional en esta materia: las *normas que están todavía en gestación, las normas que aparecen formuladas en instrumentos* y no poseen *per se* fuerza jurídica vinculante, las tendencias doctrinales, los planteamientos, documentos, etc. los mismos que *van consolidando el futuro* del derecho internacional en materia ambiental, y más específicamente los que desarrollen hipotéticamente, sistemas de responsabilidad general y obligatorio, serán de utilidad para el desarrollo del derecho internacional en esta materia.

## **1.2.- Las dificultades para la delimitación del daño ambiental transfronterizo**

### **1.2.1.- La definición de daño ambiental transfronterizo.**

En el tema que nos ocupa, el punto de partida es “*el daño transfronterizo*”, el mismo que constituye la base de indemnización. En ese sentido el concepto de daño ambiental transfronterizo, se nos muestra como una cuestión de gran importancia a la hora de establecer un régimen de responsabilidad internacional en esta materia<sup>1431</sup>, el mismo, que tiene una connotación distinta, cuando el daño ambiental, trasciende fronteras internacionales, siendo ello así, el significado que se le atribuya al término «*transfronterizo*” influye en el alcance del tema<sup>1432</sup>, observándose, que cada sistema de responsabilidad que se ocupe de la reparación, le da su significado acorde a los objetivos del mismo. Situación que ha determinado que no posea un significativo unívoco tanto en los ordenamientos estatales, en la normatividad de derecho internacional, en los proyectos de regulación de la responsabilidad ambiental por parte de los trabajos de la CDI.

Esta circunstancia, hace necesario que consideremos imprescindible contar con una definición única de daño ambiental transfronterizo, desde el ángulo del derecho internacional, tanto público como privado, pues se trata de un extremo de vital importancia para lograr un tratamiento uniforme de la materia desde la perspectiva del Derecho Internacional<sup>1433</sup>, y que delimite las características del daño ambiental

---

<sup>1429</sup> FOY, Pierre, VERA, Germán; NOVAK, Fabián, NAMIFHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Óp. Cit.pág.196-197.

<sup>1430</sup> FOY, Pierre, VERA, Germán; NOVAK, Fabián, NAMIFHAS, Sandra, “*Derecho Internacional Ambiental*”, Óp. Cit.pág.196-197.

<sup>1431</sup> Noción que, no posee un significativo unívoco ni en los ordenamientos estatales, ni en la regulación o proyectos de regulación de origen internacional. Esta circunstancia hace que consideremos imprescindible contar con una *definición única de daño al medio ambiente* desde el plano convencional ya que se trata de un extremo de vital importancia para lograr un tratamiento uniforme de la materia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. PALAO MORENO, Guillermo, “La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente” (Aspectos Internacionales), Op. Cit., pág. 126.

<sup>1432</sup> El señor CALERO RODRIGUES señala, refiriéndose al plan esquemático redactado por el anterior Relator Especial, que en él se definía el alcance del tema como el de las actividades físicas que causan o pueden causar un daño material transfronterizo, expresión por la que se entiende un perjuicio de cierta magnitud. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo periodo de sesiones 5 de mayo 11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág.218.

<sup>1433</sup> PALAO MORENO, Guillermo, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, (Aspectos Internacionales), Op. Cit. pág. 126.

transfronterizo, con trascendencia jurídica, de tal manera que ante su ocurrencia configure responsabilidad internacional. Así tenemos, que en español la palabra «daño» no tiene otra connotación de que el mismo sea producido por un acto contrario al derecho: “daño es todo perjuicio o deterioro producido en la persona o en los bienes de alguien.” Es un término neutro, a veces se usa para referirse a la indemnización que se paga por el daño.<sup>1434</sup> Teniendo en cuenta que la base de la obligación de reparar es el daño, sin la ocurrencia del mismo, aquella obligación nunca pasaría de lo general y abstracto a lo particular y concreto, o sea, nunca adquiriría vida, se entiende la importancia del daño, en un sistema de responsabilidad internacional en materia ambiental.

En términos generales, se define el «daño transfronterizo»<sup>1435</sup>, como aquellos daños “sensibles” causados en un Estado como consecuencia de un accidente o incidente relacionado con una actividad peligrosa “en otro Estado”. Por su parte la CDI en el ámbito de aplicación de los artículos, el daño sensible, “debe limitarse a las actividades realizadas en el territorio de Estado o bajo su jurisdicción o control que puedan causar un daño sensible en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, *tengan o no esos Estados fronteras comunes*”<sup>1436</sup>. Asimismo, la definición de «daño» (*damage*) como un daño “*sensible*” causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, implica, los daños personales y materiales y los aspectos de pura pérdida económica, así como sobre los aspectos del patrimonio cultural nacional, que puede ser patrimonio del Estado.

Se observa, que los daños ambientales, que tienen trascendencia y que dan lugar a responsabilidad internacional, se originan mayormente en las actividades de riesgo, pues manejan cosas intrínsecamente peligrosas<sup>1437</sup>, las mismas que si no ocurre el daño no darían lugar al nacimiento de ninguna obligación de compensar sin daño producido. No obstante, en caso que ocurra, juegan un papel importante en la materia, al punto que puede concebirse como integrando un continuo con el daño. Así, en la realidad, son las actividades peligrosas, de las grandes empresas privadas y las nacionales de los Estados las que originan las catástrofes ambientales<sup>1438</sup>, las mismas, que, al utilizar tecnología moderna, especialmente en centrales

---

<sup>1434</sup>Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes “. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1435</sup> El «daño transfronterizo». Se refiere a los daños causados en un Estado como consecuencia de un accidente o incidente relacionado con una actividad peligrosa realizada en otro Estado. Este concepto se basa en las nociones bien establecidas de territorio, jurisdicción y control de un Estado. En ese sentido, se refiere a los daños causados en el territorio o en otros lugares situados fuera del territorio, pero bajo la jurisdicción o control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio o de otro modo bajo su jurisdicción o control se realicen las actividades peligrosas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2006, vol. II, Segunda Parte, Documento A/61/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor Realizada en su 58.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, pág.78.

<sup>1436</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Período de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 214.

<sup>1437</sup> En las publicaciones sobre este tema, el término «riesgo» se utiliza en dos sentidos por lo menos, que no siempre se distinguen claramente. Cada uno de esos sentidos corresponde a un uso corriente en inglés: el término *risk* puede designar un peligro latente, y a veces incluso denotar un peligro de excepcional gravedad —connotación que se expresa más exactamente con el término *ultra-hazard*—, o indicar simplemente en quién recae la carga de la responsabilidad, como en el aviso habitualmente colocado a la entrada de un camino particular para señalar a los transeúntes que quienes lo utilicen lo hacen *at their own risk* («de su cuenta y riesgo»). Véase., “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 266.

<sup>1438</sup>El proyecto de principio 5 trata, desde perspectivas jurídicas y prácticas, de la situación surgida después de que sobrevenga un daño transfronterizo. Tan pronto como un incidente sobrevenido con ocasión de una actividad peligrosa produzca o pueda producir un daño transfronterizo, que cause o no un daño simultáneo en el territorio del Estado de origen, éste tiene la obligación de hacer varias cosas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, vol. II, Segunda Parte*”, Documento

nucleares diseminadas por todo el mundo,<sup>1439</sup> en transporte de hidrocarburos, etc., ocasionan daños ambientales transfronterizos.

Ejemplos de estas catástrofes ambientales, son las ocurridas en la India en los laboratorios de la Unión Carbide en *Bhopal*, los accidentes de *Torrey Canyon*, *Minas de Potasa de Alsacia*, el Caso *Química Sandoz*, el accidente del caso *Chernobil*<sup>1440</sup>, en donde se aprecia los efectos nocivos en la salud, el patrimonio de los seres humanos, y en contra el medio ambiente *per se*, ocurridas en territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control del Estado de origen, y que fueron producto de actividades ultrarriesgosas, con graves efectos para otros Estados, las mismas, que en su mayoría han determinado la existencia de responsabilidad internacional. Así: i) la catástrofe ambiental *Torrey Canyon*<sup>1441</sup>, por derramamiento de hidrocarburos<sup>1442</sup>; ii) el desastre ambiental *Bhopal*<sup>1443</sup>, por la fuga del isocianato de metilo (MIC), de daño ambiental transfronterizo; iii) el caso *Minas de Potasa de Alsacia*<sup>1444</sup>, por los daños ambientales ocasionados por los vertidos de residuos salinos en el río Rhin<sup>1445</sup>; iv) el caso *Química Sandoz*<sup>1446</sup>, daños ocasionados por el derrame de aproximadamente 30 toneladas de insecticidas, plaguicidas, colorantes y mercurio en el río RHIN<sup>1447</sup>; v) en el caso *Chernobil*, ejemplo paradigmático<sup>1448</sup>, de las catástrofes

---

A/61/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor Realizada en su 58.º período de sesiones, NACIONES UNIDAS, Nueva York y Ginebra, 2013, pág.93.

<sup>1439</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo periodo de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág.221.

<sup>1440</sup> Entre los más saltantes casos de daños transfronterizos se señala: el asunto del *Torrey Canyon* (1967), el asunto de *Amoco Cádiz* (1978), el asunto *Bhopal* (1984), el asunto Basilea (1986), el asunto *Chernobyl* (1986). FOY, Pierre, VERA, Germán, NOVAK, Fabián; NAMIHAS, Sandra, “*Derecho y Ambiente*”, Nuevas aproximaciones y estimativas, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2001, pág. 185-190.

<sup>1441</sup> Caso, *Torrey Canyon* El 18 de marzo de 1967 el superpetrolero liberiano *Torrey Canyon*, de 120.000 t.p.m. embarrancó en el arrecife de Seven Stone (Archipiélago de la Scilly), situado al suroeste de las islas Cornwall, en Inglaterra, cuando se dirigía al Puerto Inglés de Milford Haven. El violento impacto rasgó y abrió 6 de sus tanques, dejando el resto maltrecho. Se derramaron 120.00 tn de crudo al medio marino, provocando una gran marea negra que llegó al litoral de Cornwall. la isla de Guernsey y las costas de Francia. La mancha de Hidrocarburo alcanzó unas dimensiones de 70 kms de largo por 40 kms de ancho y provocó la muerte de más de 20.000 aves. <http://cursonavegacion2012.blogspot.com/>

<sup>1442</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “*Caso Prestige. Las demandas ante los distintos tribunales de justicia: realidad, intereses y alternativas*”, En: “*La Responsabilidad por los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige*”, GARCÍA RUBIO, María Paz, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago y otros, Edit. IUSTEL, Primero Edición, Madrid-España, 2007, pág. 275-278.

<sup>1443</sup> Caso *Bhopal*. En la noche del 2 al 3 de diciembre de 1984 en *Bhopal*, India, una fuga de isocianato de metilo (MIC) desde una industria fabricante de pesticidas la Unión Carbide India Ltd., filial de la empresa matriz norteamericana Unión Caribe Corporation, causando la muerte de alrededor de 2.500 personas y afectó a más de 100.000 (un 20% de la población total de la ciudad). (...) la Unión Carbide Corporation acordó con el gobierno indio una compensación por los daños que ascendió a 470 millones de dólares, unos 80.000 millones de pesetas. El pago se efectuó directamente al gobierno, que sería el encargado de tramitar las reclamaciones y distribuir las indemnizaciones. TRIBUNAL SUPREMO DE LA INDIA, *Asunto Desastre de Bhopal (Gobierno de la India con Empresa Unión Carbide)*, Reports. 1989. [https://www.redproteger.com.ar/escueladeseguridad/grandesaccidentes/bhopal\\_1984.htm](https://www.redproteger.com.ar/escueladeseguridad/grandesaccidentes/bhopal_1984.htm)

<sup>1444</sup> Caso *Minas de Potasa de Alsacia*: La sociedad “Handelskwekerij G.J. Bier BV” era propietaria de una explotación hortícola en Países Bajos que dependía principalmente para su irrigación de las aguas del Río Rin. La sociedad “*Mines De Potasse D’alsace S.A.*”, realizó una serie de vertidos de residuos salinos procedentes de su explotación en el Río Rin. El contenido excesivamente salino de éstas que, afirmaba, se debía a los vertidos de la sociedad francesa, perjudicaba a las plantaciones de la empresa Holandesa y les obligaba a adoptar medidas muy costosas para paliar los daños. <https://amandakalil.com/2018/09/19/casos-de-dano-medioambiental/>.

<sup>1445</sup> VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza Derivada de Residuos*”, Óp. Cit., pág. 84-85.

<sup>1446</sup> Caso *Química Sandoz* Un grave incendio tuvo lugar en la empresa *Química Sandoz* situada en Scheizerhalle, población cercana a Basilea (Suiza), que generó derrame de 30 toneladas de insecticidas, plaguicidas, colorantes y mercurio, dichas sustancias que se filtraron con 15.000 m3 de agua (utilizados para extinguir el fuego) en el río Rhin. Ocasiónó uno de los desastres ecológicos de mayor envergadura de Europa: la contaminación del río Rhin, causando daños a Francia, Alemania, hasta Holanda <https://prezi.com/5-zzyxmhrzra/desastre-de-sandoz-1986/>

<sup>1447</sup> VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza Derivada de Residuos*”, Óp. Cit., pág. 85 – 86.

<sup>1448</sup> Ver, Introducción, del Capítulo V, Parte Primera, de la presente investigación.

ambientales, con efectos gravísimos para la salud de las personas; y al medio ambiente de varios países, la fauna, su mundo natural.

De los casos precedentemente descritos, se desprenden los elementos que caracterizan al concepto de daño ambiental transfronterizo, indispensable para configurar la responsabilidad internacional. Así NOVAK, precisa que el daño o contaminación transfronteriza –como elemento indispensable para configurar la responsabilidad sine delictivo- se caracteriza en primer lugar, por tener su origen en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de un Estado; en segundo lugar, por causar perjuicios en otros; en tercer lugar, porque la transmisión del daño se produce a través de medios naturales como el aire o el agua; y finalmente, en cuarto lugar, porque el daño o contaminación que se produce debe ser significativo, es decir, superior a los niveles de contaminación tolerable (umbral).<sup>1449</sup> Por lo que, las características sistematizadas del daño ambiental transfronterizo son las siguientes<sup>1450</sup>: i) *Primero*, por su origen el daño debe suceder en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de un Estado; esto es se analiza el lugar en el que se produjo, así como el lugar en el que materializo el daño”<sup>1451</sup>; ii) *Segundo*, debe causar perjuicios en otro Estado, iii) *Tercero* los daños ambientales en los espacios fuera de la jurisdicción internacional o «zonas comunes» de la humanidad<sup>1452</sup>; iv) *Cuarto*, la transmisión del daño se produce a través de medios naturales como el aire o el agua; v) *Quinto*, el daño o contaminación que se produce debe ser apreciable, es decir superior a los niveles de umbral de contaminación tolerables; vi) *Sexto*, el daño debe ser producto de actividades ultrarriesgosas. Elementos necesarios para que un daño ambiental, sea considerado como un “*daño ambiental transfronterizo*”, y que dé lugar a la configuración de responsabilidad internacional. De lo expuesto, podemos definir al daño ambiental transfronterizo: “como aquel “daño sensible”, causado por las actividades ambientalmente peligrosas, realizadas en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de un Estado o en los espacios fuera de la jurisdicción internacional; con efectos lesivos en el Estado víctima o a las «zonas comunes» de la humanidad”.

Es necesario precisar que, si no está presente *el daño* como elemento de la responsabilidad por actividades peligrosas, esto es, el daño transfronterizo, no se configurará la responsabilidad internacional. Así sucedió en el Asunto del Lago Lanós (1957), donde el tribunal desechó la responsabilidad de Francia *ante la ausencia de daño*.<sup>1453</sup> En atención a lo anotado, *la extensión de la reparación el daño ambiental transfronterizo*, debe comprender: la pérdida de la vida, la lesión corporal u otro menoscabo de la salud, las pérdidas o daños de los bienes dentro del Estado afectado, así como deterioro de los recursos naturales

---

<sup>1449</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 512.

<sup>1450</sup> FOY, Pierre, VERA, Germán, NOVAK, Fabián; NAMIHAS, Sandra, *Derecho Internacional Ambiental*, Op. Cit., pág.185-190.

<sup>1451</sup> VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil Por Contaminación Transfronteriza Derivada De Residuos*”, Op. Cit., pág. 97-99.

<sup>1452</sup> El daño causado a los espacios públicos internacionales *per se Véase*, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Período de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 214.

<sup>1453</sup> Textualmente señaló: Se habría podido sostener que los trabajos tendrían por consecuencia una contaminación definitiva de las aguas del Carol, o que las aguas restituidas tendrían una composición química o una temperatura, o alguna característica que pudiese ocasionar perjuicio a los intereses españoles. España habría entonces podido pretender que se había ocasionado una lesión, contrariamente al acto adicional, a sus derechos. Ni el expediente, ni los debates de este caso revelan traza alguna de un alegato de tal naturaleza. Por lo cual no hay responsabilidad. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 512.

y humanos y del medio humano o cultural del Estado afectado.<sup>1454</sup> Así en los Documentos del cuadragésimo segundo período de Sesiones de las Naciones Unidas, correspondientes a los Trabajos de la CDI, se opta por enumerar elementos del daño ambiental transfronterizo, de manera amplia<sup>1455</sup>, tal y como se pasa a exponer<sup>1456</sup>: i) El daño afecta a personas no sólo única y exclusivamente al medio ambiente. Pues los efectos de un daño ambiental, es identificable también a los seres humanos. En ese sentido, el daño a las personas comprende por ejemplo, los supuestos de muerte o lesiones corporales; ii) los efectos de un daño ambiental tiene efectos en los bienes y comprende las pérdidas o daños sufridos por los bienes, éstos comprenden tanto los bienes muebles como los inmuebles; los derechos reales se refieren tanto a los derechos privados de los individuos, como a los derechos públicos de los Estados; iii) los daños ambientales, afectan los bienes del Estado que formen parte del patrimonio cultural nacional. Éste abarca elementos muy diversos, entre ellos monumentos, edificios y lugares, mientras que el patrimonio natural denota accidentes y lugares naturales y formaciones geológicas y físicas, etc.; iv) los daños al medio ambiente *per se*<sup>1457</sup>, se trata de los daños causados al medio ambiente mismo. Tal como se observa, el daño ambiental transfronterizo, golpea en diferentes direcciones, y es por ello, que es preferible manejar un concepto amplio del mismo, a fin de no dejar en indefensión, ningún efecto dañino del mismo, y que importa al momento en que este deba ser reparado.

### 1.2.2.- “Territorio, jurisdicción y Control”: la cuestión del alcance

Asimismo, se observa, por tanto, que el efecto transfronterizo de los daños ambientales, se manifiestan en varias circunstancias a saber: a) La responsabilidad por actividades que entrañaran daños a los Estados víctimas; b) la responsabilidad por actividades que causaran daños a las «zonas comunes»<sup>1458</sup> de la humanidad, es decir, en zonas no sometidas a la jurisdicción nacional de ningún Estado. En atención a

---

<sup>1454</sup>Por lo que se refiere a la reparación del medio ambiente, el Relator Especial estableció una distinción entre el requisito de reparación del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados y el del presente tema. En el primer caso, las reglas de reparación debían ser conformes con el principio enunciado en la decisión del asunto *Usine de Chorzów* (fondo)<sup>1454</sup>, es decir la reparación debía eliminar las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, existiría si no se hubiera cometido el acto. En su opinión, las reglas de reparación en el presente tema no seguían el principio de *Chorzów*, ya que abarcaban actividades no prohibidas por el derecho internacional. No obstante, ese principio ofrecía también orientación en esa esfera, por la razonabilidad y la justicia que encamaba. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1995, Vol. II, Segunda Parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo séptimo, Documento A/50/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones (2 de mayo-21 de julio de 1995), pág. 89.

<sup>1455</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2004, vol. II, Segunda Parte”, Documento A/59/10. —Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, pág.71.

<sup>1456</sup>Su valor no puede cuantificarse fácilmente en términos monetarios, sino que estriba en su importancia histórica, artística, científica, estética, etnológica o antropológica, o en su estado de conservación o belleza natural. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural da una amplia definición de patrimonio cultural. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2004, vol. II, Segunda Parte”, Documento A/59/10. —Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, pág.77-84.

<sup>1457</sup>Texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006). Principio 2. Términos empleados: d) el «*medio ambiente*» comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, vol. II, Segunda Parte*”, Documento A/61/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor Realizada en su 58.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, pág.64.

<sup>1458</sup> Se formularon una serie de observaciones de carácter general, centradas en el enfoque del tema y en su alcance, incluida la cuestión de la posible aplicación de los artículos a las actividades que causaran o amenazaran con causar daños a las denominadas «zonas comunes». Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas*”, 1989, Volumen. II, Segunda Parte, pág.95.

ello, corresponde analizar las circunstancias en relación a los efectos nocivos los daños ambientales que haya sufrido a los Estados víctimas, o las “zonas comunes” de la humanidad.

**A. La responsabilidad por actividades que entrañaran daños a los Estados víctimas.** En principio, se ha visto que la base de la asignación de responsabilidades a un Estado era eminentemente territorial y que las actividades de riesgo emprendidas en un territorio que producen efectos en otro territorio constituyen el punto de partida del razonamiento. No obstante, la situación se complica al querer ubicar esas actividades en todos los ámbitos que ofrece el moderno derecho internacional. Hay zonas donde un Estado ejerce de hecho jurisdicción, aun contra el derecho internacional<sup>1459</sup>. Por lo que el término «transfronterizo»<sup>1460</sup> no se refiere solo al daño causado a los países limítrofes, sino que abarca también al que pudiera proyectarse más allá de las fronteras nacionales, hubiera o no vecindad entre el Estado de origen y el afectado.

De ahí que es necesario incluir en la definición el concepto de “*control efectivo por un Estado*”; y también actividades que se desarrollan más allá del territorio de un Estado, en razón a que la palabra «*territorio*» es insuficiente<sup>1461</sup>. Así, en los trabajos de la CDI, el Relator Especial propone entonces referirse a «*jurisdicción*», que es más completa y comprende el ejercicio de derechos soberanos del Estado, así como la palabra «*control*» para referirse a zonas territoriales bajo control *defacto* y efectivo de un Estado, así como a actividades conducidas por el propio Estado. Ello en atención a que: i) El Estado que realice o permita las actividades debe asegurar el pago de una indemnización en el caso en que se produzca un daño sustancial en una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado o en una zona situada fuera de los límites de la jurisdicción nacional; ii) el término «*control*», denota la facultad o la autoridad para gestionar, dirigir, regular, administrar o supervisar, explotar<sup>1462</sup>, a los Estados de origen. Así el vocablo «*control*» tiene una función decisiva que desempeñar en la determinación del alcance de las disposiciones que se elaboren en relación con este tema.<sup>1463</sup> Ello, se refleja en los debates de la CDI sobre el segundo

---

<sup>1459</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2004, vol. II, Segunda Parte, Documento A/59/10. —Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, pág.76.

<sup>1460</sup>En relación con el alcance del tema, y con las obligaciones de informar y de negociar, resultó necesario aclarar que, en opinión del Relator Especial, el término «transfronterizo» no se refería solo al daño causado a los países limítrofes, sino que abarca también al que pudiera proyectarse más allá de las fronteras nacionales, hubiera o no vecindad entre el Estado de origen y el afectado. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documento A/CN.4/405. Tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial Naciones Unidas, 1987, Volumen. II, Primera Parte, pág.57.

<sup>1461</sup> Los términos recomendados por el Grupo de Trabajo creado por la Comisión en su 30.º período de sesiones en 1978: [El tema] trata de la forma en que los Estados utilizan o disponen la utilización de su medio físico, ya sea dentro de su propio territorio o en zonas no sujetas a la soberanía de ningún Estado. [El tema] trata además de las consecuencias nocivas que esa utilización u ordenación pueden acarrear dentro del territorio de otros Estados o en relación con los ciudadanos o los bienes de otros Estados en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional. [...] . Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág.281.

<sup>1462</sup>Puede incluir a la persona que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para ella, o la persona que registre o notifique tal actividad. Puede incluir también a una empresa matriz u otra entidad conexas, persona jurídica o no, si esa entidad dirige realmente la explotación. Un explotador puede ser una entidad pública o privada. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2004, vol. II, Segunda Parte, Documento A/59/10. —Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, pág.84.

<sup>1463</sup> Existen situaciones en las que el Estado «exportador» está dispuesto a compartir con el Estado receptor la potestad y atribuciones para crear las normas técnicas apropiadas y velar por su aplicación; las disposiciones adoptadas a este respecto pueden guardar relación con la definición y la aplicación del término «*control*». Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, pág.73.



informe <sup>1464</sup>, en donde hubo consenso en que el término que mejor describía la línea divisoria cuasi territorial era el de «control»; su sentido se precisa mediante el empleo de ese término en la fórmula compuesta «territorio o control». También, en el quinto informe, el Sr. Quentin-Baxter propuso cinco proyectos de artículos, en el primero de los cuales se definía su ámbito de aplicación, es decir, las actividades y situaciones que se verifiquen en el “territorio o bajo el control”, de un Estado y que den o puedan dar lugar a una consecuencia material que afecte al uso o disfrute de zonas situadas en el territorio o sujetas al “control” de cualquier otro Estado<sup>1465</sup>. De manera sucesiva en los trabajos de la CDI, se ha ido manteniendo estos términos, dejando sentado, que el ejercicio de los derechos de soberanía o de la jurisdicción exclusiva está, asimismo, sujeto a los principios aplicables de derecho internacional y a los tratados u otros acuerdos que concierten los Estados, y, por tanto, todo daño que suceda en esas circunstancias y en violación de dichas normas internacionales dar lugar a responsabilidad.

## **B. La responsabilidad por actividades que causaran daños a las «zonas comunes» de la humanidad.**

El derecho internacional, no ha insistido suficientemente sobre el hecho de que el daño también puede suceder en espacio público internacional y afectar el conjunto de la comunidad internacional, en la medida en que puede afectar, por ejemplo, al medio ambiente patrimonio común de la humanidad, problema que exige un examen a fondo.<sup>1466</sup> En los trabajos de la CDI, se analizó este asunto, así, el señor Roukounas, opinó que puede hacerse extensivo a la contaminación del espacio exterior, y de igual manera otro miembro de dicha comisión, el Sr. Balanda, mencionó la posibilidad de ocuparse del problema de los daños a zonas que son patrimonio común de la humanidad.<sup>1467</sup> Posibilidad nunca descartada, y objeto de nuevas reflexiones, tal y como se observa, del sexto informe, el relator especial, señor Barboza, quien se ocupó del problema, referente a extender el ámbito, de la responsabilidad por los actos no prohibido, a las actividades que dañaban al espacio público internacional.

Afirmando que el daño al medio ambiente *per se* cómo fundamento independiente de la responsabilidad era algo nuevo y que, si ese daño había de medirse sobre la base de sus consecuencias para las personas o los bienes, era difícil, en la fase actual del desarrollo científico, medir con suficiente grado de precisión qué daño identificable causado a los espacios públicos internacionales produciría un daño identificable a las personas o a los bienes.<sup>1468</sup> Al interno de la CDI, no hubo consenso, a dicho planteamiento por parte de varios miembros de la Comisión, a que se incluyera dicho tema en los trabajos, aun cuando todos

---

<sup>1464</sup> Véase, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo cuarto período de sesiones, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, pág.72-74.

<sup>1465</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Período de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 212-213.

<sup>1466</sup> El Relator Especial ha demostrado con éxito la unidad conceptual del tema, que engloba tanto la prevención como la reparación, y, en su opinión, el daño constituye el criterio unificador en cuanto al fondo Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo 11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág. 224.

<sup>1467</sup> El Sr. BALANDA dice que la cuestión en estudio es interesante pero difícil, ya que se relaciona con el derecho del futuro. Aún no se ha encontrado ninguna norma general para reglamentar esas actividades que son tan útiles para el desarrollo de los Estados pero que suponen riesgos. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo 11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág. 209-336.

<sup>1468</sup> Según el Sr. Barboza, aun cuando podía establecerse una correlación general entre el daño a los espacios públicos internacionales, el medio ambiente en general y el bienestar y la calidad de vida de las personas, ello no parecía suficiente para demostrar el nexo causal necesario dentro del tema de la responsabilidad internacional tal como se formula actualmente. Eso requeriría tal vez una definición diferente de daño y un umbral diferente del daño. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Período de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 213.

estuvieron de acuerdo en la gravedad del problema, adujeron que se planteaban dificultades en cuanto a la determinación del Estado o Estados de origen, el Estado afectado y el daño <sup>1469</sup>. Pese a que el tema del daño a los espacios públicos internacionales hallaba cada vez mayor expresión en numerosos órganos y decisiones internacionales y regionales, a partir del concepto de desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente de los espacios públicos internacionales, el tema se dejó aún en incertidumbre.

Para la mayoría de los miembros de la CDI, el daño causado a los espacios públicos internacionales que no tenga repercusiones en las personas, los bienes o los intereses del Estado, cuando no se pueda establecer una relación de causa a efecto, es decir, el daño causado a los espacios públicos internacionales *per se* <sup>1470</sup>, no tiene la acogida en los trabajos de la CDI, pues en todos sus trabajos, queda excluido también del ámbito de aplicación del amito de sus proyectos. Así, el artículo 2 del proyecto de la CDI de 2001 sostiene que el daño debe tener un alcance transfronterizo, es decir, debe tratarse de un daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados involucrados fronteras comunes. Con ello, como ya lo señalamos, se deja inexplicablemente fuera a los denominados bienes comunes de la humanidad, no obstante que la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, del 8 de julio de 1996, afirmó lo siguiente: La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen al medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente<sup>1471</sup>. La posición asumida por los miembros de la CDI y también de un sector de la doctrina, se puede explicar en parte, porque se parte de la versión tradicional del daño, en cuanto al sujeto lesionado, el daño es un perjuicio que se causa a alguien. Entonces, es siempre daño para alguien, para una persona o para un grupo humano; no puede admitirse que lo sea en el vacío. De allí las dificultades de comprensión para los juristas internacionales, cuando se habla del daño al medio ambiente *per se*, en donde el efecto adverso en el medio ambiente es suficiente para configurar un daño jurídico, existan o no personas -físicas o jurídicas- que pueden verse perjudicadas por ese efecto. Posición ambientalista en el sentido de considerar la protección del medio ambiente como un fin en sí mismo y el respeto a las especies y a los recursos naturales por su valor «intrínseco».<sup>1472</sup> Bajo este punto de vista, se puede concluir que el daño ambiental transfronterizo ocurrido en un espacio público internacional, al afectar el medio ambiente patrimonio común de la humanidad, también debe ser reparado.

---

<sup>1469</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 213.

<sup>1470</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 214.

<sup>1471</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 471 - 472.

<sup>1472</sup> Vale la pena detenerse algo en la noción de valor «intrínseco» del medio ambiente, que se ha abierto algún camino. En el artículo 3 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente se reconoce y se trata de proteger «el valor intrínseco de la Antártida, incluyendo sus valores de vida silvestre y estéticos». Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN. 4/468, Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1995, Vol. II, Primera parte, pág.58.

Ello, en atención a que, en principio todo daño debe repararse, de acuerdo a los principios jurídicos que están consagrados por laudos arbitrales y fallos judiciales<sup>1473</sup>. Y tal como se ha manifestado al interno de los trabajos de la CDI, así el señor Koroma pasando al examen de los proyectos de artículos I a IX propuestos para el anexo 3, en su calidad de orador precisa, que la obligación que han de observar los Estados, es no causar daños no sólo a los Estados vecinos, sino también a los espacios no dependientes de las jurisdicciones nacionales (*global commons*), en donde es la comunidad internacional en su conjunto la que debe asumir la responsabilidad conjunta respecto de los espacios no dependientes de las jurisdicciones nacionales.<sup>1474</sup> Tema, que exige un tratamiento a parte, por lo extenso de dicha problemática y por las consecuencias jurídicas que da lugar el referido a la responsabilidad internacional de los espacios públicos internacionales por parte de la comunidad internacional.

### **1.2.3.- La relevancia del daño ambiental transfronterizo: la determinación del «daño sensible» «grave» o «sustancial»**

En principio, la base de la obligación de reparar en el presente tema, es el daño transfronterizo, porque sin daño, aquella obligación nunca pasaría de lo general y abstracto a lo particular y concreto. Por lo que, hay consenso en la doctrina y en el derecho internacional, en el sentido que, el daño transfronterizo causado debe tener un carácter “sensible”, “grave” o “sustancial”, habiéndose señalado diversas definiciones de lo que debe entenderse por daño transfronterizo. JUSTE precisa, que el carácter sensible del daño transfronterizo deriva así tanto de su concreción material o física como de la envergadura de los efectos perjudiciales que produce. Pues el daño debe producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos.<sup>1475</sup> Por su parte NOVAK, nos presenta las características del daño o contaminación transfronteriza: en *primer lugar*, por tener su origen en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de un Estado; en *segundo lugar*, por causar perjuicios en otros; en *tercer lugar*, porque la transmisión del daño se produce a través de medios naturales como el aire o el agua: y finalmente, en *cuarto lugar*, porque el daño o contaminación que se produce debe ser significativo, es decir, superior a los niveles de contaminación tolerable (umbral).<sup>1476</sup> Así, el concepto del umbral, aparece como un concepto importante, para determinar cuándo se está frente a un daño ambiental transfronterizo, pues nada es absoluto en la vida práctica: la obligación de reparar está sujeta, a ciertos límites para determinar la responsabilidad internacional. En el derecho internacional, la doctrina, como la jurisprudencia internacional ambiental, se sostiene la tesis, consistente en que no todo

---

<sup>1473</sup> Pues es justo, que la víctima no debe soportar sola su costo, correspondiendo a los Estados el deber de cuidar de que las actividades realizadas en su territorio no causen daños a otros Estados. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, pág.96-130.

<sup>1474</sup> Conviene pues no perder de vista que a partir del momento en que se plantea una prohibición toda violación de esta puede hacer que la cuestión se deslice al terreno de la responsabilidad de los Estados. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, pág.96-130.

<sup>1475</sup> JUSTE RUIZ, José, “*El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”, En Revista “*Agenda Internacional*”, Año XI, N°22, 2005, pág. 109.

<sup>1476</sup> Sobre la cuarta y última característica, relativa a que el daño debe exceder el umbral de lo tolerable, esta hace referencia “a un límite máximo de daño previamente establecido en virtud de una serie de estudios técnicos, es decir, que hace referencia a un límite máximo permitido el cual no debe sobre pasarse puesto que, de hacerlo, se estaría causando un daño grave”. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpressa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 512.

daño puede dar lugar a responsabilidad internacional, sino sólo que supera el «*umbral*», a partir del cual delimita el daño que dé lugar a la responsabilidad internacional.

El objetivo de delimitar el umbral o límites, de donde se debe partir para considerar si un daño ambiental transfronterizo puede determinar la responsabilidad internacional de los Estados, es uno de los temas más delicados, por no decir espinosos, del derecho internacional en materia de responsabilidad ambiental internacional. Las soluciones a la problemática relacionada al establecimiento del referido “umbral”, que tratan de resolver dos problemas inherentes a este asunto: determinar el *umbral* de un daño por encima del cual el Estado afectado podría pedir la responsabilidad internacional de otro Estado. La inclusión del adjetivo «*apreciable*», «*sensible*» tiende a cumplir con el principio que protege la libertad del Estado de origen en relación con las actividades que desarrolle o permita en su territorio. Si no se incluye esta calificación, entonces prácticamente cualquier actividad nueva debería ser sometida al escrutinio de los Estados eventualmente afectados, con lo que se llegaría a una situación inaceptable. En la CDI, en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por “las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos” en el derecho internacional, el Relator Especial Sr. Pemmaraju, en relación a la determinación “*del umbral del daño*” que origina la responsabilidad, sostiene que los factores que deben tenerse en cuenta en relación con actividades concretas, como consideraciones científicas, temporales y políticas, entre otros criterios<sup>1477</sup>. Se introduce así un «umbral» más, *por debajo del cual no habría responsabilidad*, surgiendo la necesidad de cuantificar dicho límite. No es fácil determinar el grado de gravedad del daño.

Siendo, ello así, el daño, para poder ser indemnizado, debe alcanzar cierto *umbral o límite*, por lo que la determinación del «daño sensible» (*significant damage*)<sup>1478</sup>, «*sensible*» (*significant*), «*grave*» (*serious*) o «*sustancial*» (*substantial*), es una característica a tener en cuenta. Pues en la vida práctica la obligación de reparar un daño ambiental transfronterizo está sujeta, aunque no se diga, a ciertas limitaciones. Habiendo consenso universal en la noción de que, por debajo de ese *umbral*, el daño debe ser tolerado por una serie de razones ya explicadas, y, además, hay acuerdo unánime, en el sentido que para determinar si se está frente a un daño sensible<sup>1479</sup>, se debe recurrir tanto a unos criterios fácticos y objetivos que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se forme un juicio de valor. El daño debía producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el

---

<sup>1477</sup> Aunque para determinar el “*daño sensible*” respecto de una actividad concreta son importantes los datos científicos y técnicos, la cuestión de establecer lo que no es tolerable y es por lo tanto «sensible» depende de la armonización de intereses contrapuestos, a veces legítimos. Los criterios aplicables pueden variar según los países y según las épocas. El efecto combinado del «riesgo» y el «daño» es el factor determinante en la fijación del umbral del daño sensible. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1998, Vol. II, Primera Parte”, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 210-212.

<sup>1478</sup> En el caso de las actividades que entrañen un riesgo de causar un daño sensible transfronterizo, la cobertura de seguro debería abarcar el «riesgo de pérdida en el extranjero» además «del riesgo de pérdida en el ámbito interno». Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, vol. II, Segunda Parte”, Documento A/61/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor Realizada en su 58.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, pág.91.

<sup>1479</sup> En el caso de las actividades que entrañen un riesgo de causar un *daño sensible transfronterizo*, la cobertura de seguro debería abarcar el «riesgo de pérdida en el extranjero» además «del riesgo de pérdida en el ámbito interno». Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2006, vol. II, Segunda Parte”, Documento A/61/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor Realizada en su 58.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, pág.62-100. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2004, vol. II, Segunda Parte”, Documento A/59/10. —Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, pág.91.

medio ambiente o la agricultura de otros Estados, efectos que debían poder medirse con criterios reales y objetivos,<sup>1480</sup> y circunstancias de cada caso.

En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia, viene señalando, criterios objetivos, para determinar, el umbral de los daños, que pueden dar lugar a responsabilidad internacional. Así en Sentencia del 20 de abril de 2010. Caso de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina C. Uruguay),<sup>1481</sup> la corte sostuvo que para determinar si los límites, respecto a las concentraciones de contaminantes descargados por la planta Orion (Botnia) estaban dentro de los *límites regulatorios*, la Corte las evaluó en comparación con los límites de descarga de efluentes — tanto en términos de la concentración de efluentes en cada litro de aguas residuales descargado como del total absoluto de efluentes que puede descargarse en un día — prescriptos por los estándares regulatorios de las Partes. Criterios, objetivos, y que resuelve, la incertidumbre, respecto a *la determinación de un daño sensible* desde el punto de vista ambiental, y posible de dar lugar a la responsabilidad internacional.

Al respecto, en los trabajos de la CDI se tiene incertidumbre en cuanto a la definición precisa del tema, el Relator Especial propone atenerse únicamente a las actividades susceptibles de causar un daño material transfronterizo «apreciable» o «sensible». No sin antes advertir que el problema radica en que no es fácil determinar el grado de gravedad a partir del cual se deberá reparar el daño<sup>1482</sup>. Ello se debe a que se tiene que delimitar también cuales son las actividades de que se trata y que causan o pueden causar un daño transfronterizo, y además también sobre las actividades que presentan un riesgo elevado de causar daños catastróficos, complicándose aún más el tema, pues, se tiene que tener en cuenta no sólo los daños, sino también el posible riesgo de que sucedan en relación al tipo de actividades que se realicen.

Surge, entonces, la necesidad de establecer, no sólo que umbral de daño desencadena la responsabilidad, sino también, resolver cuando un daño ambiental transfronterizo, sea indemnizable. Es en esta etapa del análisis que surge el concepto de «*daño apreciable*»<sup>1483</sup>, como posible criterio de delimitación y optando por la objetividad del asunto, denominado por la doctrina, también como “*daño sensible*”, “*daño considerable*”. La doctrina internacional, sostiene que uno de los factores que debe caracterizar al daño

---

<sup>1480</sup> Los otros costos que deben considerarse son: a) medidas de corrección, b) medidas compensatorias, c) los daños ecológicos, e) los recargos por contaminación. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 228.

<sup>1481</sup> Sentencia Corte Internacional de Justicia del 20 de abril de 2010. Caso de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina C. Uruguay). La Corte resuelve, que Uruguay no ha violado, “*el umbral*”, establecido de acuerdo a la autorización ambiental que autoriza los promedios anuales para los parámetros para controlar los efluentes de plantas de celulosa. El más importante de esos excesos es el relacionado con AOX, que es el parámetro usado internacionalmente para controlar los efluentes de plantas de celulosa, algunas veces incluidos contaminantes orgánicos persistentes (COPs). Así, de acuerdo con el documento de referencia IPPC-BAT sometido por las Partes, y considerado por ellas como estableciendo el estándar para el sector, las concentraciones de AOX alcanzaron en un punto, desde que la planta comenzó a funcionar, un nivel máximo de 13 mg/L, mientras que *el límite máximo usado* en el estudio de impacto ambiental y subsecuentemente prescripto por MVOTMA fue de 6 mg/L. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1482</sup> En lo que respecta al alcance del tema, puesto que aún no se ha definido con precisión el concepto de «situación», el Relator Especial propone atenerse por el momento únicamente a las actividades susceptibles de causar un daño material transfronterizo «apreciable» o «sensible» (A/CN.4/402, parr. 11). Pero, y aquí radica el primer problema, no es fácil determinar el grado de gravedad a partir del cual se deberá reparar el daño. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo periodo de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág.223.

<sup>1483</sup> La primera cuestión es si la contaminación que produzca un daño apreciable está prohibida en derecho internacional general. Si lo estuviera, no sería materia del tema porque se estaría frente a un hecho ilícito. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Naciones Unidas, 1988, Volumen. II, Primera Parte, pág. 258.

transfronterizo, para que tenga relevancia en el derecho internacional, es que debe tener *carácter sensible*, esto es, debe ser importante, significativo, no obstante, sin necesidad de alcanzar el nivel de sustancial (catastrófico). Por lo que, el daño sensible, esto es, aquel que excede el límite de lo tolerable, tal y como sostiene NOVAK, el mismo que se va a caracterizar por perjudicar la vida o integridad física de las personas, en tanto puede conducirla a la muerte o a sufrir daños corporales; por dañar bienes muebles como inmuebles, por la destrucción de bienes reales o personales; por dañar monumentos, edificios y lugares que formen parte de denominado patrimonio cultural; por provocar accidentes en lugares naturales y formaciones geológicas y fisiológicas que constituyen parte del patrimonio natural; o por ocasionar en general daños significativos y duraderos al medio ambiente<sup>1484</sup>. En ese sentido, para ser reparado un daño ambiental transfronterizo, debe superar ese “*umbral*”, establecido cuya magnitud, es posible que sea objetivamente apreciado. Así lo ha precisado la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el *asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay* (2010)<sup>1485</sup>, precisó, que el término “perjuicio sensible”, “daño significativo”, se debe utilizar como límite para poder tomar una decisión sobre cualquier proyecto que podría causar un *daño significativo* transnacional a otro Estado.

Un daño ambiental transfronterizo resulta difícil cuantificar, por lo que a doctrina también le denomina “*daño considerable*”, así al examinar el análisis hecho por el Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland), el artículo 10 del texto que produjeron prohíbe *en principio* toda interferencia transfronteriza que cause un *daño considerable* («es decir un daño que no sea menor o insignificante»).<sup>1486</sup> Por lo que, desde entonces se introduce, de alguna manera, un parámetro a tener en cuenta para determinar de manera objetiva, a partir de qué grado de contaminación ambiental, se considera un daño ambiental transfronterizo, con trascendencia para el derecho internacional.

Por su parte, la CDI ha tratado *in extenso* el tema, así el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)<sup>1487</sup>, en su artículo 1, establece que, el mismo se aplicará a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un “*daño transfronterizo sensible*”. Así, el artículo 2, inciso a)<sup>1488</sup> del mismo

---

<sup>1484</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpressa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 512.

<sup>1485</sup> La Corte observa que, respecto al Río Uruguay, que constituye un recurso compartido, el “*perjuicio sensible a la otra parte*” (artículo 7, párrafo 1° del Estatuto del 1975) podría resultar de una afectación a la navegación. La Corte nota que los estudios de impacto ambiental que son necesarios para tomar una decisión sobre cualquier proyecto que podría causar un *daño significativo* transnacional a otro Estado deberá ser notificado por parte de la parte interesada a la otra parte. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1486</sup> Ya se ha observado que hay límites a la libertad de un Estado de origen en cuanto a las actividades del artículo 1, y ese límite está fijado por el daño apreciable a los derechos que dimanen de la soberanía de otros Estados, precisamente los afectados En la medida en que estos derechos sean, o puedan ser, vulnerados, los Estados afectados tienen su palabra que decir respecto de actividades como las del artículo 1. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1993, Vol. II, Primera Parte, Documentos del cuadragésimo quinto período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, pág. 215.

<sup>1487</sup> Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001) Artículo 1. Alcance. Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un “*daño transfronterizo sensible*”. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163-164.

<sup>1488</sup> Texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001) Artículo 2. Términos empleados. los efectos de los presentes artículos: a) El «*riesgo de causar daño transfronterizo sensible*» abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar “*daño transfronterizo sensible*” y una baja probabilidad de causar “*daño transfronterizo catastrófico*”. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001,

proyecto, define que el «*riesgo de causar daño transfronterizo sensible*» es el que tiene alta probabilidad de causar “*daño transfronterizo sensible*” y una baja probabilidad de causar “*daño transfronterizo catastrófico*”. En armonía, con dicho artículo, el artículo 3<sup>1489</sup>, señala la obligación de prevenir por parte del Estado de origen en relación a un “*daño transfronterizo sensible*” o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Siendo que el artículo 10<sup>1490</sup>, delimita, con mayor precisión el concepto de “*daño transfronterizo sensible*”, con el objetivo de lograr un equilibrio equitativo de intereses, deberán tenerse en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes. Además, en el inciso b) se acuña el término “*el daño potencial*”, que puede ocasionar una actividad, debiendo tener en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con “*el daño potencial*” para el Estado que pueda resultar afectado. Asimismo, el Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)<sup>1491</sup>, *aplicable* a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional., en su principio 2, inciso a) <sup>1492</sup>, entiende por «daño» un “*daño sensible*” causado a las personas, los bienes o el medio ambiente. Por lo que el daño es aquel causado “a las personas, a los bienes o el medio ambiente”, restringiendo los alcances de la definición al señalar que su ámbito de aplicación se extiende aquellas actividades que “entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un *daño transfronterizo sensible*”.<sup>1493</sup> En el inciso c) se refiere, al riesgo de que se cause “*daño sensible*” al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente.

---

Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163-164.

<sup>1489</sup>Texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001). Artículo 3. Prevención. El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un “*daño transfronterizo sensible*” o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163-164.

<sup>1490</sup> Texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001) Artículo 10. Factores de un equilibrio equitativo de intereses. Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, en particular: a) el grado de riesgo de “*daño transfronterizo sensible*” y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o reparar el daño; b) la importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con “*el daño potencial*” para el Estado que pueda resultar afectado; c) el riesgo de que se cause “*daño sensible*” al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163-164.

<sup>1491</sup>El Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006). Principio 1. *Ámbito de aplicación*. El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.64-65.

<sup>1492</sup> El Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006). Principio 2. *Términos empleados*. A los efectos del presente proyecto de principios: a) Se entiende por «daño» un “*daño sensible*” causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.64-65.

<sup>1493</sup> De esto último se deriva que el daño contemplado es aquel causado físicamente a las personas, a su vida o integridad, a los bienes, o al medio ambiente, quedando por tanto excluida de la definición aquellos daños que no tengan carácter físico, como los daños socioeconómicos, en la esfera monetaria, así como los daños psicológicos. Esta limitación de la definición ha merecido duras críticas por parte de la doctrina de los publicistas, pues no existe una razón objetiva para excluir el resto de daños que pueden presentarse ante una contaminación ambiental. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 471 al 472.

Asimismo, el carácter grave del daño ambiental transfronterizo para efectos de configurar la responsabilidad del sujeto de origen, se ha desarrollado a nivel de la jurisprudencia internacional. Así en el Asunto de la *Fundación Trail* suscitado entre el Estado de Canadá y los Estados Unidos<sup>1494</sup>, ocurrido en el año de 1928, este fallo desarrolló las bases teóricas de la responsabilidad internacional de los Estados por los daños transfronterizos, en donde se estableció no sólo el principio de responsabilidad internacional mediante el cual “todo Estado que causa el daño al territorio de otro Estado es responsable de los daños que ocasione”, sino que además, el TIJ observó que el daño deberá tener consecuencias graves para las personas y para los Estados víctimas. Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia, el 16 de diciembre de 2015, dictó su fallo en las dos causas acumuladas relativas a Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y a la Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)<sup>1495</sup>, entre los principales criterios jurídicos, emitidos por la CIJ, en relación a la responsabilidad por los daños ambientales, en la Causa Costa Rica C. Nicaragua consistió en que si existe un riesgo de daño transfronterizo este debe ser *significativo*, razón por la cual deberá llevarse a cabo una evaluación del impacto ambiental para cumplir su obligación de ejercer la *debida diligencia* a fin de prevenir un daño ambiental transfronterizo significativo, ya que, un Estado, antes de emprender una actividad que pueda afectar adversamente al medio ambiente de otro Estado, debe determinar si existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, a través de la evaluación del impacto ambiental cuyo contenido debe hacerse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso en concreto. La CIJ observó que, si no hay un daño transfronterizo significativo<sup>1496</sup>, el Estado de origen no está obligado a realizar una evaluación del impacto ambiental. Si no hay un daño transfronterizo significativo<sup>1497</sup>, el Estado de origen, no está obligado a realizar una evaluación del impacto ambiental. las obligaciones sustantivas relativas a la comisión del daño transfronterizo o haya tenido un efecto significativo en el medio ambiente<sup>1498</sup> debe ser probada con

---

<sup>1494</sup>TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto Fundación de Trail (Estados Unidos vs Canadá)*. Reports. 1938 y 1941. [HTTPS://LEGAL.UN.ORG/RIAA/CASES/VOL\\_III/1905-1982.PDF](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

<sup>1495</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1496</sup> En la presente causa, el principal riesgo citado por Costa Rica era el potencial impacto adverso de esas actividades de dragado en el flujo del río Colorado, que también podrían afectar adversamente a los humedales de Costa Rica. Habiendo examinado las pruebas existentes en el expediente de la causa, incluidos los informes presentados y el testimonio prestado por los expertos convocados por ambas Partes, la Corte concluye que el programa de dragado proyectado en 2006 no era de características tales que pudieran dar lugar a un riesgo de daño transfronterizo significativo, ni en el flujo del río Colorado ni en los humedales de Costa Rica. Habida cuenta de la ausencia de riesgo de daño transfronterizo significativo, Nicaragua no estaba obligada a realizar una evaluación del impacto ambiental. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1497</sup> En la presente causa, el principal riesgo citado por Costa Rica era el potencial impacto adverso de esas actividades de dragado en el flujo del río Colorado, que también podrían afectar adversamente a los humedales de Costa Rica. Habiendo examinado las pruebas existentes en el expediente de la causa, incluidos los informes presentados y el testimonio prestado por los expertos convocados por ambas Partes, la Corte concluye que el programa de dragado proyectado en 2006 no era de características tales que pudieran dar lugar a un riesgo de daño transfronterizo significativo, ni en el flujo del río Colorado ni en los humedales de Costa Rica. Habida cuenta de la ausencia de riesgo de daño transfronterizo significativo, Nicaragua no estaba obligada a realizar una evaluación del impacto ambiental. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1498</sup> En opinión de la Corte, Costa Rica no ha presentado ninguna prueba convincente de que los sedimentos dragados del río hayan sido depositados en su ribera derecha. Tampoco ha probado que el programa de dragado haya causado daño a sus humedales, o haya tenido un efecto significativo en el río Colorado. Por consiguiente, la Corte concluye que las pruebas disponibles no demuestran que Nicaragua haya violado sus obligaciones al realizar actividades de dragado en el bajo río San Juan. (Párrs. 113 a 120). CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en*



pruebas convincentes para determinar que un Estado de origen, haya violado sus obligaciones al realizar actividades de riesgo en el medio ambiente. Asimismo, las obligaciones sustantivas relativas a la comisión del daño transfronterizo o haya tenido un efecto significativo en el medio ambiente debe ser probada con pruebas convincentes para determinar que un Estado de origen, haya violado sus obligaciones al realizar actividades de riesgo en el medio ambiente.

De todo lo anotado, un criterio esencial que debe tenerse en cuenta para determinar cuál es el umbral a partir del cual, sea considerado un daño ambiental transfronterizo, para el derecho internacional en general, es la existencia de un cierto *riesgo creado* por estas actividades. El riesgo debe referirse a la posibilidad elevada de producir un daño transfronterizo.<sup>1499</sup> La inclusión del adjetivo «apreciable» tiende a cumplir con el principio —comentado más adelante— que protege la libertad del Estado de origen en relación con las actividades que desarrolle o permita en su territorio. Si no se incluye esta calificación, entonces prácticamente cualquier actividad nueva debería ser sometida al escrutinio de los Estados eventualmente afectados, con lo que se llegaría a una situación inaceptable.<sup>1500</sup> Con ello se está estableciendo un criterio de naturaleza objetivo para valorar, cuando un riesgo puede determinar responsabilidad, al producirse un daño ambiental transfronterizo. Se introduce la expresión «*riesgo apreciable*», que implica una verdadera novedad en la materia. El calificativo «*apreciable*», indica que el riesgo de que se trate debe tener alguna magnitud, debe ser o bien visible o bien deducible de las cualidades propias de las cosas o materias empleadas.<sup>1501</sup> Por lo que, el requisito de «*riesgo apreciable*», si no lo es normalmente, y se produce un daño conviene contemplar las diversas posibilidades que pueden presentarse, ya que el resultado puede haber surgido en varias circunstancias<sup>1502</sup>: i) Una primera es que el daño se haya producido por causa de un riesgo oculto, no perceptible a primera vista; ii) por la intervención de una concausa: una causa exterior a la cadena causal normalmente desencadenada, que podría surgir por un caso fortuito o por fuerza mayor.

Asimismo, se debe tener en cuenta que, el solo hecho de manejar una sustancia peligrosa constituye riesgo apreciable, aunque naturalmente haya que ejercitar el propio juicio para determinar si un riesgo determinado alcanza el rango de *transfronterizo*: no cualquier actividad que maneje una sustancia explosiva, por ejemplo, será susceptible de originar daños transfronterizos. Así, una fábrica de explosivos

---

*la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1499</sup> Se introduce así un «umbral» más, por debajo del cual no habría, según se ha visto, responsabilidad, y con él también un concepto que no es muy preciso, como no lo es el umbral del daño no «apreciable». Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Naciones Unidas, 1988, Volumen. II, Primera Parte, pág.262.

<sup>1500</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 266.

<sup>1501</sup> Nótese también que se introduce aquí la expresión «riesgo apreciable», que implica una verdadera novedad en la materia. El calificativo «apreciable», indica que el riesgo de que se trate debe tener alguna magnitud, debe ser o bien visible o bien deducible de las cualidades propias de las cosas o materias empleadas. Hace *pendant* con la apreciabilidad que se requiere del daño para ser recogido por los presentes artículos, y resultaría de conveniente inclusión teniendo en cuenta que la descripción del artículo 1: «que originen o puedan originar una consecuencia física [...]» es demasiado vasta y da acogida a cualquier tipo de riesgo. El matiz introducido con lo de «apreciable», no implica, a criterio del Relator Especial, introducir una nueva magnitud no cuantificable, sino simplemente dar expresión a lo que estaba implícito en la lógica del texto. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documento A/CN.4/405. Tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial Naciones Unidas, 1987, Volumen. II, Primera Parte, pág.58.

<sup>1502</sup> En efecto, al utilizar este lenguaje parecería que estuviéramos hablando de dos cosas distintas bajo el mismo rótulo de «riesgo apreciable», porque el objetivo de introducir la noción de «apreciable» fue el de hacer responsables a los Estados por actividades que representarían un peligro de cierta magnitud y de fácil percepción. De esta manera se creaba un «umbral de libertad» debajo del cual un Estado no tuviera que rendir cuentas a nadie de lo que hiciera en su territorio. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Naciones Unidas, 1988, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269.

situada lejos de la frontera, aunque fuera peligrosa para los vecinos, no parecería ofrecer un riesgo «apreciable» [significativo] de causar un daño transfronterizo.<sup>1503</sup> Por lo que, la percepción del riesgo debe asumir un carácter objetivo: no se trata de la percepción individual y contingente que puede o no producirse en la psiquis del agente que opera las cosas peligrosas, ni implica por ende consideración alguna de negligencia o de culpa. Por lo que el *riesgo debe ser apreciable* según criterios o estándares normales de utilización de las cosas que son objeto o producto de la actividad o consecuencia de las situaciones que crean. Esta posibilidad debe poder ser advertida a un primer examen, por la mera asociación de las propiedades específicas de los materiales utilizados, en relación con el medio, con el lugar, o con la forma en que se empleen. Naturalmente que ello no elimina al riesgo que no se advierte fácilmente<sup>1504</sup>, pues por una razón o por otra es conocido ya, ni tampoco descarta para el futuro a aquel riesgo que es oculto y que se hace patente posteriormente.

De todo lo anotado, se puede concluir que hay consenso, en la doctrina, en el derecho, como en la jurisprudencia, en relación a que la determinación del «daño sensible» (*significant damage*) supone tanto unos criterios fácticos y objetivos como un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se forme ese juicio.<sup>1505</sup> Teniendo en cuenta dichos parámetros, la aplicación del término «daño sensible», en un caso en concreto, deberá ser aplicado, según de que se trate, las circunstancias, el tiempo, la magnitud juicio de valor, las circunstancias del caso, el avance de los conocimientos científicos, la valoración hecha por el hombre, los efectos en la salud y el patrimonio de las personas, el medio ambiente.

### **1.3.- Los diversos enfoques, de la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos.**

Actualmente se observa que, a partir de los trabajos de la CDI en materia de responsabilidad internacional por el daño ambiental, existen claramente diferenciados sistemas de responsabilidad internacional materializados en proyectos de artículos, esto es aún no han sido aprobados por los Estados, no obstante, son referente importante tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia. Pues como observa AIZENSTATD, los avances más representativos provienen de la Comisión de Derecho Internacional<sup>1506</sup>,

---

<sup>1503</sup> En el nuevo apartado *e* se define el riesgo «apreciable» o «significativo» en el sentido con que se utiliza en el proyecto, o sea, como el que ofrece, o bien una probabilidad superior a la normal de causar un daño transfronterizo simplemente «apreciable» o «significativo», o una baja o muy baja de causar daños de gran magnitud o catastróficos. Se sigue a este respecto el criterio del Código de conducta sobre la contaminación accidental de aguas internas transfronterizas. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del cuadragésimo segundo período de Sesiones, Naciones Unidas, 1990, Volumen. II, Primera Parte, pág.96.

<sup>1504</sup> De ahí el requisito de «riesgo apreciable». Si no lo es normalmente, y se produce sin embargo un daño, ¿caerían este daño particular y la actividad en general dentro del proyecto? Conviene contemplar las diversas posibilidades que pueden presentarse, ya que el resultado puede haber surgido en varias circunstancias. Una primera es que el daño se haya producido por causa de un riesgo oculto, no perceptible a primera vista; por el comportamiento sorpresivo de algún componente de las cosas utilizadas o por la acción de una propiedad ignorada de alguno de esos componentes, etc.; en esa hipótesis el daño caería fuera del alcance de esta materia. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Naciones Unidas, 1988, Volumen. II, Primera Parte, pág. 254-268.

<sup>1505</sup> Las actividades peligrosas y extremadamente peligrosas, que constituyen la materia objeto del presente proyecto de principios, entrañan operaciones complejas y conllevan ciertos riesgos inherentes de causar daños sensibles. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, vol. II, Segunda Parte”, Documento A/61/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor Realizada en su 58.º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, pág 87.

<sup>1506</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 9.

en materia de desarrollo progresivo y codificación de la responsabilidad estatal, que es a lo que aspira la comunidad internacional.

La tarea de la CDI inició a finales de los años sesenta en que se empezó a sentir la necesidad de alterar los postulados de la responsabilidad internacional clásica y de instaurar sistemas de responsabilidad menos estrictos que eximieran a las víctimas de los daños de la obligación de aportar la prueba de la concurrencia de culpa o negligencia del Estado de origen del daño.<sup>1507</sup> Así, como precisa REMIRO, si en 1978 la CDI registró sus trabajos en la materia bajo la rúbrica de *responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional*, en 1997 optó por desdoblarse, ocupándose primero de la *prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas* no prohibidas por el Derecho Internacional y considerando sólo después el régimen jurídico aplicable a la *asignación de la pérdida*, caso de que tales daños se produjesen.<sup>1508</sup> Es decir, regímenes basados en la responsabilidad objetiva del Estado. Para la CDI, el elemento esencial de estos nuevos regímenes de responsabilidad internacional no es la infracción o la comisión de un ilícito, es decir, la violación por parte del Estado de una obligación internacional (responsabilidad internacional o *International Responsibility*) sino la simple materialización de un daño de carácter transnacional o transfronterizo (responsabilidad carente de un hecho ilícito o *International Liability*).<sup>1509</sup> Los trabajos dirigidos culminaron finalmente con la adopción de dos Proyectos: i) El *Proyecto de artículos sobre la prevención transfronteriza resultante de actividades peligrosas*, que fue aprobado en julio de 2001; ii) el *Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, aprobado 2006.<sup>1510</sup> Los mismos, que se aplican, sin perjuicio de las normas pertinentes sobre la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) aprobadas por la Comisión en el año 2001<sup>1511</sup>. De allí, se

---

<sup>1507</sup> Son regímenes de responsabilidad que puede operar independientemente de la violación o prohibición establecida por el derecho internacional abarcando actividades que en sí mismas pueden ser legales o no prohibidas por el derecho internacional, como, por ejemplo, las actividades de gestión y traslado transfronterizo de los residuos peligrosos, pero que pueden provocar un daño como resultado. (...)En el ámbito de la codificación internacional fue en el año 1978 que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas destacó por vez primera la necesidad de redactar, paralelamente a la elaboración del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, un Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de los actos no prohibidos por el derecho internacional*. VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza derivada de Residuos*”, Editorial Servizo de Publicacións de Universidades de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, España, 2006, págs. 74- 80.

<sup>1508</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas ha incluido los proyectos como anexos de sendas resoluciones (61/36 y 62/68) llamando la atención de los gobiernos e invitándoles a formular observaciones sobre el camino a seguir. REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 434 a 435.

<sup>1509</sup> Son regímenes de responsabilidad que puede operar independientemente de la violación o prohibición establecida por el derecho internacional abarcando actividades que en sí mismas pueden ser legales o no prohibidas por el derecho internacional, como, por ejemplo, las actividades de gestión y traslado transfronterizo de los residuos peligrosos, pero que pueden provocar un daño como resultado. (...)En el ámbito de la codificación internacional fue en el año 1978 que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas destacó por vez primera la necesidad de redactar, paralelamente a la elaboración del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, un Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de los actos no prohibidos por el derecho internacional*. VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza derivada de Residuos*”, Editorial Servizo de Publicacións de Universidades de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, España, 2006, págs. 74- 80.

<sup>1510</sup> VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza derivada de Residuos*”, Editorial Servizo de Publicacións de Universidades de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, España, 2006, pág. del 89 al 96.

<sup>1511</sup> El preámbulo, del proyecto, deja bien sentado que los Estados son responsables en derecho internacional del incumplimiento de sus obligaciones de prevención. Por ello, el proyecto de principios funciona sin perjuicio de las normas relativas a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) y de cualquier pretensión aducida al amparo de esas normas en caso de violación de las obligaciones de prevención. En ese sentido, se reconoce que, según el derecho internacional, el Estado tiene obligaciones de prevención y que, en virtud de esas obligaciones, los Estados no deben permitir actividades peligrosas que entrañen el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol.

puede concluir que son tres sistemas de responsabilidad, que la CDI, ha diseñado, para encarar la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos.

Cada uno de estos proyectos tiene una naturaleza jurídica distinta, ello responde a que, al interno de la CDI, en su elaboración, se discutió mucho, en especial lo referido a la necesidad de diferenciar la responsabilidad por los hechos ilícitos de los actos lícitos; sobre la fuerza obligatoria que debían tener estos proyectos si general o sectorial, si se trataba sólo de recomendaciones o principios. Si por el contrario, como precisa GOMEZ, había que adoptar la forma de un código de conducta, se podía llegar mucho más lejos en la formulación de normas y principios<sup>1512</sup>. Al final, la CDI, decidió, optar por separar: la responsabilidad internacional por hechos ilícitos de la responsabilidad por los actos no prohibidos por el derecho internacional, en donde se opta por dos enfoques, uno basado en la prevención del daño ambiental, y el otro sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

Los referidos sistemas de responsabilidad difieren considerablemente entre sí, por un lado, el régimen por los hechos ilícitos se basa en la violación obligaciones internacionales por parte de los Estados, en tanto que los sistemas por los actos no prohibidos, se basan en la prevención u ocurrencia del daño ambiental. Sólo en la responsabilidad por los hechos ilícitos, los Estados asumen un régimen general y obligatorio de responsabilidad, en los otros dos sistemas de responsabilidad por los hechos lícitos, la responsabilidad de los Estados es subsidiaria, pues son los privados los que asumen la responsabilidad principal, de manera parecida a la asumida en los convenios sectoriales de responsabilidad civil.

La doctrina ha criticado estos sistemas de responsabilidad, pues en materia de responsabilidad por los actos no prohibidos, como precisa REMIRO, estamos ante una responsabilidad civil, una *liability*. La responsabilidad internacional siempre se desencadena por la violación de una obligación internacional. Lo que se está haciendo en la codificación de la sedicente responsabilidad internacional por la comisión de actos no prohibidos por el Derecho Internacional no es otra cosa que codificar obligaciones primarias trasladando la asignación de daños de los Estados a los operadores privados. Nada más lejos de la responsabilidad internacional tal y como la entiende el Derecho Internacional y se deja a salvo en el proyecto de *principios* de la Comisión (2006)<sup>1513</sup>. Ciertamente, la CDI no ha dado una respuesta adecuada para resolver la problemática del daño ambiental, pues ha evadido centrarse en emitir una norma obligatoria de responsabilidad que obligue a los Estados a asumir responsabilidad en el campo de la responsabilidad por los hechos ilícitos, optando por depositar dicha responsabilidad de manera principal en los privados.

La diversificación de la regulación de la responsabilidad internacional, a través de la adopción de regímenes internacionales diversos, ha determinado confusión en su tratamiento, pues al haberse regulado sistemas de responsabilidad totalmente diferenciados los efectos jurídicos de los mismos, son aún inciertos, más aún si mayormente se han centrado en la regulación de la responsabilidad internacional, en el ámbito particular, de la actividad internacional, como medio de protección del medio ambiente y no en

---

II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 66.

<sup>1512</sup> GOMEZ-ROBLEDO, Alonso; *“Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos”*, En “Estudios de Derecho Internacional Público, N° 09”, Coordinadora FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, Editorial “Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma de México”, Segunda Edición, México D.F, 2014, pág. 125-126.

<sup>1513</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; *“Derecho Internacional Curso General”*; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 434 a 435.

el meollo del asunto, como es el desarrollo de las obligaciones internacionales de los Estados como principal forma de protección del medio ambiente.

Así también, autores como a BENEDETTO no les parece que el derecho internacional actual reconozca un tipo de responsabilidad tan sofisticado y tan inclinado a la solidaridad como la responsabilidad por actos lícitos. Pues Lejos de atenerse al tema de la responsabilidad internacional, el resultado principal de esos informes ha sido identificar una serie de obligaciones autónomas, de carácter material o procedimental, que se le imponen al Estado bajo cuyo control se efectúa la actividad que ocasiona el daño (esto es, la obligación de evitar o reducir el daño, de cooperar con el Estado-víctima, de informarlo, etc.); y por último, que la única norma en materia de responsabilidad que se ha propuesto hasta ahora es que el resarcimiento por daños ocasionados por actividades peligrosas sea determinado por acuerdo de las partes.<sup>1514</sup> Por lo que históricamente los ensayos de codificación del derecho internacional en el campo de la responsabilidad internacional de los Estados representan importantes avances, no obstante, no se materializaron en un proyecto que comandare aceptación por medio de la suscripción de un instrumento internacional vinculante por la mayoría de los Estados<sup>1515</sup>. Y, asimismo el derecho internacional se resiste, hasta el momento, en reconocer la responsabilidad por actos lícitos.

Por lo que, como sostiene AIZENSTATD, se observa que se discuten distintos tipos de responsabilidad estatal que aún se encuentran en etapa formativa<sup>1516</sup>, por lo que se hace necesario analizar los diversos, tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el Estado, enfocándose en la responsabilidad internacional por actividades relacionadas con ilícitos internacionales y la responsabilidad por actos ilícitos que causen o puedan causar daños transfronterizos.

La propia Comisión de Derecho Internacional resolvió dividir el tratamiento del tema en dos: la “Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas”, por un lado, y “Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, por el otro. La labor sobre ellos dio como resultado sendos proyectos de artículos en 2001 y 2006, respectivamente, aunque ninguno se refiera específicamente a la responsabilidad del Estado.

Así tenemos que los diversos enfoques, desde la perspectiva de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre la responsabilidad por los daños ambientales, son los siguientes: i) *El primer enfoque*, sobre el sistema de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, materializada en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001); considera que el elemento esencial de un régimen de responsabilidad internacional surge por haber violado por parte del Estado una obligación internacional, la misma que tiene carácter de principio. ii) *el segundo enfoque*, sobre el sistema de responsabilidad internacional de los Estados por “los actos no prohibidos por el derecho internacional”, implementado, en dos proyectos a saber: a) el Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la CDI (2001) opta por proponer un sistema de responsabilidad basado en la

---

<sup>1514</sup> BENEDETTO CONFORTI, “*Derecho Internacional*”, Editorial Víctor P. de Zavalía, Argentina, 1995, pág. 473 a 474.

<sup>1515</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “*La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 21 a 22.

<sup>1516</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “*La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 4.

prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en donde se traza como principal objetivo que el Estado de origen debe de adoptar todas las medidas de naturaleza preventiva para la no ocurrencia de un daño transfronterizo sensible; y b) el Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)<sup>1517</sup> se orienta por señalar que la responsabilidad internacional de los Estados en el ámbito del medio ambiente derivada de lo que se denomina “un acto no prohibido por el derecho internacional” realizados mayormente por parte de los operadores privados de actividades peligrosas de riesgo, como pueden ser las actividades de gestión y el traslado transfronterizo de residuos peligrosos. Estos tres enfoques referidos a la responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, pasan a ser analizados a continuación por su importancia jurídica.

### 1.3.1.- La responsabilidad internacional de los Estados por *hechos ilícitos*.

La responsabilidad constituye el epicentro de un sistema jurídico, observación que se verifica en el derecho internacional, ya que, sin ella, este se reduciría a la nada. Se dice que un derecho demuestra su eficacia y grado de integración a través de su sistema de responsabilidad<sup>1518</sup>. El cumplimiento voluntario por parte de los Estados de las normas del derecho internacional ha sido un fenómeno complejo y difícil de explicar. En términos generales, las normas internacionales son obedecidas voluntariamente y de manera constante por los actores del derecho internacional<sup>1519</sup>; no obstante, en varias oportunidades existen incumplimientos, lo que conlleva una consecuencia y acarrea la responsabilidad internacional del Estado, implicando al afectado el derecho a una reparación.<sup>1520</sup> Este es el principio, que determina la responsabilidad internacional de los Estados “el incumplimiento de una obligación”.

Esta es la tesis de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, materializada en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>1521</sup>; la misma que considera que el elemento esencial de un régimen de responsabilidad internacional surge por haber violado por parte del Estado una obligación internacional, la misma que tiene carácter de principio.

En materia de responsabilidad internacional ambiental, a lo largo de muchos años se debatió si era el daño ambiental causado o la violación de obligaciones internacionales lo que generaba la responsabilidad internacional; tal como observa AIZENSTATD, el tema ha sido esclarecido por la CDI al precisar que es

---

<sup>1517</sup> El Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006), se analizará in extenso, en: Capítulo V, Tercera Parte, 3.1.2.- La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y las cuestiones relacionadas con la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la presente investigación. Nota de la investigadora.

<sup>1518</sup> La naturaleza de los derechos, la estructura de las obligaciones, la definición de las consecuencias frente a su violación, todo converge y se entremezcla en una relación lógica y de estrecha interdependencia. SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 289-290.

<sup>1519</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “*La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 5.

<sup>1520</sup> AIZENSTATD AISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “*La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 7.

<sup>1521</sup> Puede tener su origen en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado (responsabilidad internacional por comisión de un hecho ilícito o responsabilidad subjetiva del Estado). VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza derivada de Residuos*”, Editorial Servizo de Publicacións de Universidades de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, España, 2006, págs. 74- 80.

la violación o el incumplimiento de una obligación internacional lo que en derecho internacional genera la responsabilidad. Es decir que el hecho generador de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos no es el daño, sino la violación o el incumplimiento de una obligación internacional, sea esta convencional o consuetudinaria.<sup>1522</sup> El proyecto de artículos la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, no hace mención expresa al daño como elemento de la responsabilidad internacional, por lo que, para determinar la responsabilidad de un Estado, previamente debe probarse si el Estado cumplió o no con una obligación internacional.

Así tenemos que de conformidad con el artículo 1 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: *“todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional”*. Y según el art. 2 del mismo, *“hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional al Estado”*. De esta normatividad, la doctrina sostiene que se tiene tres principios rectores<sup>1523</sup> de acuerdo proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos<sup>1524</sup>, y sus comentarios correspondientes<sup>1525</sup>: i) El hecho ilícito internacional de un Estado determina su responsabilidad internacional; ii) el hecho ilícito internacional está compuesto de dos elementos; objetivo y subjetivo. Tanto el elemento subjetivo y como el elemento objetivo, debe encontrarse presentes para que la conducta atribuida al Estado configure un hecho ilícito y genere responsabilidad internacional es el objetivo. iii) el hecho ilícito internacional deber ser calificado como tal por el derecho internacional.

Y ello es así, porque la responsabilidad internacional se genera a partir de la existencia de un hecho ilícito<sup>1526</sup>, por lo que un Estado será sujeto de responsabilidad internacional, sólo si comete un hecho ilícito internacional. El referido principio, está contenido artículo 1 del proyecto en donde se establece que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional<sup>1527</sup>, principio rector de la responsabilidad internacional, pues si no hay hecho ilícito, no hay responsabilidad internacional de los Estados. Y es justamente, esta regla, la que dificulta, adecuar el sistema de responsabilidad internacional de los Estados, en materia de responsabilidad ambiental, en razón a que el orden jurídico internacional, no reconoce que, si un Estado cause un daño ambiental transfronterizo, este comportamiento, per se sea considerado un hecho ilícito y, por tanto, no se le puede exigir un comportamiento diferente, pues la comisión de un daño ambiental transfronterizo, es considerado como un

---

<sup>1522</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, *“La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”*, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 14 a 15.

<sup>1523</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, *“Derecho Internacional Público”*, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpressa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, páginas 395-396.

<sup>1524</sup> Véase, *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésima tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 32.

<sup>1525</sup> Véase, *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésima tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 25.

<sup>1526</sup> Según lo establecido en el artículo 2 del Proyecto de Responsabilidad, para que se configure el hecho ilícito, deberán concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. El primero se refiere a la atribución de la conducta a un Estado, ya sea por acción u omisión; mientras que el segundo, a la violación de una obligación internacional. SALMÓN Elizabeth, *“Curso de Derecho Internacional Público”*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 290.

<sup>1527</sup> Véase, *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésima tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 33.

hecho lícito. Y ello es así, porque en materia de responsabilidad internacional, sólo si la conducta es ilícita internacionalmente, habrá hecho ilícito internacional.<sup>1528</sup> No obstante, las cosas no son tan fáciles para los Estados, pues existe una posibilidad indirecta de poder responsabilizarlos, pues hay consenso en la doctrina y en la jurisprudencia, en el sentido que, si los Estados incumplen sus obligaciones pactadas en materia ambiental y más específicamente las normas de prevención del daño ambiental cometen un ilícito internacional, y por tanto, estarían obligados a reparar el referido daño.

Asimismo, se debe tener presente que la configuración de un hecho ilícito hace surgir nuevas relaciones jurídicas entre el Estado infractor y el lesionado, dando lugar al nacimiento de ciertas obligaciones, para el primero, y derechos, para el segundo. Respecto a las *obligaciones del Estado infractor*: de acuerdo a lo establecido por el proyecto de responsabilidad, el Estado responsable internacionalmente por el ilícito se encuentra obligado a poner fin al hecho ilícito, ofrecer garantías de no repetición si las circunstancias lo exigen y reparar íntegramente el perjuicio - ya sea material o moral<sup>1529</sup>; por lo que, en materia de responsabilidad ambiental, se trata de una reparación que protege de manera amplia las repercusiones del hecho lesionante tanto en las personas, su patrimonio, como el medio ambiente, pues se trata de una reparación integral, así como el cese de la conducta lesiva al medio ambiente y además el compromiso, por parte de los Estados de no repetición de la conducta. Asimismo, respecto a *los derechos de Estados lesionados*: Como contraposición a las obligaciones del Estado infractor, el lesionado tiene derecho a exigir la restauración de la obligación violada mediante el cese del ilícito, así como reclamar garantías de no repetición del hecho ilícito si las circunstancias lo exigen, y también obtener la reparación íntegra por el daño causado y recurrir a contramedidas contra el Estado responsable del hecho ilícito con el objetivo de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban.<sup>1530</sup> Ello traslado al campo de la responsabilidad ambiental, determinaría por ejemplo, que si se demuestra que un Estado no cumple con sus obligaciones establecidas en el derecho internacional en materia de prevención ambiental, el Estado afectado, tiene derecho a solicitar todos los efectos jurídicos, que implica que un Estado haya cometido un hecho ilícito internacional, esto es la restauración del medio ambiente, el cese del daño ambiental transfronterizo, exigir la no repetición si las circunstancias lo exigen del daño ambiental, la reparación integral por el daño ambiental transfronterizo causado y además solicitar las contramedidas contra el Estado responsable del daño ambiental transfronterizo. Por lo tanto, en materia de responsabilidad internacional del Estado ambiental, se fundamenta, en la violación de obligaciones internacionales en materia de protección ambiental, mayormente por vulneración de la norma internacional en materia de prevención del daño ambiental, toda vez que no existe norma alguna que establezca la responsabilidad directa de reparación de un daño.

En relación al elemento objetivo del hecho ilícito internacional está compuesto de dos elementos: el elemento objetivo y el subjetivo, a saber : a) Un elemento objetivo, consistente en la conducta ilícita, es

---

<sup>1528</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpressa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 401.

<sup>1529</sup> Con respecto a las dos primeras, se obligación vulnera se encuentre en vigor y el hecho ilícito sea de carácter continuado, pues si se trata de un hecho ilícito instantáneo, la violación ya habría culminado. En algunos casos, la cesación de la conducta se considera una forma de reparación. SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 308-309.

<sup>1530</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 33 del proyecto de responsabilidad, lo beneficiario pueden existir a favor de otro Estado, varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sea, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación. SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 308-309.



decir, en el incumplimiento de una obligación internacional <sup>1531</sup> En el proyecto de artículos de la CDI, los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado, se encuentran establecidos en el artículo 2, <sup>1532</sup>, en donde se señala que hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento es: i) Atribuible al Estado según el derecho internacional (elemento subjetivo); y ii) constituye una violación de una obligación internacional del Estado (elemento objetivo); b) Respecto al elemento subjetivo, consistente en la atribución de dicha conducta ilícita a un Estado, como sujeto de derecho internacional. <sup>1533</sup> Los dos elementos del hecho ilícito internacional: el elemento subjetivo y como el elemento objetivo, debe encontrarse presentes para que la conducta atribuida al Estado configure un hecho ilícito y genere responsabilidad internacional, pues son indispensables, para que se ponga en operatividad el sistema responsabilidad internacional general.

En relación al *elemento objetivo* del hecho internacionalmente ilícito del Estado, se presenta cuando existe disconformidad total o parcial entre la conducta ordenada por una norma jurídica y la conducta efectivamente realizada por el Estado. <sup>1534</sup> El hecho del Estado debe ser contrario a las obligaciones derivadas de una regla de derecho internacional <sup>1535</sup>. La CDI, observa que hay violación de una obligación internacional cuando el comportamiento atribuido a un Estado, sujeto de derecho internacional, constituye un incumplimiento por ese Estado de una obligación internacional que tiene a su cargo, precisando las siguientes particularidades en el proyecto: a) «el incumplimiento por un Estado de una obligación, cualquiera que sea su origen, da lugar a su responsabilidad; b) la obligación debe estar vigente en el momento en que se produjo el hecho ilícito <sup>1536</sup>; c) la responsabilidad de los Estados puede nacer de la violación de obligaciones de carácter bilateral o de obligaciones para con algunos Estados o para con la comunidad internacional en su conjunto; y también puede tratarse de violaciones gravísimas de obligaciones derivadas de normas imperativas del derecho internacional general <sup>1537</sup>; f) en lo que concierne a la primera parte del proyecto de artículos, existe un régimen unitario de la responsabilidad de los Estados que tiene carácter general <sup>1538</sup>; g) el artículo 12, del proyecto, dice también que hay violación

---

<sup>1531</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, páginas 398-399

<sup>1532</sup> Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. *Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) *Es atribuible al Estado según el derecho internacional*; y b) *Constituye una violación de una obligación internacional del Estado*. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 35

<sup>1533</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 398-399

<sup>1534</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 398-399

<sup>1535</sup> SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 300.

<sup>1536</sup> Es preciso mencionar que, aun cuando la obligación se haya extinguido, la responsabilidad del Estado por el incumplimiento previo se mantendrá. En todos los casos, se trata de un hecho ilícito conforme al derecho internacional y no al derecho interno. SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 300.

<sup>1537</sup> Véase “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 58.

<sup>1538</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 58.

de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, «sea cual fuere [...] la naturaleza de esa obligación»<sup>1539</sup>; i) otro principio básico de la responsabilidad, está establecido en el artículo 13, del proyecto, que señala que la obligación internacional debe estar en vigencia respecto del Estado<sup>1540</sup>. La Comisión, precisa que un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

En relación *elemento subjetivo* del hecho internacionalmente ilícito del Estado, la doctrina sostiene que para que un Estado sea responsable internacional, el principio básico en relación con el elemento subjetivo este se configura cuando tal conducta puede ser reputada o ser atribuible a un Estado, es decir, que constituye un hecho del Estado. Lo importante es que si bien, una conducta considerada como hecho del Estado no puede ser sino una acción o una omisión realizada físicamente por un ser humano, sea este particular o agente del Estado, al ser éste último una persona moral. (...) <sup>1541</sup> Para el derecho internacional es que cada Estado es responsable *de su propia conducta* respecto de sus propias obligaciones internacionales. Se trata del *elemento subjetivo*, el mismo que hace referencia a la atribución o imputabilidad de la conducta a un Estado. En tal sentido, con la finalidad de determinar si un hecho genera responsabilidad internacional del Estado, es preciso establecer si la conducta del individuo puede atribuirse a aquel. Los Estados actúan a través de sus órganos y agentes que pueden obligarlos en el plazo internacional. Esta dinámica se replica en el ámbito de la responsabilidad internacional.<sup>1542</sup> Este elemento de la responsabilidad, se encuentra establecido, en el apartado *a*, del artículo 2 del proyecto<sup>1543</sup>, en donde el término «atribución» se utiliza para designar la operación de relacionar el Estado con una acción u omisión determinada. Esto, es que hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional.

Se trata de determinar, las circunstancias en que el comportamiento de que se trate sea atribuible, según el derecho internacional, al Estado, esto es que tal atribución está justificada. En esa línea, se considera hecho del Estado, según el derecho internacional: a) *El comportamiento de todo órgano del Estado*

---

<sup>1539</sup>Véase, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 59.

<sup>1540</sup> El artículo 13 ofrece una importante garantía a los Estados desde el punto de vista de las demandas de responsabilidad, concuerda con la idea de una garantía contra la aplicación retrospectiva del derecho internacional en materia de responsabilidad del Estado. Un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del derecho de la época y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág.60

<sup>1541</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, páginas 398-399

<sup>1542</sup> Si bien no existe una lista en la que se señale que personas pueden actuar en nombre de un Estado, existe en el derecho internacional una serie de criterios que permitan determinar cuándo una conducta puede ser atribuida al Estado. SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 291.

<sup>1543</sup> La Comisión sostiene, Que, con arreglo al artículo 2, una de las dos condiciones esenciales para la responsabilidad internacional de un Estado es que el comportamiento de que se trate sea atribuible, según el derecho internacional, al Estado. Siendo, que el capítulo II define *las circunstancias en que tal atribución está justificada, es decir*, cuando el comportamiento consistente en una acción u omisión o en una serie de acciones u omisiones ha de considerarse como comportamiento del Estado. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág.40.

*cualquiera que sea su posición en la organización estatal, ya sea que pertenezca al gobierno central o a una división territorial. La preferencia al “órgano del Estado” abarca a todas las entidades individuales o colectivas que conforman la organización del Estado y actúan en su nombre. Adicionalmente, por el principio de unidad del Estado, los actos y omisiones de todos los de todos sus órganos deben ser considerados como actos y omisiones del Estado para efectos de la responsabilidad internacional<sup>1544</sup>; b) el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado o de un órgano puesto a su disposición o por otro Estado, mientras actúen en el ejercicio de atribuciones del poder público. Aquí se incorpora a los actos realizados por los particulares, pueden ser personas individuales o un grupo de personas realicen actividades, individuales o colectivas que realizan funciones por instrucciones o bajo la dirección o el control de hecho de un Estado. Se trata de los actos realizados por los particulares. Según el artículo 5 del proyecto<sup>1545</sup>, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado, no obstante que está facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.*

*c) el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de este Estado. En ese caso, se consideran hechos del Estado, los comportamientos de particulares cuando actúan de facto como un órgano del Estado<sup>1546</sup>. Al respecto el artículo 8 del proyecto, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado, al observar ese comportamiento.<sup>1547</sup> Estos actos suceden mayormente en los gobiernos de facto; d) el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que ejerzan de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales. En este caso, los privados actúan de facto, sin ninguna instrucción o bajo la dirección de un Estado. Según el artículo 9 del proyecto<sup>1548</sup>, el comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones; e) el comportamiento de un movimiento insurreccional, cuando este logre ser gobierno del Estado o un nuevo Estado. REMIRO sostiene que dada su organización y control de los movimientos insurreccionales se considera que los hechos de los órganos del movimiento insurreccional han de atribuirse al mismo movimiento, cuando*

---

<sup>1544</sup> Esta referencia debe ser entendida en el sentido más amplio; no se limita a los órganos de gobierno central, oficiales de alto Rango o personas con responsabilidades vinculadas a las relaciones exteriores del Estado, sino que extiende a cualquier funcionario, incluso regional o local. Esta es la regla básica y el punto de partida para la atribución de responsabilidad En tal sentido, mientras el individuo actúe en su calidad de agente estatal, la atribución de sus actos al Estado se encuentra efectivamente justificada. SALMÓN Elizabeth, “Curso de Derecho Internacional Público”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 292.

<sup>1545</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág.31.

<sup>1546</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “Derecho Internacional Curso General”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 409.

<sup>1547</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

<sup>1548</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

logre reemplazar al gobierno que combate, o un nuevo Estado, sus actos acabarán siendo atribuidos al Estado si triunfa<sup>1549</sup>. Así el artículo 10 *del proyecto*<sup>1550</sup>, ha establecido que para el derecho internacional, se considera comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole: i) *cuando* un movimiento insurreccional se convierta en el nuevo gobierno del Estado. Por obvias razones, en este caso al ser tomado el gobierno por el movimiento insurreccional, asume el poder del Estado, y, por tanto, será sujeto de derecho internacional, todo hecho internacionalmente ilícito podrá serle atribuido; ii) cuando un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional. En este caso, a diferencia del supuesto de hecho anterior, es aplicable cuando el movimiento insurreccional logra constituir un nuevo Estado en una parte del territorio del Estado anterior, el mismo que va a ser un nuevo sujeto de derecho internacional, y por tanto todo comportamiento violatorio de las obligaciones internacionales, será pasible de ser atribuido a este nuevo Estado como un hecho ilícito; f) *Personas que no actúan de hecho ni de derecho por cuenta del Estado*. Aquí estamos bajo el supuesto de simples particulares que no gozan de ninguna representación estatal y actúan con el apoyo o la autorización del Estado. En este caso, el principio es que los hechos ilícitos de estos particulares no hacen internacionalmente responsable a su Estado. La excepción a este principio estaría dado en el supuesto que el Estado haya faltado a una obligación internacional a su cargo, concretamente, en materia de protección del medio ambiente, su deber de prevención o represión,<sup>1551</sup> respecto de las actividades ambientalmente riesgosas, y que ocasionen un daño ambiental. El principio de prevención, obliga a los Estados a impedir todo daño ambiental transfronterizo, principio que se configura a su vez con la obligación de debida diligencia, que implica que los Estados, deben dedicar sus mayores esfuerzos, a través de medidas concretas, para impedir que sus propios nacionales, como también los extranjeros residentes en su territorio, que realicen actividades ambientalmente riesgosas cometan actos lesivos contra otros Estados. Tal como se observa, para la Comisión, la norma general es que el único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como sus agentes. Los Estados han limitado la posibilidad de extender su responsabilidad a los actos de los particulares, en materia de responsabilidad de los daños ambientales transfronterizos lo que constituye, una grave limitación, en razón su comportamiento no puede ser atribuible a los Estados.

### **1.3.2.- La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, basada en la prevención de daños transfronterizos.**

---

<sup>1549</sup> *un movimiento insurreccional, se identifica con unas fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte del territorio de un Estado un control tal que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.* REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 411.

<sup>1550</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26-27.

<sup>1551</sup> Esta es la posición de la mayoría de la doctrina de los publicistas. Para este sector, el Estado resulta responsable no por la acción directa del particular, sino por la conducta de sus órganos o agentes, de su acción u omisión, específicamente, por no haber tomado todas las medidas de prevención que estaban a su alcance para evitar el hecho ilícito o por no haber castigado de manera adecuada los responsables. Se trata entonces del incumplimiento de dos deberes genéricos a cargo del Estado que provienen del derecho internacional general. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 425 al 427.

La denominada “responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional”, llamado también “*responsabilidad sine delicto*”, ha sido objeto de estudio de manera significativa en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, desde el año de 1980, en donde optó por ocuparse de la “responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”. Producto de esos trabajos la Comisión en su quincuagésimo tercer período de sesiones, aprobó el Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la CDI (2001)<sup>1552</sup>. El fundamento, del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, cómo su nombre lo indica, se basa justamente en la prevención del daño, y se aplicaría a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.<sup>1553</sup> La filosofía del proyecto es que la libertad de desarrollar por parte de los Estados sus recursos naturales en ejercicio de su soberanía, y de realizar o autorizar actividades en el ámbito de su jurisdicción o control tiene como límite los intereses de los otros Estados y el deber de prevenir los daños transfronterizos o en todo caso minimizar el riesgo.

La CDI, propone principios, para un régimen de responsabilidad basado en la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas<sup>1554</sup> en donde se traza como principal, objetivo, que el Estado de origen debe de adoptar todas las medidas de naturaleza *preventiva para la no ocurrencia de un daño transfronterizo sensible*<sup>1555</sup> o, para minimizar el riesgo de causarlo.<sup>1556</sup> Por lo que, en puridad, se trata de principios de naturaleza preventiva o paliativa para minimizar el daño causado, pues no se ocupa de la reparación daño ambiental transfronterizo una vez que este ya ocurrió.

---

<sup>1552</sup> Proyecto de la CDI de Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas (2001). *Preámbulo del Proyecto*. (...) Teniendo presente el principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. Teniendo presente además que la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control no es ilimitada. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163.

<sup>1553</sup> SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 306-308.

<sup>1554</sup> La CDI, hace hincapié en la *obligación de prevenir*, por oposición a la obligación de reparar, remediar o indemnizar, y esto tiene varios aspectos importantes. La política preferida debe ser la prevención, ya que en el caso de daño la indemnización por lo general no restablece la situación que existía antes de producirse el suceso o accidente. El cumplimiento de la obligación de prevenir o aplicar la debida diligencia es todavía más necesario a medida que aumentan constantemente los daños ambientales transfronterizos. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 165.

<sup>1555</sup> Proyecto de la CDI de Prevención del Daño Transfronterizo Resultante De Actividades Peligrosas (2001). *Artículo 2.- Términos empleados*. A los efectos de los presentes artículos: a) El «riesgo de causar daño transfronterizo sensible» abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico; b) Se entiende por «daño» el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; c) Se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163.

<sup>1556</sup> Proyecto de la CDI de Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas (2001). *Artículo 3.- Prevención*. El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas *para prevenir un daño transfronterizo sensible* o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 163.

Se observa que uno de los lineamientos de la responsabilidad «*actividades no prohibidas por el derecho internacional*»,<sup>1557</sup> en el proyecto materia de análisis, consiste en separar el tema de “*la responsabilidad internacional por actividades no prohibidas*”, del tema de “*la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*”<sup>1558</sup>. Lo que determina efectos jurídicos diferenciados. Al respecto, JUSTE sostiene que este enfoque tiene por objeto separar este tema del de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y “[...] permitir al Estado que pueda resultar afectado por una actividad que entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo [...] sensible, exigir al Estado de origen que cumpla las obligaciones de prevención, aunque la actividad en sí no esté prohibida”.<sup>1559</sup> En ese sentido el alcance de este proyecto, es normar las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, un daño transfronterizo sensible<sup>1560</sup>, fuera del sistema de la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos.

Siendo ello así, la característica fundamental de este tipo de responsabilidad es que todo acto no prohibido es de naturaleza lícito, en donde y como precisa PEZZANO, hay ausencia de un hecho ilícito atribuible a un Estado<sup>1561</sup>, esto es, la fuente de la responsabilidad es el incumplimiento de la obligación de prevenir o, en todo caso, de minimizar el riesgo por parte de los privados.

La responsabilidad que asumen los Estados es de naturaleza subsidiaria y se basa en la obligación de prevención de daños causados por actividades peligrosas, además como observa REMIRO, forma parte ya del Derecho Internacional general y tiene su origen en la “*diligencia debida*”, esto es, la “*obligación del Estado de no dejar que su territorio se utilice para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados*”<sup>1562</sup> Y como señala JUSTE, se basa en el principio fundamental *sic utere tuo ut alterum non*

---

<sup>1557</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 167.

<sup>1558</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 167.

<sup>1559</sup> “El proyecto trata así de establecer un equilibrio equitativo entre los derechos que asisten al Estado de origen tanto en la explotación de sus recursos naturales como en el desarrollo de actividades económicas no prohibidas y los intereses de los Estados terceros en protegerse frente a amenazas de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas”. JUSTE RUIZ, José, “*El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”, En Revista “*Agenda Internacional*”, Año XI, N°22, 2005, pág. 103.

<sup>1560</sup> Proyecto de la CDI de Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas (2001). Se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional. Artículo 1. Alcance. Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Artículo 1.-Alcance. Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. El artículo 1 limita el alcance de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 166.

<sup>1561</sup> PEZZANO, Luciano; “*Responsabilidad Internacional Ambiental por Conflicto Armado*”. Este artículo obtuvo el “Primer Premio” en el Concurso de Monografías 2015, realizado por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y las Filiales Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y el Instituto Argentino Chileno de Cultura, Córdoba, Argentina, pág. 14 a 15.

<sup>1562</sup> “En la opinión consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de *Armas nucleares* (1996), la Corte afirmó que esta obligación “forma ya parte del cuerpo de reglas del Derecho Internacional del medio ambiente”. La Corte lo ha recordado en el reciente asunto *Pasteras en el río Uruguay* (2010), donde se dice que “en adelante puede considerarse que existe en Derecho Internacional general una obligación proceder a la evaluación del impacto sobre el medio ambiente cuando la actividad industrial proyectada arriesga tener un impacto perjudicial importante en un marco transfronterizo”. REMIRO, Antonio; RIQUELME,

*laedeas*. Principio que en el derecho internacional está vinculado a la idea del uso no perjudicial del territorio, y ha sido afirmado de modo reiterado por la jurisprudencia y la práctica internacionales.<sup>1563</sup> Este esquema de responsabilidad repara el hecho de que, el derecho internacional impone a los Estados una obligación previa, consistente en un deber de prevención de daños, cuando en su territorio, o en un lugar bajo su jurisdicción o control, se realiza una actividad de esta índole. La prevención se refiere entonces a la fase anterior a la situación en que se ha producido efectivamente un daño o un perjuicio sensible transfronterizo, el cual requiere que los Estados interesados apliquen medidas correctivas o de precaución.<sup>1564</sup> El incumplimiento de la obligación de prevención, es este caso, es fuente de responsabilidad internacional limitada su aplicación a las actividades peligrosas llevadas a cabo al interior de un Estado o Bajo su jurisdicción, y que causan o pueden causar efectos nocivos y perjudiciales más allá de las fronteras, como por ejemplo a la actividad pacífica de la energía nuclear, el transporte de sustancias peligrosas, daños de contaminación de hidrocarburos, entre otros.

De esta manera, se observa, como una constante, que la política de la CDI, en cuanto a cómo enfocar la Responsabilidad Internacional consiste en su lema “*prevenir es mejor que curar*” y que la prevención ya forma parte del *corpus* de normas de derecho internacional.<sup>1565</sup> Ciertamente, la tendencia actual del derecho internacional, es darle prioridad al principio de prevención, más que la reparación de los daños ambientales transfronterizos, pues lo que se responsabiliza es no haber tomado las medidas de prevención del daño no el daño ambiental transfronterizo en sí mismo, este diseño de responsabilidad se explica por qué los Estados en todo momento, tratan de evitar asumir e responsabilidad directa respecto a la reparación de los daños ambientales transfronterizos.

JUSTE subraya, además que las medidas específicas que debe adoptar el Estado de origen para prevenir o minimizar el riesgo de daño no son en realidad “todas las medidas necesarias”, sino solamente aquellas obligaciones procedimentales que se contemplan específicamente en el proyecto de artículos<sup>1566</sup>. Esto es, la obligación de prevención, en este régimen de responsabilidad, presenta una serie de componentes procedimentales que están expresamente señalados y que tal como lo explica NOVAK comprende: i) *la autorización*. El artículo 6 del proyecto de la CDI de 2001<sup>1567</sup>, establece como componente central del

---

Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 434.

<sup>1563</sup> La obligación de prevenir los daños transfronterizos que pueden resultar de las actividades realizadas por un Estado o bajo su jurisdicción o control. JUSTE RUIZ, José, “*El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”, En Revista “*Agenda Internacional*”, Año XI, N°22, 2005, pág. 103.

<sup>1564</sup> Esta política de prevención viene cobrando cada vez más importancia, ya que en el caso de que se produzca un daño (y consecuentemente surja la responsabilidad del Estado), la reparación por lo general no logrará restablecer la situación que existía antes de producirse el suceso. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpressa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 463 al 465.

<sup>1565</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 165.

<sup>1566</sup> En definitiva, pues, el Estado de origen de las actividades peligrosas asume esencialmente la obligación de prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, pero únicamente mediante la aplicación de los procedimientos previstos para tal efecto en el proyecto de artículos. JUSTE RUIZ, José, “*El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”, En Revista “*Agenda Internacional*”, Año XI, N°22, 2005, pág. 105.

<sup>1567</sup> Artículo 6 del proyecto de la CDI de 2001: El Estado de origen establecerá el requisito de su autorización previa para: a) Cualquier actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control; b) Cualquier cambio importante en una actividad mencionada en el apartado a); c) Cualquier plan de efectuar un cambio en una actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. 2. El requisito de la autorización establecido por un Estado será aplicable con respecto a todas las

deber de prevención la obligación del particular explotador de obtener, por parte del Estado de origen, una autorización previa para iniciar y desarrollar la actividad peligrosa<sup>1568</sup>, esto es, limita la aplicación del proyecto, a aquellas actividades que sean autorizadas por el Estado de Origen; ii) *la evaluación del riesgo*. Este componente de la obligación de prevención se encuentra recogido en artículo 7 (Evaluación de Riesgo) del proyecto de 2001 de la CDI, al establecer:<sup>1569</sup> el deber de evaluación del riesgo los posibles efectos transfronterizos, se debe precisar que este obliga al Estado de origen -a estimar la amplitud y la naturaleza del riesgo que puede crear la actividad y, por tanto, el tipo de medidas preventivas que deberá adoptar<sup>1570</sup>, en ese sentido, el Estado de origen, está obligado a tomar medidas específicas, en relación a cada actividad autorizada, por el Estado de origen, el asunto es que, no existe un ente que controle si los Estados realmente están cumpliendo con esta obligación de acuerdo a los estándares internacionales; iii) *la cooperación*. Específicamente, el artículo 4 del proyecto señala el deber de cooperación<sup>1571</sup> el Estado de origen, esto es, de cooperar con otros Estados u organizaciones internacionales, a efectos de prevenir daños transfronterizos por el desarrollo de actividades peligrosas<sup>1572</sup>. Este proyecto busca, principalmente que los Estados adopten todas las medidas apropiadas y que cooperen entre ellos para evitar un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.<sup>1573</sup> Por lo que, el Estado de Origen deberá demostrar una conducta activa en sus relaciones de cooperación con otros Estados y organizaciones internacionales, caso contrario incurrirá en responsabilidad internacional; iv) *la notificación e información*. Esta obligación ha sido además recogida en el artículo 8 del proyecto de la CDI de 2001<sup>1574</sup>, que establece que, una vez llevada a cabo la evaluación de impacto ambiental, y si esta

---

actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. Se revisarán las autorizaciones ya concedidas por el Estado para actividades preexistentes a fin de cumplir lo dispuesto en los presentes artículos. 3. En el caso de que no se observen las condiciones de la autorización, el Estado de origen tomará todas las medidas que resulten apropiadas, incluido, cuando sea necesario, el retiro de la autorización. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 167.

<sup>1568</sup> La palabra “autorización” significa la concesión por las autoridades gubernamentales del permiso necesario para realizar una de las actividades denominada peligrosa. Los Estados son libres de escoger la forma que haya de adoptar esa autorización. De esta manera, se establece un control de la actividad y de su gestión por parte del Estado de origen. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 472 al 473.

<sup>1569</sup> Proyecto de 2001 de la CDI, Artículo 7.- Evaluación de Riesgo: Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos deberá basarse, en particular, en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 168.

<sup>1570</sup> Otra obligación a cargo del Estado de origen, complementaria a la autorización previa, es la evaluación de impacto ambiental que debe llevarse a cabo y ser analizada por la autoridad competente, antes de conceder la autorización referida. (...) El instrumento más importante o central de esta evaluación es llamado estudio de impacto ambiental. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 473 al 474.

<sup>1571</sup> Proyecto de 2001 de la CDI, artículo 4 del proyecto: Los estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes, para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 165-166.

<sup>1572</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 474 al 475.

<sup>1573</sup> SALMÓN Elizabeth, “Curso de Derecho Internacional Público”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 306-308.

<sup>1574</sup> Artículo 8 del proyecto de la CDI de 2001, que señala: Si la evaluación a que se refiere el artículo 7 muestra que existe un riesgo de causar daño transfronterizo sensible, el Estado de origen deberá hacer la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y le transmitirá la información técnica disponible y toda otra información



arroja como resultado la posibilidad de causar un daño sensible transfronterizo, aparece la obligación por parte del Estado de origen de notificar e informar sobre el particular a los Estados que pudieren resultar afectados<sup>1575</sup>. Por lo que, los Estados deben estar en constante intercambio de información acerca de sus actividades ambientalmente peligrosas, como parte de su deber de prevención, no hacerlo es causal de responsabilidad internacional. El asunto es que además que se trata de obligaciones procedimentales y no sustantivas, existen omisiones injustificadas, que ha ameritado la crítica de la doctrina, como el hecho de que no están comprendidas dentro de las obligaciones el deber de realizar los inventarios de emisiones contaminantes, la aplicación del principio de precaución, entre otras ausencias, injustificadas, lo que hace que el proyecto amerite un desarrollo posterior.

Unido al concepto de prevención, resulta fundamental precisar el concepto de riesgo, puesto que la obligación asumida por el Estado de origen consiste en minimizar el riesgo de producir un daño, resulta relevante, conocer el concepto de "riesgo" en el contexto del proyecto de artículos. Así, el artículo 2, inciso a) del proyecto de la CDI de 2001 refiere que "[...] el riesgo de causar daño transfronterizo sensible abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico". JUSTE, sostiene que esta extraña configuración del efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un daño transfronterizo y de la magnitud de sus efectos perjudiciales parece situar en el marco del proyecto todas aquellas actividades que presentan una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible (actividades peligrosas) y una baja probabilidad de causar un daño catastrófico (actividades extremadamente peligrosas)<sup>1576</sup>. En otras palabras, precisa que el marco del proyecto se ubica en el ámbito de las actividades peligrosas y no en el de las actividades extremadamente peligrosas<sup>1577</sup>, lo que constituye una limitante, pues no se ocupa de los daños ambientales transfronterizos de efectos catastróficos, situación que no resulta razonable, pues la obligación de prevención debería justamente ocuparse, de este tipo de daños.

Así, la obligación de prevenir un daño transfronterizo sensible o minimizar el riesgo de causarlo se aplica únicamente a aquellas actividades que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, obligación de un Estado de origen que la asume con relación a otros Estados, que puedan resultar afectados por las consecuencias imprevistas de actividades comprendidas en este proyecto de artículos.

---

pertinente en que se base la evaluación. El Estado de origen no tomará decisión alguna con respecto a la autorización de la actividad antes de que reciba, dentro de un plazo que no exceda de seis meses, la respuesta del Estado que pueda resultar afecto. Véase, *"Anuario de la Comisión de Derecho Internacional"*, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 170.

<sup>1575</sup> Ello significa que la diligencia no acaba después de concederse la autorización para la actividad y de iniciarse esta. Continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad, mientras esta prosiga e incluso, luego de que cese de existir. Sobre esto último, cabe citar como ejemplo, la actividad nuclear, que deja desechos nucleares después de haber terminado. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, *"Derecho Internacional Público"*, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 475-478.

<sup>1576</sup> El proyecto, en el que no se consideró oportuno incluir una lista de las actividades contempladas, se aplica así a todas las actividades que conllevan un alto riesgo de causar un daño transfronterizo sensible y/o un bajo riesgo de que el daño transfronterizo resulte catastrófico.

JUSTE RUIZ, José, *"El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas"*, En Revista *"Agenda Internacional"*, Año XI, N°22, 2005, pág. 106.

<sup>1577</sup> Para determinar en qué el nivel de riesgo nos encontramos, habrá que analizar el nivel de peligrosidad de la actividad en cada caso concreto, estimación que no sólo debe darse de manera objetiva (científica) sino también continuada (vigilancia permanente) "ya que las condiciones de peligrosidad de una actividad y la percepción que de esta se tiene, pueden cambiar con el paso del tiempo. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, *"Derecho Internacional Público"*, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 470 al 471.

Esa obligación comprende la adopción de medidas apropiadas para identificar las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan tal riesgo al Estado víctima<sup>1578</sup>, que permitan a los Estados de origen adoptar medidas preventivas o para minimizar el riesgo, en este sentido se trata de la obligación de diligencia debida, esto es, se trata de una obligación de comportamiento.

En relación a los sujetos que participan en el desarrollo de la obligación de prevención. Al respecto, el proyecto de la CDI de 2001, ya citado, Establece en su artículo 2 literal f, que los “Estados interesados”, es decir, los Estados involucrados en este proyecto son dos: el Estado de origen y el Estado que puede resultar afectado.<sup>1579</sup> De esta manera, se permite al Estado que pueda resultar afectado por una actividad que entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible a exigir al *Estado de origen que cumpla con las obligaciones de prevención*, aunque la actividad en sí no esté prohibida<sup>1580</sup>. Y, además el hecho de que un Estado que pueda resultar afectado haga valer los presentes artículos, *no impide que más adelante ese Estado sostenga que la actividad en cuestión es “una actividad prohibida”*<sup>1581</sup>. Por lo que el sistema de responsabilidad por los hechos ilícitos, es supletorio a este sistema, pues si se demuestra que los Estados han cometido el incumpliendo de una obligación internacional, se estaría ya en el campo de la responsabilidad internacional por los hechos ilícitos.

De todo lo anotado, se observa que, el proyecto analizado no da una respuesta adecuada a la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos, pues su preocupación, se ha centrado en el deber de prevención desde el ángulo procedimental y limitado a ciertas conductas por parte de los Estados. No obstante, aun cuando no tiene fuerza vinculante convencional, es una referencia obligatoria en materia de responsabilidad internacional. En cuanto a la regulación internacional de la responsabilidad por actos no prohibidos por el Derecho Internacional, la Comisión de Derecho Internacional le consagró mejores esfuerzos. A criterio de algunos de sus miembros, el tema, aún no estaba listo para codificación, por lo que la labor más bien sería en el terreno del desarrollo progresivo del derecho internacional.<sup>1582</sup> Asimismo, es un sistema que evita la responsabilidad directa de los Estados, en el campo de la responsabilidad de los hechos ilícitos, lo que determina, una gran limitación en esta materia, toda vez que se trata de una responsabilidad subsidiaria, no obstante, representa un intento importante, en el desarrollo del derecho internacional en esta materia y por tanto un obligado referente.

---

<sup>1578</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 171.

<sup>1579</sup> En cuanto al “Estado de origen”, el proyecto hace referencia al estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control, se planifica o realizan las actividades peligrosas que eventualmente pueden provocar un daño sensible transfronterizo. Prácticamente la misma definición es utilizada para referirse al “Estado que pueda resultar afectado”. En efecto, el proyecto señala que dicho estado es aquel en cuyo territorio existe el riesgo de daño transfronterizo sensible porque tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 465 - 466.

<sup>1580</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 167.

<sup>1581</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 167.

<sup>1582</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 21 a 22.

## Segunda Parte

### “Las limitaciones que plantea la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos para reparar el daño ambiental transfronterizo”

El avance galopante del fenómeno del daño ambiental transfronterizo con efectos catastróficos para el medio ambiente y para la comunidad internacional, no tiene una respuesta por parte del derecho internacional para su eficaz reparación, en el mecanismo clásico y tradicional del Derecho Internacional Público, esto es, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos. El problema que se presenta es que, al tratar de adecuar la lógica jurídica del sistema general de responsabilidad internacional de los Estados a la problemática de la reparación del daño ambiental, nos topamos con serias dificultades teóricas, que abogan en favor de la tesis consistente en que existe un problema de inadecuación de los mecanismos clásicos de la responsabilidad internacional del Estado para resolver la problemática referida a la reparación de los daños ambientales transfronterizos. Así, uno de los principales obstáculos de aplicación consiste en que la responsabilidad internacional de los Estados en el sistema tradicional tiene como fundamento, la comisión de un hecho ilícito, cuyo elemento objetivo, se materializa en el incumplimiento de una obligación internacional, esto es, se fundamenta en violación de una obligación internacional por parte de los Estados<sup>1583</sup>, principio general del derecho internacional firmemente establecido en el derecho internacional y constantemente aplicado por la jurisprudencia internacional<sup>1584</sup>. Y ello es así, pues para el derecho internacional, el elemento objetivo en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos es la violación de una obligación internacional<sup>1585</sup>. El problema principal es que, en el derecho internacional en materia de responsabilidad ambiental, los Estados aún no han manifestado su voluntad de establecer una norma que contenga la obligación de responsabilidad internacional general, obligatoria y directa por los daños ambientales transfronterizos; en ese sentido, bajo la lógica del esquema conservador, los Estados no están obligados a responder inmediatamente por la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo. Ante esta situación, se observa que a nivel de la doctrina y en especial de la jurisprudencia, se viene determinando la responsabilidad de los Estados de manera indirecta, vía incumplimiento por parte de los Estados de la obligación de prevención y debida diligencia, respecto de las actividades que se realizan dentro de su jurisdicción y control por parte de los particulares que causen daño al medio ambiente de otros Estados.

Otra situación complicada, para poder atribuir el acaecimiento de un daño ambiental transfronterizo, reside en que, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, desde el punto de vista subjetivo, cada Estado es responsable de su propia conducta respecto de sus

---

<sup>1583</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 32.

<sup>1584</sup> Al efecto, y para resaltar este punto, pueden citarse las decisiones de la Corte Permanente Internacional en el *Caso de los Fosfatos en Marruecos y de la Fábrica en Chorzow*. Asimismo, puede citarse a su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, en el *Caso del Canal de Corfú*, el *Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua* y el *Caso Relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, entre muchos otros. AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 6.

<sup>1585</sup> La comisión de un hecho internacionalmente ilícito - supuesto generador de la responsabilidad internacional de un Estado - resulta de la violación de una obligación internacional. REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 412 a 413.

propias obligaciones internacionales<sup>1586</sup>, en consecuencia, bajo este esquema de responsabilidad no es posible atribuir a un Estado actos de los privados, quienes son los que mayormente al realizar actividades ambientalmente riesgosas, ocasionan los daños ambientales transfronterizos. En este caso, los Estados serían responsables por el incumplimiento de la obligación de prevención y la obligación de debida diligencia, pues siendo los Estados los que otorgan las autorizaciones a los privados para realizar actividades, está obligado a vigilar que el comportamiento de los mismos, se adecuen a las normas de protección del medio ambiente y además porque los Estados están obligados a cumplir con el principio de no ocasionar daño al medio ambiente de otros Estados, ocasionados por las actividades que realizan dentro de su jurisdicción y control, tanto por los Estados de origen como por los particulares. Estos y otros problemas más de inadecuación del sistema general de responsabilidad en relación a su aplicación en la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos, serán analizados *in extenso*, no sin antes advertir que el tema es por demás espinoso, pues aún no ha evolucionado en el derecho internacional, a la par de la gravedad de la ocurrencia de los daños ambientales transfronterizos.

En principio, la responsabilidad internacional de los Estados parte de considerar de que, para que un Estado sea responsable internacionalmente, debe cometer un “*hecho ilícito*”. Así, lo establece el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) en el artículo 1, en donde se establece el principio básico en que descansa la responsabilidad de los Estados, consistente en que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera responsabilidad internacional, esto es, su existencia depende de la obligación que presuntamente se ha violado, y, de las condiciones en que se verifica ese hecho. El hecho ilícito internacional, precisa REMIRO es la conjunción de dos elementos: i) La infracción de una obligación internacional (elemento objetivo del ilícito) apreciada según normas de Derecho Internacional; y ii) su atribución al Estado (elemento subjetivo del ilícito).<sup>1587</sup> Por lo que, para encuadrar dentro de los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado, debe cumplirse no sólo con la violación de una obligación internacional del Estado mediante este comportamiento<sup>1588</sup>; sino también que el comportamiento sea atribuible al Estado según el derecho internacional. Así también lo establece el artículo 2<sup>1589</sup>, del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001), por lo que, el comportamiento debe ser una acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional; y además constituir una violación de una obligación internacional del Estado.

Si un Estado ha violado una obligación contenida en una norma internacional en materia ambiental, cabe la posibilidad, de ser considerado responsable por un daño ambiental. Partiendo de esta tesis, sin analizar las dificultades prácticas que existen para atribuir dicho comportamiento a un Estado, en todo caso se

---

<sup>1586</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág.34.

<sup>1587</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 406.

<sup>1588</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 36.

<sup>1589</sup> Principios Generales. ARTÍCULO 2. *Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

cumpliría con una de las condiciones necesarias establecidas en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito del Estado: *la violación de una obligación internacional de un Estado en materia ambiental*, acarrearía responsabilidad internacional. No obstante, el asunto no es simple, pues la exigencia de ese tipo de normas, depende del contenido de obligación de tipo primaria, y el problema es que no existe ninguna regla general que obligue a los Estados a asumir la obligación de reparar un daño ambiental transfronterizo<sup>1590</sup>, además se trata de obligaciones mayormente enfocadas en el ámbito preventivo del daño ambiental, y no en el ámbito de la reparación, entre otros problemas de tipo jurídico. Por lo que, la falta de una norma general que obligue a los Estados a reparar directamente los referidos daños ambientales, hace dudar de la eficacia de dicho sistema para encarar la problemática, toda vez que, ante la inexistencia de tal obligación, habría imposibilidad jurídica de violarla y en consecuencia, no se cumpliría con el principio internacional de la responsabilidad internacional sobre el incumplimiento de una obligación, siendo ello así, sería injusto atribuirle a un Estado la responsabilidad de una conducta que no está contenida en una obligación internacional.

Respecto al segundo requisito establecido en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito del Estado, consistente en que dicho comportamiento *debe poder atribuirse al Estado en virtud del derecho internacional*, es donde tendremos mucho mayor obstáculo, entre otras razones, por la dificultad de poder atribuir dichos comportamientos en su calidad de sujeto internacional, pues los daños ambientales son cometidos mayormente por los particulares. Ello ha determinado, precisa Kiss<sup>1591</sup>, que, a pesar de una amplia aceptación del principio de responsabilidad estatal por el daño transfronterizo haya habido muy pocas reclamaciones de responsabilidad internacional presentadas, por la dificultad para determinar el grado de culpa o fundamento jurídico necesario para imponer dicha responsabilidad a los Estados, unido al y el hecho que la mayoría de las actividades que causan un daño ambiental son ocasionados por los privados, particularmente empresas dedicadas a realizar actividades ambientalmente peligrosas. Estas y otras dificultades son las que limitan acciones internacionales por violación de normas internacionales en materia de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, en materia de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos.

Tal como se observa, la dificultad de adecuación de los mecanismos clásicos del sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, para poder resolver con eficacia la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos, resulta de no fácil aplicación, porque las condiciones necesarias para cometer un hecho internacionalmente ilícito<sup>1592</sup> no se adecuan cómodamente a la comisión de un daño ambiental transfronterizo por parte de un Estado. Ello se explica, entre otras razones, por lo siguiente:

i) *Primero*. Desde el punto de vista objetivo, la norma de naturaleza obligatoria debe estar previamente establecida, y además debe adecuarse a la conducta realizada para determinar si es contraria a *una obligación internacional*; el problema es que en el ámbito de la responsabilidad ambiental no existe una

---

<sup>1590</sup>Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 36.

<sup>1591</sup> ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, “Manual of European Environmental Law”, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 153-155.

<sup>1592</sup>Véase “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

norma general y obligatoria que obligue a los Estados a reparar de manera directa los daños ambientales transfronterizos, pues las que existen sólo son normas de protección ambiental enfocadas mayormente en el ámbito preventivo y no reparador. Al respecto, VINAIXA, precisa al ser daños cuyo origen se encuentra en actividades lícitas o no prohibidas por el derecho internacional, en principio no concurre uno de los elementos esenciales para que aquélla resulte operativa, la cuál es, la violación por parte del Estado de una obligación internacional en vigor en su ordenamiento jurídico<sup>1593</sup>. El asunto es que los Estados, pese a que los daños ambientales transfronterizos, son una realidad vigente, evitan encarar a problemática de su reparación, que parte del establecimiento de una norma general y obligatoria que contenga una obligación directa de responsabilidad de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

ii) *Segundo*. En el sistema general de responsabilidad internacional, tiene como fundamento la comisión de un *hecho ilícito*, lo que da origen a un problema central aún sin resolver, consistente en que, en el sistema general de responsabilidad internacional no se admite la responsabilidad producto de actividades lícitas, por lo que, en este sistema de responsabilidad, los daños ambientales transfronterizos no son considerados como hechos ilícitos;

iii) *tercero*, en el sistema general de responsabilidad internacional, el comportamiento ilícito, debe ser cometido por el Estado de origen o por los órganos del Estado, o por una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, o por una persona o entidad que actúa por cuenta del Estado de origen, esto es, ejerce atribuciones del poder público; topándonos con el problema de la atribución de un comportamiento de los actores privados al Estado; pues es notorio que los daños ambientales transfronterizos son mayormente ocasionados por los privados. Así, PIGRAU<sup>1594</sup>, observa que al tratarse de daños transfronterizos derivados de actividades generalmente desarrolladas por operadores privados resulta muy complejo determinar la responsabilidad internacional del Estado. El asunto es que, los Estados se beneficiándose las actividades ambientalmente riesgosas realizadas por los agentes privados, son los que otorgan las autorizaciones correspondientes, siendo lo justo que los Estados también asuman los pasivos, cuando ocurra un daño ambiental transfronterizo.

iv) *Cuarto*. La dificultad de probanza del *doble test* de la diligencia debida de los órganos del Estado. En este caso, como ya se anotó, los Estados en el sistema general de responsabilidad internacional, sólo es posible vía el incumplimiento de la obligación de prevención y de debida diligencia. El problema es que se trata de obligaciones de comportamiento que implican probar, de manera fehaciente, si el Estado cumplió o no con dichas obligaciones, lo cual origina un problema probatorio que aún no se ha resuelto en el derecho internacional. No obstante, se observa, que se viene resolviendo a nivel de la jurisprudencia internacional a través de los indicadores denominados “eco-estándares”, que se vienen utilizando con el

---

<sup>1593</sup> VINAIXA MIQUEL, Mónica, “*La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza derivada de Residuos*”, Editorial Servizo de Publicacións de Universidades de Santiago de Compostela Campus Universitario Sur, España, 2006, pág. del 74 al 80.

<sup>1594</sup> La primera dificultad que suscita este limitado criterio de atribución al Estado de la responsabilidad internacional estribaba en que la mayoría de casos, los daños al medio ambiente están provocados por la actividad de particulares y no por actividades directas del Estado. La segunda dificultad está en la prueba de la negligencia de los órganos del Estado. Y por ello implica o que se ha denominado el doble test de la diligencia debida por parte del particular que desarrolla la actividad que ha causado un perjuicio para el medio ambiente y la falta de diligencia de los órganos del Estado en el control de la actividad del particular. Además, el interés compartido por los Estados para restringir la asunción de responsabilidades lleva también a un escaso interés en reclamar contra otros los posibles incumplimientos, cuando derivan de actividades de particulares. PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág.111.

fin de superar el denominado *Test-del cumplimiento debido*, el mismo que por su naturaleza subjetiva acarrea problemas de tipo probatorio.

v) *Quinto*. Otro de los problemas para el sistema general de responsabilidad internacional, desde el punto de vista del elemento objetivo del hecho ilícito internacional, es que la aplicación de la obligaciones internacionales en materia de responsabilidad ambiental, contenida en normas generales, principios internacionales, normas consuetudinarias, sólo tienen naturaleza primaria, esto es no tiene correlato de una norma secundaria que obligue su cumplimiento, ello ha determinado que exista incertidumbre respecto a su obligatoriedad. Así, la obligación internacional consistente en que, “las actividades que un Estado lleve a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”, no tiene su correlato en una norma secundaria, que obligue su cumplimiento.

vi) *Sexto*. El interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos”. Así los Estados, evitan encarar la problemática de su reparación, pese a que los daños ambientales transfronterizos, son una realidad vigente. A estas dificultades, se suman otras situaciones que analizaremos y que confirman la tesis consistente en que el mecanismo tradicional de la responsabilidad internacional por comisión de un hecho ilícito resulta inadecuado e ineficaz.

Todos estos factores determinan la inadecuación de los mecanismos clásicos de la responsabilidad del Estado por “los hechos internacionalmente ilícitos” para resolver la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos, se hace necesario analizarlos de manera sistemática, tanto desde el punto de vista *del elemento objetivo*, como desde el punto de vista *del elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito*, con el objetivo de determinar si el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos es adecuado o no para encarar la problemática de la reparación ambiental.

## **2.1.-La violación de una obligación internacional como elemento objetivo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito.**

En relación al *elemento objetivo* del hecho internacionalmente ilícito del Estado, NOVAK precisa que se presenta cuando existe disconformidad total o parcial entre la conducta ordenada por una norma jurídica o una sentencia internacional y la conducta efectivamente realizada por el Estado<sup>1595</sup>. Este, componente de la responsabilidad, sostiene la doctrina, se refiere a la existencia de la violación de una obligación internacional, es decir que el hecho del Estado debe ser contrario a las obligaciones derivadas de una regla de derecho internacional, independientemente de su naturaleza<sup>1596</sup>, esto es, que la responsabilidad internacional depende<sup>1597</sup> de la violación de una obligación internacional, por parte de un Estado.

En el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, la esencia de un hecho internacionalmente ilícito viene dada por la falta de conformidad entre el comportamiento

---

<sup>1595</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpressa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 398-399

<sup>1596</sup> SALMÓN Elizabeth, “*Curso de Derecho Internacional Público*”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 300.

<sup>1597</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 34.

efectivo del Estado y el que debería haber seguido para atenerse a una obligación internacional determinada<sup>1598</sup>. Así, el artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>1599</sup>, establece que solo hay violación de una obligación internacional, cuando el comportamiento atribuido a un Estado, sujeto de derecho internacional, constituye un incumplimiento por ese Estado de una obligación internacional que tiene a su cargo, esto es, cuando tal comportamiento constituye «una violación de una obligación internacional del Estado». Por lo que, en el derecho internacional, para determinar si un comportamiento dado atribuible a un Estado constituye una violación de sus obligaciones internacionales, habrá que centrarse principalmente en la obligación, la que tiene que ser interpretada y aplicada a la situación, determinándose así la naturaleza del comportamiento exigido, la norma que tiene que ser observada y el resultado que tiene que ser alcanzado<sup>1600</sup>. El problema es que, si un Estado logra probar que cumplió con su obligación de prevención y de debida diligencia respecto a las normas de protección del medio ambiente, frene a la ocurrencia de un daño ambientales transfronterizo, por muy catastrófico que sea el daño ambiental, no tendrá responsabilidad internacional.

En este punto, cabe distinguir las violaciones, de obligaciones “de medios” de las obligaciones “de resultado”, entendiéndose a las obligaciones “de medios” las que consisten en un determinado comportamiento y por obligaciones “de resultado” las que derivan de normas finales, ósea, de normas que prescriben el resultado y que dejan en libertad la elección de los medios adecuados para alcanzarlo.<sup>1601</sup> Al respecto, en materia de responsabilidad ambiental, en un estudio de la responsabilidad de los Estados por daño de origen industrial y tecnológico que puedan construir un riesgo intrínseco de actividades beneficiosas o de desarrollo, es aceptado por la doctrina que toda responsabilidad por los daños transfronterizos se limitaba a obligaciones de comportamiento y no entrañaba obligaciones de resultado<sup>1602</sup>. Esto es, a los Estados les bastará con acreditar que se cumplió con las acciones necesarias de prevención y de debida diligencia para evitar la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo, y el asunto para los Estados de origen sera un caso resuelto, sin ninguna consecuencia jurídica. Así, tal y como señala la doctrina, la regla de la utilización no perjudicial del territorio es una obligación de comportamiento y no de resultado; esto quiere decir que los Estados deben ejercer *una debida diligencia* para asegurarse de que su territorio no sea utilizado en contra de los intereses de terceros.<sup>1603</sup> El asunto es

---

<sup>1598</sup> Ese comportamiento da lugar a las relaciones jurídicas nuevas que se engloban en la denominación común de responsabilidad internacional. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 57.

<sup>1599</sup> *Principios Generales, artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito.* La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

<sup>1600</sup> La violación de una obligación internacional no es algo que se dé en abstracto, una función accesoria en la determinación de si ha habido o no violación, es el momento en que ésta se ha producido o de su duración. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 56.

<sup>1601</sup> Es obvio que la mayor parte de las normas internacionales son de carácter final y que, sobre todo, las normas consuetudinarias tienen ese carácter. BENEDETTO, CONFORTI; “*Derecho Internacional*”, Editorial Víctor P. de Zavalía, Argentina, 1995, pág. 425.

<sup>1602</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Penmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág.202.

<sup>1603</sup> Aparte de la dificultad en sí del ofrecimiento de una prueba de tal naturaleza, los Estados, ejercen en general sobre dichas actividades un control muy estricto, que corresponde probablemente a la obligación de diligencia que impone el derecho



que, el cumplimiento de la debida diligencia deberá ser acreditada por el Estado de origen para salvar su responsabilidad, caso contrario, el Estado víctima puede ofrecer pruebas objetivas, consistentes en demostrar que los órganos del Estado no ejercieron el control o vigilancia necesarios sobre las actividades ambientalmente riesgosas. Tal como se observa, el derecho internacional, ha obviado reconocer que el daño ambiental transfronterizo, en sí mismo, es un resultado, producto de una actividad ambientalmente riesgosa cuyo efecto, no puede estar contenido en una norma internacional de comportamiento, sino de resultado, esto es, que su sola ocurrencia tenga efectos jurídicos determinantes en el sistema de responsabilidad general para el Estado de Origen.

En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad ambiental, así para la CIJ la violación de una obligación internacional, sólo se circunscribe a la falta de conformidad entre el comportamiento que esa obligación exige del Estado y el comportamiento que el Estado observa de hecho, y si no hay coincidencia, ente las exigencias del derecho internacional y la realidad de los hechos, sólo en este caso, el Estado está obligado a reparar el daño ambiental transfronterizo, caso contrario, el Estado de origen no será responsable del mismo. Lo importante es que el cumplimiento de la obligación de *la debida diligencia*, se debe acreditar objetivamente, con una serie de acciones, así lo ha sostenido la CIJ en uno de los principales criterios jurídicos sobre la obligación de la debida diligencia, emitido en el asunto, relativo a la Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica) (2015)<sup>1604</sup> en relación a la presunta violación por parte Costa Rica de sus obligaciones, tanto procesales como sustantivas, relacionadas con la construcción de la carretera a lo largo del río San Juan. La CIJ observó que, como parte del cumplimiento de la debida diligencia, se debe realizar los siguientes comportamientos concretos: i) la realización de una *evaluación preliminar* del riesgo<sup>1605</sup>, al inicio de una actividad es una de las formas en que un Estado puede cerciorarse de si la actividad proyectada genera un riesgo de daño transfronterizo significativo; ii) la obligación de realizar una evaluación del *impacto ambiental* antes de emprender una actividad que pueda tener efectos adversos significativos en la diversidad biológica; iii) la obligación de notificar y celebrar consultas<sup>1606</sup>, a fin de determinar las medidas adecuadas *para prevenir* el daño transfronterizo significativo o reducir al mínimo

---

internacional, y por lo cual el derecho a la reparación no podría encontrarse en la existencia de un acto lícito cometido por el Estado causante del daño. GOMEZ-ROBLEDO, Alonso; “Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos”, En “Estudios de Derecho Internacional Público, N° 09”, Coordinadora FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, Editorial “Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma de México”, Segunda Edición, México D.F, 2014, pág. 10

<sup>1604</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1605</sup> A. La presunta violación de obligaciones procesales. La Corte recuerda que, en su fallo en la causa relativa a las Plantas de celulosa, determinó que la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental es de carácter continuado, y que la vigilancia de los efectos del proyecto en el medio ambiente debe realizarse, cuando ello sea necesario, durante toda la vida del proyecto. La Corte Internacional de Justicia, Fallo del 16 de diciembre de 2015, *Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1606</sup> La Corte considera que respecto a la alegación de Nicaragua de que Costa Rica violó su obligación de notificar a Nicaragua, y celebrar consultas con ella, en relación con las obras de construcción. A este respecto, la Corte considera que, si las circunstancias lo exigen, Costa Rica tendrá que celebrar consultas de buena fe con Nicaragua, que tiene la soberanía sobre el río San Juan, a fin de determinar las medidas adecuadas para prevenir el daño transfronterizo significativo o reducir al mínimo el riesgo de daño. La Corte Internacional de Justicia, Fallo del 16 de diciembre de 2015, *Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

el riesgo de daño. Por lo que, esta sentencia constituye un precedente relevante sobre indicadores objetivos, de cómo debe ser el actuar diligente de un Estado, respecto al cumplimiento de la obligación de debida diligencia en materia de responsabilidad, que deberá ser acreditada objetivamente con los, denominados por la doctrina, “eco-estándares” a fin de evitar la existencia de daños ambientales transfronterizos. Se trata de una reiteración del dogma actual en materia de responsabilidad ambiental, consistente en que más vale prevenir que curar, lo cual obviamente constituye una debilidad del sistema de responsabilidad general de los Estados, aplicado a la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos, porque sólo bastará para el Estado de origen probar *su debida diligencia* y estará exento de responsabilidad.

En razón a ello, la doctrina internacional para tratar de adaptar dicha dificultad de adecuación del sistema de general de responsabilidad internacional a la reparación de los daños ambientales transfronterizos, lo que prioriza no es garantizar a terceros contra todo menoscabo de sus derechos subjetivos a causa de ejercer esas actividades, sino obligar a los Estados que las realizan a proceder con la *máxima diligencia* para prevenir eventuales daños. La fundamentación del este principio, observa JUSTE, radica en la *idea de la diligencia debida*,<sup>1607</sup> que, a su vez, obliga al Estado de origen a realizar comportamientos concretos, con el fin de asegurar que otros Estados no serían perjudicados como consecuencia de actividades ambientalmente riesgosas desarrolladas en territorios bajo su jurisdicción. Ello explica, por qué tanto la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados, la CDI, insisten en que el fundamento de la responsabilidad en materia ambiental es la prevención del daño ambiental y no su reparación, e insisten en la tesis de que más vale “prevenir que curar”. De manera que, se ha construido un régimen general de responsabilidad internacional, en donde lo determinante son normas necesarias de comportamiento, que optar por otro sistema de responsabilidad general y obligatorio, en donde sería preferible optar por normas de resultado, el mismo que respondería de mejor manera a la problemática de reparación de los daños ambientales, en donde se estableciera una escala para pérdidas y daños<sup>1608</sup>. Por ahora, se observa, que la preocupación central, es que los Estados cumplan con la obligación de debida diligencia de evitar la ocurrencia de los daños ambientales transfronterizos, más que en la reparación de los mismos, situación injustificable, frente a la necesidad actual de encarar eficazmente dicha problemática aún sin resolver por parte del derecho internacional.

Con todo, es importante precisar que, se pueden enunciar algunos principios básicos establecidos en el derecho internacional, a tener en cuenta, a fin de determinar el cumplimiento de una obligación internacional, de acuerdo al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>1609</sup> de la CDI: i) La obligación debe ser interpretada y aplicada a la situación concreta de la ocurrencia del daño ambiental transfronterizo, para lo cual deberá determinarse la naturaleza del comportamiento exigido e incumplido, el alcance de la norma que tiene que ser observada, el resultado que tiene que ser alcanzado, entre otras circunstancias; ii) la esencia de un hecho internacionalmente ilícito viene dada por la falta de conformidad entre el comportamiento efectivo del

---

<sup>1607</sup> El uso equitativo de los recursos y, en definitiva, de la buena fe, que son criterios comunes a todos los ordenamientos jurídicos nacionales y forman parte de los principios generales del Derecho internacional. JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág. 72.

<sup>1608</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág.202.

<sup>1609</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 56.

Estado y el que debería haber seguido para atenerse a una obligación internacional determinada. Ese comportamiento da lugar a las relaciones jurídicas nuevas que se engloban en la denominación común de responsabilidad internacional ambiental; iii) un Estado sólo es responsable de una violación de una obligación internacional si la obligación está en vigor respecto del Estado en el momento de la violación (artículo 13 del proyecto)<sup>1610</sup>, las normas ambientales deben estar en vigor para el Estado de origen y también para el Estado víctima; iv) se debe determinar si y cuándo se ha producido la violación de una obligación, lo que depende de los términos precisos de la obligación, su interpretación y aplicación, teniendo en cuenta su objeto, finalidad y la realidad de los hechos<sup>1611</sup>; en este caso, deberá realizarse una interpretación de la norma en relación al daño ambiental transfronterizo ocurrido; v) la violación de una obligación internacional consiste en la falta de conformidad entre el comportamiento que de esa obligación se exige al Estado y el comportamiento que el Estado observa de hecho<sup>1612</sup>, es decir, entre las exigencias del derecho internacional y la realidad de los hechos.

De todo lo anotado, se puede afirmar que la violación a una obligación internacional por parte de un Estado, implica, que el comportamiento que se le atribuye a un Estado debe *constituir necesariamente, un incumplimiento por ese Estado a una de sus obligaciones internacionales*<sup>1613</sup> y además que la violación de una obligación internacional, a menudo es considerada como *conducta contraria a los derechos ajenos*<sup>1614</sup>. Siendo ello así, en materia de responsabilidad ambiental, se hace necesario la existencia de una norma de naturaleza secundaria, general y obligatoria que imponga la obligación directa de responsabilidad de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

### **2.1.1.- La violación de la obligación puede emanar de tratados y de otras fuentes de derecho internacional, «sea cual fuere el origen de esa obligación».**

---

<sup>1610</sup> Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001). Violación de una Obligación Internacional. *Artículo 13. Obligación internacional en vigencia respecto del Estado*. Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

<sup>1611</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 57.

<sup>1612</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 57.

<sup>1613</sup> La expresión «*violación de una obligación internacional del Estado*» está aceptada desde hace tiempo y abarca tanto las obligaciones convencionales como las que no dimanen de tratados. En su decisión relativa a la competencia en el asunto *Usine de Chorzów*, la CPJI utilizó la expresión «*violación de una obligación*» (...). En la práctica se utilizan también expresiones como «*no ejecución de obligaciones internacionales*», «*actos incompatibles con obligaciones internacionales*», «*violación de una obligación internacional «incumplimiento de una obligación»*». Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 36.

<sup>1614</sup> La CPJI habló de un acto «*contrario a los derechos convencionales de otro Estado*» en su fallo relativo al asunto *Phosphates du Maroc*. Ese asunto se refería a un tratado multilateral limitado, en el que se enunciaban los derechos y obligaciones mutuos de las Partes, pero algunos han considerado que la correlación de las obligaciones y los derechos es una característica general de derecho internacional: no hay obligaciones internacionales de un sujeto de derecho internacional a las que no correspondan derechos internacionales de otro u otros sujetos, o incluso de la totalidad de los demás sujetos (la comunidad internacional en su conjunto). Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 36.

En el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, hay violación de una obligación internacional en materia ambiental, «sea cual fuere el origen de esa obligación»<sup>1615</sup>. Lo que ha sido ratificado por la CDI, sosteniendo que los artículos del proyecto, son de aplicación general. Así, el artículo 12 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>1616</sup>, establece que hay violación de una obligación internacional cuando el hecho de que se trata no está en conformidad con lo que exige esa obligación «sea cual fuere el origen de esa obligación» y por tanto se aplican a todas las obligaciones internacionales de los Estados, sea cual fuere su origen, las mismas que pueden ser establecidas por<sup>1617</sup>: a) una norma consuetudinaria de derecho internacional; b) por un tratado; c) por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional; y d) por un acto unilateral.

Es la jurisprudencia internacional la que viene cimentando de manera segura las obligaciones internacionales en materia ambiental que pueden generar responsabilidad internacional. Así, en la sentencia arbitral, en el caso emblemático *Trail Smelter*, suscitado entre el Estado de Canadá<sup>1618</sup> y los Estados Unidos<sup>1619</sup> ocurrido en el año de 1928, se consolidó la norma consuetudinaria consistente en la obligación o deber de diligencia<sup>1620</sup>, fundada en el hecho de que si el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan actividades perjudiciales para otro Estado y no las detiene o controla, debe presumirse que ha descuidado “*la obligación de diligencia*”; punto de partida para poder responsabilizar a los Estados. Como se observa, el Tribunal construye un régimen de responsabilidad, basado en el incumplimiento de la obligación de diligencia<sup>1621</sup>, en donde en puridad se trata de un sistema de responsabilidad que se desarrolla a partir del incumplimiento de la obligación de prevención de los daños, y no específicamente en la obligación de reparar el daño ambiental transfronterizo.

---

<sup>1615</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 57.

<sup>1616</sup> Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001). Violación de una Obligación Internacional. *Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional*. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, “*sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación*”. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

<sup>1617</sup> La expresión «*sea cual fuere el origen*» de la obligación se refiere a todas las fuentes posibles de obligaciones internacionales, es decir, a todos los procesos de creación de obligaciones jurídicas reconocidos por el derecho internacional. A este respecto se utiliza a veces el término «*fuentes*», como en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas que subraya la necesidad de respetar «*las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*». La palabra «*origen*», que tiene el mismo significado, no comporta las dudas y debates doctrinales que ha provocado el término «*fuentes*». Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 58.

<sup>1618</sup>El *Asunto de la Fundición de Trail*. (...) Los hechos no eran excepcionales. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1981, Volumen. I, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, (A/CN.4/346 y Add.ly 2), Naciones Unidas, pág. 219-231.

<sup>1619</sup>DE LA PUENTE, BRUNKE, Lorenzo, “*Legislación Ambiental en la Minería peruana*”, Op. Cit., pág. 14

<sup>1620</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, 1981, Volumen. I, pág. 219-231.

<sup>1621</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág. 237-309.

Asimismo, en el arbitraje internacional emitido en el asunto del *Lago Lanoux* (España vs. Francia) (1957)<sup>1622</sup>, en relación a las obligaciones internacionales, se precisó obligaciones internacionales de los Estados para la protección y conservación y uso correcto de los recursos naturales. Observándose que el incumplimiento de la obligación de *la debida diligencia*, consistente en tomar las precauciones de seguridad necesarias para evitar un daño ambiental transfronterizo comprometen la responsabilidad de un Estado. En ese sentido, se establece que no cabe hablar de responsabilidad mientras se hayan tomado todas las medidas de diligencia posibles para evitar que se produzcan los daños. Esta sentencia constituye un referente en la materia de responsabilidad ambiental, especialmente en lo que respecta las obligaciones para los Estados, para la protección y conservación de los recursos naturales.

También, en la sentencia arbitral emitida en el asunto *Settlement Gut Dam Claims*, suscitado entre Cañada y United States<sup>1623</sup>, en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales, se origina por la construcción de una presa en el año de 1903 entre la isla de *Adams*, situada en territorio canadiense, y *Les Galops*, territorio norteamericano, el TIJ observó que existe obligación del Estado de origen, de no causar daños, por las actividades realizadas, en perjuicio de otro Estado; caso contrario será responsable de indemnizar, no sólo a los ciudadanos víctimas directos del daño ambiental, sino también a todos los ciudadanos del Estado víctima, en el caso concreto de los ciudadanos de los Estados Unidos. Precisó, además, que hay responsabilidad internacional cuando el Estado de origen acepta *unilateralmente* su responsabilidad.

Por lo que, la responsabilidad internacional de un Estado puede emanar de una obligación internacional en materia ambiental contenida en las disposiciones previstas en tratados, convenios multilaterales en materia ambiental, normas consuetudinarias, principios, o actos unilaterales de responsabilidad internacional en materia ambiental. El incumplimiento de dichas obligaciones, pueden acarrear responsabilidad internacional, así, por ejemplo, en caso, que por causa de la violación de la obligación de prevención se ocasione un daño ambiental transfronterizo, el Estado de origen del mismo, debe repararlo.

### **2.1.2.- Las dificultades de aplicación al ámbito ambiental de algunas de las normas generales desde el punto de vista del elemento objetivo del hecho ilícito internacional.**

La mayor dificultad, para el sistema internacional de responsabilidad internacional por los *hechos ilícitos*, desde el punto de vista del elemento objetivo del hecho ilícito internacional, es que la aplicación de las

---

<sup>1622</sup> URIBE VARGAS, Diego y CARDEMAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, “*Derecho internacional ambiental*”, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, pág 166 [http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho\\_ambiental/files/assets/basic-html/page166.html](http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho_ambiental/files/assets/basic-html/page166.html)

<sup>1623</sup>El asunto *Settlement Gut Dam Claims (Canadá y United States)* (1968). Se remonta, a que un ingeniero canadiense, propuso a su Gobierno la construcción de una presa entre la isla de Adams, situada en territorio canadiense, y Les Galops (Estados Unidos), con el fin de mejorar la navegación en el río San Lorenzo. Tras la realización de estudios, el intercambio de numerosos informes y la aprobación oficial por ley del Congreso de los Estados Unidos, el Gobierno canadiense procedió a construir la presa en 1903. Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que la presa era demasiado baja para el logro del objetivo deseado y, con la autorización de los Estados Unidos, el Canadá aumentó la altura de la presa. Entre 1904 y 1951, varios cambios de origen humano afectaron la corriente de las aguas en la cuenca de los Grandes Lagos y el río San Lorenzo. Aunque sin modificarse la presa en modo alguno, ascendió el nivel de las aguas del río y del lago Ontario, situado en un lugar geográficamente próximo. En 1951 y 1952, el nivel de las aguas alcanzó una altura sin precedentes que, juntamente con las tormentas y otros fenómenos naturales, originó inundaciones y la erosión del terreno, causándose daños en las orillas septentrionales y meridionales de los lagos. En 1953, el Canadá eliminó la presa como parte de las obras de construcción de la vía de navegación del río San Lorenzo, no obstante, los Estados Unidos mantuvieron su demanda de indemnización de los daños causados por la presa de Gut durante algunos años más. Véase. “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, *Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones*, Documento A/CN. 4/471, Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 68-131.

obligaciones internacionales de responsabilidad ambiental, contenida en normas generales y fundamentada en principios intencionales, tiene naturaleza primaria. Así la obligación internacional consistente en que, “las actividades que un Estado lleve a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”, esto es que, “ningún Estado puede ocasionar daño al territorio de otro Estado”, obligación que tiene nivel de “principio o norma obligatoria”, de donde se debe partir para responsabilizar a los Estados de los daños ambientales transfronterizos, no tiene su correlato material en una norma secundaria de obligación que obligue a su cumplimiento.

Ciertamente, actualmente la obligación internacional de responsabilidad ambiental, en puridad, se encuentra a nivel de naturaleza primaria, pues no tiene correlato procedimental en las normas internacionales, por lo que, no hay garantías de su cumplimiento, siendo ésta una de las razones, que explica, por qué el mecanismo por el cual se responsabiliza a los Estados por dicha obligación internacional resulta de difícil aplicación. La no existencia, o escasas de normas procedimentales, de naturaleza “*secundarias*”, en materia ambiental, que materialicen el cumplimiento de la obligación “*primaria*” de no ocasionar daños ambientales transfronterizos, hace peligrar la importancia del sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, como mecanismo para resolver la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo. Por lo que, urge llenar de contenido dicho vacío normativo de normas secundarias en materia ambiental, con el fin de mejorar el sistema de responsabilidad por el daño ambiental.

A lo anterior, se agrega que, con frecuencia en el sistema general de responsabilidad internacional, es difícil afirmar que tal violación se ha producido desde el punto de vista jurídico internacional, por la visible ambigüedad en la formulación de las obligaciones<sup>1624</sup>. Si bien existe un ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad ambiental, existe cierto escepticismo no sólo respecto a su obligatoriedad, por la ambigüedad conceptual de dichas normas, que son en su mayoría declarativas con un marcado carácter de protección y tutela sobre el medio ambiente, sin contenido material, redactadas frecuentemente de manera indeterminada, remitiéndose a futuros desarrollos normativos; ello ha determinado que, una vez ocurrido el daño ambiental, se recurra a los mecanismos de naturaleza privado más que al sistema de responsabilidad internacional de derecho público.

Tal situación se explica por los siguientes factores: i) *Las normas son redactadas en términos relativos*. En efecto, es muy habitual que, por acuerdo de los Estados, los textos jurídicos internacionales en materia de protección del medio ambiente incluyan obligaciones de tipo programático redactadas muchas veces en términos relativos. Tal y como sostiene PIGRAU, la redacción de la normativa internacional se hace en términos indeterminados como: procurar, fomentar, adoptar (medidas) o elaborar (políticas), verbos frecuentemente utilizados y sujetos en ocasiones a matizaciones relativas a las posibilidades materiales, a disponibilidades técnicas o a costos razonables.<sup>1625</sup> Esto sucede porque las normas contenidas en convenios, tratados, acuerdos internacionales, en materia de responsabilidad ambiental, se redactan de tal manera que muchas veces solo se tratan de anhelos abstractos, los mismos que están supeditados a

---

<sup>1624</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 107.

<sup>1625</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág.106-116.

acciones que en su mayoría, dependen de otro accionar futuro, mostrando indeterminación, falta de compromiso real por parte de los Estados para asumir responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos; ii) *la remisión genérica y programática a futuros desarrollos normativos*. Frecuentemente, en los tratados ambientales, la única referencia a la responsabilidad ha sido una remisión genérica a la cooperación de las partes para desarrollar normas al respecto. Se trata de una técnica de redacción de normas que determina la evasión de asumir responsabilidad directa por parte de los Estados. El artículo 2 del Convenio de Helsinki de 1992, sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales indica que: "las Partes apoyarán las iniciativas internacionales oportunas para elaborar normas, criterios y procedimientos en el ámbito de la responsabilidad".<sup>1626</sup> Por lo que, se deja a merced de la voluntad de los Estados dicho apoyo, para que se concrete el trabajo normativo y, además, se remite el tema a una norma de posterior desarrollo. Técnica de redacción de normas, que determina compromisos a futuro, y dependientes de la cooperación de los Estados partes para tomar la decisión final, situación que difícilmente sucede, pues la tendencia de los Estados es justamente no asumir responsabilidad internacional por los daños transfronterizos.

iii) *Las normas internacionales, sin ninguna aclaración complementaria en cuanto a las normas sustantivas o de procedimientos correspondientes*. Se trata de tratados que de manera general hacen referencia a la responsabilidad sin especificar más las normas sustantivas o procesales correspondientes. Este tipo de tratados aun cuando reconocen su importancia, no resuelven la cuestión de la responsabilidad, sino que parecen dejarla descansar en las normas generales de derecho internacional o esperan a que estas normas se establezcan de manera consuetudinaria. Pertenecen a esta categoría varios tratados, entre ellos el Convenio de Kuwait de 1978 sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación y que estipula que los Estados contratantes cooperarán en la formulación de normas y procedimientos relativos a la responsabilidad civil y a las indemnizaciones por los daños resultantes de la contaminación del medio marino, pero no prescribe esas normas y procedimientos.<sup>1627</sup> Por lo que, es común en la normativa que, los tratados en los que se hace referencia a la responsabilidad internacional no se establezca ninguna aclaración complementaria en cuanto a las normas sustantivas o de procedimientos correspondientes. Técnica normativa, en materia de elaboración de normas internacionales, que permite la evasión de responsabilidad por el daño ambiental transfronterizo, que merece ser revisado por parte de los Estados, a fin de dejar de lado la concertación de conductas que perjudican la protección del medio ambiente.

iv) *Las normas en materia de responsabilidad internacional ambiental, establecen obligaciones sólo de comportamiento*. Las obligaciones internacionales según su naturaleza, se suelen distinguir en las obligaciones de medios (o de comportamiento) y las obligaciones de resultado. NOVAK, sostiene que, en el primer caso, el Estado debe realizar una actividad determinada o abstenerse de hacerlo<sup>1628</sup>. El

---

<sup>1626</sup> La Convención de la Protección del Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.dipublico.org/11337/convenccion-sobre-la-proteccion-y-utilizacion-de-cursos-de-agua-transfronterizos-y-lagos-internacionales-helsinki-17-de-marzo-de-1992/>

<sup>1627</sup> ROJAS QUIÑONES, Claudia María, "Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación en Colombia", Edit. Universidad Externado De Colombia, 1ra Edición, 2004, Perú, pág. 157-164.

<sup>1628</sup> Como ejemplo de *obligaciones de medios o de comportamiento* se pueden citar los casos en que una convención exige a sus estados miembros derogar, incorporar o adaptar su legislación a los términos del acuerdo; a recurrir a un mecanismo de solución de controversias determinado sobre la aplicación o interpretación del acuerdo; entre otros. En el caso de obligaciones de resultado, el estado solo cumplirá si obtiene el resultado exigido, y no si adopto las medidas necesarias para lograrlo. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, "Derecho Internacional Público", Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 411 al 412.

cumplimiento en las obligaciones de comportamiento se materializa en una actividad y no necesita llevar a un resultado concreto<sup>1629</sup>. En las obligaciones de resultado, el Estado debe lograr cierto resultado, dejándosele en libertad de conseguirlo por los medios que desee.<sup>1630</sup> Desde el punto de vista formal, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, sólo nace del incumplimiento de una obligación, establecida en el derecho internacional, para que pueda dar lugar a la responsabilidad de los Estados.

En materia de responsabilidad ambiental, mayormente, se establecen obligaciones de comportamiento. Por ejemplo, la obligación de prevención es una obligación de comportamiento, por lo que, la responsabilidad internacional de los Estados nace en el momento que se incumple con dicha obligación, y no por la ocurrencia del daño ambiental. Siendo ello así, la obligación de reparar es consecuencia del incumplimiento de la obligación de prevención y no del daño mismo. Se trata de una obligación “primaria” mixta que abarca la esfera de la prevención, en donde la obligación de reparación del daño depende del incumplimiento de la obligación de la prevención, sólo entonces se pasa al dominio de la responsabilidad por el hecho ilícito de haber el Estado violado aquella obligación primaria<sup>1631</sup>. Por lo que, como se observa, el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, es una construcción jurídica compleja en materia de reparación de los daños ambientales, pues no existe una norma general y obligatoria, que establezca la responsabilidad directa de los Estados, por los daños ambientales transfronterizos.

v) *Los Estados se han cuidado de no poner en ejecución la obligación de no causar daños al medio ambiente de otros Estados.* Los Estados se han cuidado de no precisar y, más aún, de no poner en ejecución la obligación de no causar daños al medio ambiente de otros Estados. Ello se debe a que, los Estados han optado por eludir su responsabilidad a veces difiriendo la regulación de la responsabilidad a acuerdos ulteriores, a veces trasladando la responsabilidad al ámbito de las relaciones de derecho privado, en donde se traslada la responsabilidad a los privados, dejando también en indefensión a las víctimas del daño ambiental transfronterizo. Los propios Estados al adoptar normas de obligación generales, se aseguran un importante margen de discrecionalidad en su cumplimiento, lo que convierte la prueba del incumplimiento de normas de este tipo en un ejercicio difícil y poco habitual<sup>1632</sup>. Y ello es así, porque los Estados, se han cuidado históricamente de no acordar normas internacionales que los obligue a la reparación de los daños producidos al ambiente fuera de su territorio, lo que conlleva a la impunidad de los daños ambientales transnacionales, situación que merece un urgente cambio, pues es una conducta

---

<sup>1629</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 108.

<sup>1630</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II *Sujetos de Derecho Internacional*, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 411 al 412.

<sup>1631</sup> Conviene recordar nuevamente que esta calidad de pertenecer la prevención y la reparación al dominio de las normas primarias tiene por resultado que si el daño se produce y nace por ende la obligación de reparar, esta reparación está impuesta por la norma primaria como condición de la licitud de la actividad de que se trate y que sólo si el Estado de origen no cumple con la reparación debida en la obligación primaria, entonces se pasa al dominio de las normas secundarias y allí recién se encuentra la responsabilidad por el hecho ilícito de haber el Estado violado aquella obligación primaria. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial, Naciones Unidas, 1986, Volumen. II, Primera Parte, pág.157.

<sup>1632</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág.108.



evasiva frente a un deber que ya está reconocido en las normas internacionales, como lo es, la obligación de no causar daño al ambiente de otros Estados.

De todo lo anotado, se puede afirmar que uno de los problemas principales para el sistema general de responsabilidad internacional, desde el punto de vista del elemento objetivo del hecho ilícito internacional, es que la aplicación de la obligación internacional de responsabilidad ambiental, contenida en normas generales y fundamentada en principios intencionales, tiene sólo naturaleza primara, esto es, no tiene correlato de una norma secundaria que obligue su cumplimiento, ello ha determinado que exista incertidumbre respecto a su obligatoriedad. A ello se agrega que los Estados de manera sistemática y diríamos hasta con un nivel de complicidad generalizada, evaden siempre su responsabilidad de manera concertada, reuniéndose en apoteósicas cumbres, conferencias, convenciones, etc., las mismas que, siempre terminan en acuerdos sin consecuencias jurídicas para los Estados, evidenciándose dicho problema a través de la emisión de normas internacionales en materia de responsabilidad internacional ambiental que se caracterizan principalmente por lo siguiente: son redactadas en términos relativos, son normas de remisión genérica y programática a futuros desarrollos normativos, no tienen ninguna aclaración complementaria en cuanto a las normas sustantivas o de procedimientos correspondientes, establecen sólo obligaciones de comportamiento. Tal situación ha determinado la limitación de la aplicación de las normas generales en el sistema general de responsabilidad internacional, desde el punto de vista del elemento objetivo del hecho ilícito internacional, que amerita ser superado por parte del derecho internacional.

### **2.1.3.- La “obligación primaria” de no dañar al medio ambiente de otros Estados y la necesidad de establecer “normas secundarias” en el mecanismo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito.**

Siguiendo el esquema de derecho propuesto por HART, se observa que, en todo sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes y a la vez relacionados de reglas<sup>1633</sup>, el tipo básico o primario, que impone deberes, prescriben acciones o prohibiciones; y las reglas secundarias, que confieren potestades públicas o privadas y que a su vez dependen de las normas primarias, porque las extinguen, modifican, determinan de diversas maneras el efecto de ellas, o controlan su actuación. Esta distinción de normas, clarifica las características de un sistema jurídico ideal, el mismo que se sustenta tanto en las reglas primarias de obligación como en las reglas secundarias, que permiten el cumplimiento de las normas primarias y que en conjunto implican la existencia de un sistema jurídico.

El asunto consiste en aplicar esta brillante conceptualización del derecho propuesta por HART, a la responsabilidad internacional de los Estados por “los daños transfronterizos”, en donde si bien se puede detectar con claridad, por ejemplo, la norma primaria de obligación consistente en que “ningún Estado debe dañar el medio ambiente de otro Estado”; no obstante, hay dificultad para determinar la cuestión conexa de que esa regla primaria, esto es si tiene o no su correlato obligatorio en una norma secundaria, que a su vez permita la eficacia de la primera. El problema es que, en puridad, no existe dicha norma secundaria en materia de responsabilidad ambiental, por lo que el reto para el derecho internacional, consiste en llenarla de contenido, la misma que hipotéticamente establezca, que “si un Estado causa un daño ambiental transfronterizo a otro Estado, el Estado de origen ha cometido un hecho ilícito, y como tal

---

<sup>1633</sup>HART; “El derecho como unión de reglas primarias y secundarias”; En: “El Concepto del Derecho”, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/f, págs.266- 272.

debe ser responsable de su reparación y demás consecuencias jurídicas que implica el ocasionar un hecho ilícito internacional”.

Como ya se ha anotado, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados, la determinación del *elemento objetivo de la responsabilidad internacional*, como condición necesaria para la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, es la *violación de una obligación internacional*, no obstante, es difícil determinar cuál es la obligación que se incumple. Ello se debe a que, si bien existen “*obligaciones primarias*” de no dañar al medio ambiente de otros Estados o normas de prevención del daño ambiental, de naturaleza indeterminada contenida en normas internacionales convencionales de derecho ambiental, o consuetudinarias, el problema, es que las referidas normas no tienen su correlato procedimental en caso de incumplimiento. Tal situación ha determinado, la dificultad de imputar la violación de una obligación internacional a un Estado, en el mecanismo del sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, en el ámbito ambiental.

Esta problemática, ha sido materia de estudio por muchos años, desde que la CDI en 1969 nombró como nuevo relator al profesor italiano Roberto Ago, época en que se adoptó como punto de partida la distinción entre normas primarias y secundarias<sup>1634</sup>, en materia de responsabilidad internacional. Desde entonces, al interno de los trabajos de la CDI, se expresaron dudas<sup>1635</sup> en cuanto a la pertinencia o no de asumir la distinción entre “normas primarias” y “secundarias” a los fines del tema que se examina<sup>1636</sup>. Así, el miembro de la CDI, MALEK argumentó que en favor a que los textos que debería prepararse tendrían que pertenecer a una u otra de estas categorías de normas<sup>1637</sup>, esto es, a las normas primarias y secundarias. La comisión, advirtió a lo largo de sus trabajos, la existencia de las normas primarias en materia de responsabilidad ambiental y no así la existencia de normas secundarias, dejando entrever que se haría necesario definir las otras normas que podrían calificarse de “secundarias” y que determinen las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas “primarias”<sup>1638</sup>. Finalmente, en materia de responsabilidad de los daños ambientales transfronterizos, la CDI opta por esta conceptualización del derecho, observando que, en esta materia, abundan las normas primarias de obligación y no las secundarias, dejando entrever que se haría necesario definir las otras normas que podrían calificarse de “secundarias” y que determinen las consecuencias jurídicas de un

---

<sup>1634</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 361-362.

<sup>1635</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1636</sup> A juicio del Sr. MALEK, las acertadas observaciones formuladas a este respecto por el Relator Especial en sus dos primeros informes, así como en los debates de la Comisión, tienen un interés científico considerable y en cuanto al hecho de saber si los textos que debería prepararse tendrían que pertenecer a una u otra de estas categorías de normas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág. 237-309.

<sup>1637</sup> A juicio del Sr. MALEK, las acertadas observaciones formuladas a este respecto por el Relator Especial en sus dos primeros informes, así como en los debates de la Comisión, tienen un interés científico considerable y en cuanto al hecho de saber si los textos que debería prepararse tendrían que pertenecer a una u otra de estas categorías de normas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág. 257.

<sup>1638</sup> En la CDI, en durante las sesiones 32° y 33°, se ha manifestado un apoyo decidido, sin ninguna voz discordante, a la opinión de que este sistema se refiere a las normas primarias, que establecen obligaciones y de que no modifica en absoluto las normas secundarias de responsabilidad de los Estados. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo cuarto período de sesiones, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, pág. 63.

incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas “primarias”<sup>1639</sup>. Más allá de que esta constatación, lo cierto es que la CDI, poco o nada ha hecho al respecto, pues no se ha definido aún la necesidad de llenar de contenido justamente a aquella norma secundaria inexistente, trabajo aún pendiente no sólo por parte de dicho órgano internacional, sino por toda la comunidad internacional y de enorme trascendencia para el futuro de la responsabilidad internacional.

Seguir sosteniendo que es suficiente la declaración de principios, normas internacionales de naturaleza declarativa en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, es no aceptar que las mismas tienen un nivel primario de obligación, y por tanto carentes de coerción que obligue su cumplimiento. Ante tal Estado de cosas, el Derecho Internacional, requiere diversas formas de complementación, más aún en una realidad tan grande y compleja como lo es para la comunidad internacional de Estados, la problemática ambiental, la misma que hoy por hoy, es difícil controlar. En atención a que realidad es tan desbordante, que determina que no sea suficiente la existencia de “normas primarias” de obligación en materia de responsabilidad ambiental, sino una norma que la llene de contenido procedimental y que ejerza amenaza en caso de incumplimiento de la norma primaria, que obligue a los Estados a reparar el daño ambiental ocasionado en el territorio de otros Estados.

En ese sentido, las especiales circunstancias en las que se encuentra tanto la comunidad internacional de Estados como el derecho internacional, en materia de responsabilidad ambiental, amerita de manera urgente que los Estados llenen de contenido a las normas secundarias de obligación en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos. Labor compleja, no por ello imposible, por lo cual es necesario, tener en cuenta las siguientes premisas: i) llenar de contenido una norma secundaria de obligación que estipule cómo y por quién pueden formarse, aprobarse, modificarse o extinguirse la norma primaria de obligación, consistente en que ningún Estado debe dañar el medio ambiente de otro Estado; ii) ejercer presión social internacional por parte de al menos la mayoría de los Estados, con el fin de que se obligue al Estado lesionador al medio ambiente del Estado víctima, para que asuma la responsabilidad internacional por el daño ocasionado; iii) lograr concertación por parte de la comunidad internacional de Estados, sino de la totalidad de Estados, al menos de una gran mayoría de ellos para lograr una regla de reconocimiento que especifique las fuentes del derecho internacional en materia de responsabilidad internacional y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas de manera concertada. Dicha obligación, debe poder ser exigida en caso de incumplimiento, y además con un sistema de sanciones acordes a la magnitud de los daños ambientales transnacionales ante los tribunales internacionales con jurisdicción compulsiva internacional.

#### **a) La “obligación primaria” de no dañar al medio ambiente de otros Estados.**

Todo ordenamiento jurídico se funda en el postulado de que la libertad de cada sujeto de derecho tiene como límite el respeto, en pie de la igualdad, de las libertades de los demás sujetos,<sup>1640</sup> respecto al que

---

<sup>1639</sup> i) Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del trigésimo cuarto período de sesiones, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, Pág. 62-75, ii) Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2000, vol. II, Segunda Parte”, Documentos del quincuagésimo segundo período de sesiones, Documento A/CN.4/510. Tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas), del Sr. PEMMARAJU SREENIVASA RAO, Relator, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011, pág. 119-135

<sup>1640</sup> A veces se formulan nuevas teorías de la responsabilidad a fin de corregir la disparidad observada. Con el mismo propósito, algunos prestigiosos tratadistas han considerado que las cuestiones de atribución corresponden a la esfera de las normas primarias concretas a las que acompañan y no a la esfera general de las normas secundarias. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho

también está obligado el Estado de origen de un daño ambiental transfronterizo en pie de la igualdad y libertad del Estado víctima de dicho daño. En este contexto, el dogma de la soberanía, parte del error de considerar que los Estados son libres de hacer toda conducta, porque gozan de una soberanía absoluta,<sup>1641</sup> sin advertir, que la soberanía de los estados es relativa, más aún cuando en uso de la misma, se daña el medio ambiente del territorio de otro Estado o del territorio de jurisdicción universal. El asunto es que los Estados tienen límites al ejercer su soberanía, como son el respeto, la igualdad y la libertad de los demás Estados de realizar actividades ambientalmente riesgosas en su territorio o bajo el control de su jurisdicción, punto de donde es necesario partir para exista un sistema de reglas que contengan la “obligación primaria” de no dañar al medio ambiente de otros Estados.

Si esto es así, corresponde analizar los alcances del principio por el cual nace la obligación primaria de no dañar al medio ambiente del territorio de otros Estados, principio que tiene el mismo carácter fundamental según el cual las obligaciones dimanantes de los tratados deben ser respetadas. En materia de responsabilidad por el daño ambiental transfronterizo, la intensidad de las obligaciones de un Estado deben medirse en relación con la norma expresada en la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*<sup>1642</sup>, precisando que dicha norma es de naturaleza primaria, consistente en la obligación de los Estados de no dañar al medio ambiente de otros Estados, norma tan general, que exige no solo el grado de apreciación cuando se aplica a situaciones particulares, sino también un correlato de obligatoriedad establecida en otra norma de naturaleza secundaria, que ejerza presión en el cumplimiento de la norma primaria.

En ese sentido, la norma primaria sigue siendo la que debe determinar la intensidad de una obligación,<sup>1643</sup> se plantea entonces, el problema de saber si una norma tan “amplia” como lo es, la norma “*sic utere tuo ut alienum non laedas*” estaría sujeta, como sucede con tanta frecuencia en materia de jurisdicción nacional, al “principio de reciprocidad” y a la noción de “expectativa compartida”<sup>1644</sup>. Se debe precisar como sostiene NOVAK, que la norma primaria en materia de responsabilidad ambiental, son aquellas que imponen primariamente el Derecho Internacional a los Estados, como por ejemplo la norma consuetudinaria que obliga a los Estados ribereños a respetar el paso inocente de terceros Estados.<sup>1645</sup> Por lo que, en materia de responsabilidad internacional ambiental, hay consenso en el derecho internacional

---

*Internacional*, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1641</sup> HART; “*El derecho como unión de reglas primarias y secundarias*”; En “*El Concepto del Derecho*”, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/f, pág.275.

<sup>1642</sup> A veces se formulan nuevas teorías de la responsabilidad a fin de corregir la disparidad observada. Con el mismo propósito, algunos prestigiosos tratadistas han considerado que las cuestiones de atribución corresponden a la esfera de las normas primarias concretas a las que acompañan y no a la esfera general de las normas secundarias. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1643</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1644</sup> Puede, en realidad, haber una norma en que se diga que un Estado no podría exigir de otro Estado que, en materia de prevención o de reparación, haga más de lo que está dispuesto a hacer en su propia jurisdicción (...). La noción de jurisdicción no es, evidentemente, una noción formal, dado que las reglamentaciones nacionales pueden diferir según las diferencias de “medio ambiente” nacionales. Lo que interesa es la reciprocidad mundial o general. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág. 237-309.

<sup>1645</sup> En consecuencia, las violaciones a las obligaciones establecidas por las normas primarias, entre las que se encuentran, las que regulan el tratamiento a los extranjeros, serían a partir de ese momento, la materia de la responsabilidad internacional de los Estados. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 391- 362.

respecto a que la obligación primaria por parte de los Estados, consistente en no dañar al medio ambiente de otros Estados.

De allí la importancia de las normas secundarias en esta materia, pues desempeñan justamente la función de dotar de eficacia a las normas primarias<sup>1646</sup>, las mismas que a su vez, se encargan de establecer los derechos de los Estados y sus obligaciones correlativas. En atención a lo expuesto, si los Estados no cumplen con reparar el daño ambiental transfronterizo, esto es, si incumplen con la obligación primaria de no causar un daño ambiental a otro Estado, contenida en la máxima “*sic utere tuo ut alienum non laedas*”, se debe establecer una *norma secundaria*, que obligue al Estado lesionado del medio ambiente del Estado víctima, ser responsable internacional del mismo y por tanto deberá asumir su reparación; solo de esa manera existirá coherencia jurídica entre el alcance de los derechos del Estado de origen del daño ambiental transfronterizo y el de sus obligaciones correlativas, y sólo así será posible poner en actividad el sistema de la responsabilidad internacional de los Estados por “los daños transfronterizos”.

#### **b) La necesidad de establecer “normas secundarias” en el mecanismo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito.**

Partimos, del concepto de sistema jurídico propuesto por HART, respecto a la posibilidad de existencia de normas primarias y normas secundarias.<sup>1647</sup> Así, las normas secundarias son las que nacen de la violación de una obligación primaria, como por ejemplo la que establece la obligación de reparar un hecho ilícito.<sup>1648</sup> El asunto es que, como ya se ha anotado, en materia de respetabilidad ambiental no existe aún esa norma obligatoria general y obligatoria que establezca la responsabilidad directa de los Estados por los daños ambientales transfronterizos<sup>1649</sup>. La inexistencia de dicha norma de naturaleza secundaria que establezca que, ante el incumplimiento de una obligación internacional de protección del medio ambiente, se ocasione un daño ambiental transfronterizo, debe ser reparado por el Estado de origen, dificulta la aplicación de la obligación primaria de responsabilidad internacional en materia ambiental en el sistema general de responsabilidad ambiental, pues para que exista responsabilidad internacional debe haber necesariamente la violación de una obligación internacional.

Por lo que, ante la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo, la reparación del mismo se encuentra en incertidumbre jurídica. De tal manera que, si sucede un daño ambiental transfronterizo en la frontera entre Estocolmo y el estrecho de Corfú<sup>1650</sup>, o en la frontera de Perú con Brasil; si se suscita un conflicto internacional, en donde se reclame la responsabilidad a los Estados de origen, los operadores jurídicos, ante la inexistencia de dicha norma secundaria de obligación, deben recurrir a los antecedentes

---

<sup>1646</sup>A veces se formulan nuevas teorías de la responsabilidad a fin de corregir la disparidad observada. Con el mismo propósito, algunos prestigiosos tratadistas han considerado que las cuestiones de atribución corresponden a la esfera de las normas primarias concretas a las que acompañan y no a la esfera general de las normas secundarias. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1647</sup> HART; “*El derecho como unión de reglas primarias y secundarias*”; “*El Concepto del Derecho*”, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, s/f, pp. HART; “*El derecho como unión de reglas primarias y secundarias*”; pág. 114

<sup>1648</sup> En consecuencia, las violaciones a las obligaciones establecidas por las normas primarias, entre las que se encuentran, las que regulan el tratamiento a los extranjeros, serían a partir de ese momento, la materia de la responsabilidad internacional de los Estados. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 391- 362.

<sup>1649</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1650</sup>Véase “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág. 209-336.

jurisprudenciales, a la práctica de los Estados, a las normas consuetudinarias, a los principios generales del derecho internacional, e incluso algunas veces son los mismos Estados de origen que reconocen su responsabilidad unilateralmente y es de esa manera como actualmente se vienen resolviendo estos asuntos internacionales en materia de responsabilidad por los daños ambientales.

En el derecho internacional la obligación consistente en que ninguna actividad realizada en el territorio de un Estado de origen dañe el territorio de otro Estado, contenida en el principio “*sic utere tuo ut alienum non laedas*”, regla primaria de obligación, debe tener su correlato procedimental a través de una «obligación de naturaleza secundaria», con las consecuencias jurídicas correspondientes como la de reparar en su integridad el daño causado. Y ello debido a que, las obligaciones dimanantes de “daños transfronterizos” son el resultado de normas primarias determinadas que para que sean eficaces se hace necesario que “entren en juego las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”,<sup>1651</sup> fundamento de la responsabilidad de los Estados,<sup>1652</sup> aun cuando ello implique tener que romper dogmas establecidos por la más encumbrada doctrina internacional.

La dificultad para llenar de contenido la norma secundaria de responsabilidad internacional de los Estados por los daños transfronterizos, se explica porque un sector de la doctrina, considera importantísimo conservar el punto de vista tradicional de que los Estados solo son responsables por las consecuencias perseguidas o previstas, y que no han podido ser evitadas, optando por un sistema subjetivo de responsabilidad internacional por el daño ambiental transfronterizo causado.<sup>1653</sup> No obstante, el derecho internacional está en franca evolución y ya se presenta un exponente, de cómo es posible que los Estados asuman responsabilidad directa, como lo es, el régimen arquetipo establecido por el convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1971<sup>1654</sup>. Tal y como ARBOUR precisa, en este tratado multilateral se prevé una responsabilidad objetiva o de riesgo asumido por el Estado contratante<sup>1655</sup>, y en donde, los Estados partes se comprometen a: i) Una obligación primaria de pagar una indemnización por las consecuencias perjudiciales de daños transfronterizos; y ii) la norma “secundaria” consistente en que la violación de una obligación internacional del Estado parte, da lugar a su responsabilidad internacional y por tanto, pague la indemnización debida por el daño transfronterizo causado.

---

<sup>1651</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1652</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1653</sup> El problema de la responsabilidad objetiva se limita a unos pocos casos en que no se puede prever el daño y se excluye la ilicitud y en que el Estado de que se trata no podía en modo alguno prevenir las consecuencias perjudiciales del acto realizado. De todos modos, son casos excepcionales tras los cuales se ocultan problemas mucho más vastos. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, 1981, Volumen I, pág. 219-231.

<sup>1654</sup>Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1971, artículo II del Convenio dispone: Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1655</sup> C'est le cas, assez unique et exceptionnel doit-on souligner, de la *Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux* adopte le 29 novembre 1971. L'article 2 de cette convention dispose qu'un Etat de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage cause par son objet spatial a la surface de la terre ou aux aéronefs en vol; c'est le seul cas, à notre connaissance, ou une traite multilatérale prévoit une responsabilité objective ou pour risque a la charge de l'Etat contractant. Jean-Maurice ARBOUR, Sophie LAVALLEE, « *Droit International de L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec-Canada, pág.720-722.

Frente a la realidad expuesta, urge que una norma secundaria internacional abstracta e hipotética sea concertada por parte de los Estados, vía convención, acuerdo, tratado u otro documento similar, establezca con carácter general, la obligación de que el daño ambiental transfronterizo debe ser reparado<sup>1656</sup>, para lo cual se requiere de la voluntad de un grupo suficientemente importante de Estados que así lo decida<sup>1657</sup>. Para lograr dicho objetivo, se hace necesario realizar todos los esfuerzos en la búsqueda de lograr el reconocimiento internacional de una norma secundaria, con el consenso de al menos la mayoría de los Estados,<sup>1658</sup> cuyo cumplimiento sea posible por la presión internacional que ejerzan los Estados, y así el Estado lesionado del medio ambiente cumpla con repararlo. Los organismos internacionales relevantes para el derecho internacional, como lo es la CDI de las Naciones Unidas, y los Estados, deben comprometerse seria y responsablemente a canalizar dicho compromiso internacional. Solo de esa manera se podrá lograr un sistema internacional general y obligatorio en materia de responsabilidad internacional de los Estados

De todo lo anotado, el reto para el derecho internacional, consiste en llenar de contenido la obligación primaria de responsabilidad internacional, y establecer una norma secundaria, que hipotéticamente establezca: “El Estado de origen que ocasiona un daño ambiental transfronterizo a otro Estado, es responsable de su reparación y demás consecuencias jurídicas que implica el cometer un hecho ilícito internacional”. Hay una ardua tarea por delante en materia de responsabilidad internacional derivada por la ocurrencia del daño transfronterizo que el derecho internacional debe superar, definiendo temas aún pendientes como: i) Normar las obligaciones emanadas por las consecuencias perjudiciales de las actividades no prohibidas por el derecho internacional, en el mecanismo de responsabilidad internacional por los hechos internacionalmente ilícitos; ii) señalar las nuevas obligaciones primarias de responsabilidad cuya violación conduzca al cumplimiento directo de obligaciones secundarias, en caso de ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo; iii) establecer las normas secundarias de obligación que obliguen a los Estados a asumir responsabilidad directa por el daño ambiental transfronterizo, ocasionado por la violación de normas primarias en materia de la responsabilidad internacional ambiental. En ese sentido, el reto del derecho internacional moderno, es ocuparse de la labor pendiente, consistente en hacer que las normas primarias de obligación en materia de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, tengan su correlato jurídico en las normas secundarias, que establezcan claramente las consecuencias jurídicas que el Estado origen debe asumir, por haber lesionado del medio ambiente del Estado víctima.

#### **2.1.4.- La dificultad de probanza del *dobles test* de la diligencia debida de los órganos del Estado.**

Tal y como ya se ha anotado, uno de los problemas, que determinan la inadecuación del sistema general de responsabilidad internacional, con mecanismo eficaz para la reparación de los daños ambientales, es la dificultad práctica de probanza del *dobles test* de la diligencia debida de los órganos del Estado. Ello se debe a que el sistema general de responsabilidad internacional tiene como fundamento la obligación de

---

<sup>1656</sup>Se está en otro terreno, el del cumplimiento de la condición (el daño) para que una cierta obligación primaria de compensar se haga efectiva. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1657</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

<sup>1658</sup>En donde se estipule la obligación de compensar cualquier tipo de daño ambiental transnacional que surgiera entre los estados partes. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 269-279.

prevención y de debida diligencia, las mismas que se tratan de obligaciones de comportamiento que para efectos de determinar la responsabilidad de un Estado, ameritan acreditar su cumplimiento.

El problema surge cuando se hace necesario reconocer que la generalidad del principio de prevención hace difícil que su exigencia puede resultar operativa en los diferentes casos concretos, en su infinita variedad.<sup>1659</sup> Surgiendo, de esta manera, la problemática referida al denominado *dobles test de la diligencia debida*, relacionado con la probanza de la negligencia no sólo de los órganos del Estado<sup>1660</sup>, sino también de los actos de los agentes privados, respecto al cumplimiento de una obligación internacional de prevención y de debida diligencia.

Así, puede suceder que los Estados si cumplieron con su debida diligencia, respecto de sus actos propio de la obligación de prevención, no obstante, no con respecto al control de la actividad del particular que ocasionó un daño ambiental transfronterizo. Esta situación de anomalía jurídica de ser probada, podría dar lugar a responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de su obligación de la debida diligencia. En ese sentido, superar satisfactoriamente el *dobles test de la diligencia debida*, equivale a superar el “grado de cuidado que se espera de un buen gobierno”, no sólo de los órganos del Estado, sino en relación por parte del particular que desarrolla la actividad que ha causado un perjuicio para el medio ambiente, por falta de control por parte del Estado del desarrollo de la actividad ambientalmente riesgosa por parte del particular, radicando en este aspecto la dificultad de superar este *dobles test* probatorio de la obligación de debida diligencia.

Ello se debe a que, el referido principio de debida diligencia está relacionado con la obligación de vigilancia de parte del Estado, que le obliga evitar que las actividades dentro de su jurisdicción y control por parte de los particulares causen daño al medio ambiente de otros Estados. Así, en el caso *Trail Smelter*, se consolidó la norma consuetudinaria consistente en la obligación o deber de diligencia<sup>1661</sup>, fundada en el hecho de que si el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan actividades perjudiciales para otro Estado y no las detiene o controla, debe presumirse que ha descuidado “*la obligación de diligencia*”; punto de partida para poder responsabilizar a los Estados. El Tribunal Arbitral construye un régimen de responsabilidad, basado en el incumplimiento de la obligación de diligencia<sup>1662</sup>, a partir del incumplimiento de la obligación de prevención de los daños, y no específicamente, en la obligación de reparar el daño ambiental transfronterizo.

En ese sentido, PIGRAU sostiene que, si bien no cabe atribuir al Estado hechos realizados por particulares, aunque sí, de manera conexa, cabe atribuir al Estado el incumplimiento de su propia obligación de prevención, vigilancia o control por parte de los órganos del Estado cuando dicho incumplimiento haya posibilitado la actuación ilegal de los particulares, o de persecución y castigo de los responsables.<sup>1663</sup> La negligencia de los Estados, en no controlar las actividades ambientalmente peligrosas

---

<sup>1659</sup>JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág. 73.

<sup>1660</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 106-116.

<sup>1661</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, 1981, Volumen. I, pág. 231.

<sup>1662</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág.259.

<sup>1663</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 108.



de los operadores privados, y que fueron muchas veces autorizadas por los Estados, da lugar a la ocurrencia de daños ambientales catastróficos, por no ejercer su deber de debida diligencia respecto al comportamiento de los privados.

Esta es la razón por la que el principio de prevención del daño ambiental transfronterizo, precisa JUSTE, ha debido concretarse en prescripciones más específicas que, alejándose de las prohibiciones absolutas muchas veces de imposible cumplimiento, formulen exigencias de conducta relativizadas que permitan establecer un equilibrio razonable entre los intereses estatales en presencia.<sup>1664</sup> Por lo cual, se ha optado por criterios objetivos, así los llamados eco-estándares cumplen dicha función, los mismos que delimitan el alcance de la obligación de debida diligencia dotando así de concreción al principio de prevención del daño ambiental transfronterizo.

Un respaldo adicional, ante la dificultad práctica de probanza de la falta de diligencia del Estado, proveen las obligaciones generales de información, notificación y consulta, derivadas del principio de cooperación, que se hacen especialmente exigibles en lo que respecta a las actividades autorizadas por un Estado, que pueden tener efectos transfronterizos perjudiciales para el medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional.<sup>1665</sup> Así, también, la CIJ, en el asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay<sup>1666</sup> (Argentina C. Uruguay) (2010)<sup>1667</sup>, observó que el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la *diligencia debida*, el cual exige la obligación de preservar el medio ambiente, y en particular, prevenir su contaminación implica no sólo adoptar normas y medidas apropiadas sino también un cierto nivel de vigilancia en su puesta en ejecución y en el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados. La obligación de la diligencia debida, para la probanza de su cumplimiento, implica considerar indicadores concretos, para determinar su cumplimiento, como: i) Traer aparejado una consideración cuidadosa de la tecnología a ser utilizada; ii) hacer uso de las mejores técnicas disponibles<sup>1668</sup>; iii) la necesidad de un estudio de impacto ambiental, cuando la actividad planeada es susceptible de producir daño transfronterizo; iv) determinar si las concentraciones de contaminantes deben estar dentro de los *límites regulatorios*, esto es, se debe evaluar en comparación con los estándares regulatorios de las Partes<sup>1669</sup>. Se trata de una sentencia,

---

<sup>1664</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág.73.

<sup>1665</sup> JUSTE RUIZ, José, “*Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, Mc Gran Hill, Madrid, 1999, pág.73.

<sup>1666</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1667</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1668</sup> La Corte observa que la planta Orión (Botnia) utiliza el proceso de blanqueo de pulpa Kraft. de acuerdo con el Documento de Referencia de Mejores Técnicas Disponibles en la Industria de Pulpa y de Papel — Prevención y Control de la Contaminación, de la Comisión Europea de 2001 (en adelante “IPPC-BAT”), el proceso Kraft se aplicaba ya en ese momento a alrededor del 80 por ciento de la producción de celulosa y es consecuentemente el método de producción de los procesos químicos de celulosa más aplicado. La planta emplea un proceso de blanqueo ECF-liviano (libre de cloro elemental) y un tratamiento primario y secundario de efluentes que involucra un tratamiento activado de fango. La Corte encuentra que, desde el punto de vista de la tecnología empleada, y basada en los documentos que le fueron presentados por las Partes, particularmente el IPPC-BAT, no hay evidencia que apoye el reclamo de Argentina de que la Planta Orion (Botnia) no cumple con las BAT en términos de las descargas de efluentes por cada tonelada de pulpa producida. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1669</sup> Para determinar si las concentraciones de contaminantes descargados por la planta Orión (Botnia) están dentro de los *límites regulatorios*, la Corte tendrá que evaluarlas en comparación con los límites de descarga de efluentes — tanto en términos de la concentración de efluentes en cada litro de aguas residuales descargado como del total absoluto de efluentes que puede descargarse en un día — prescritos por los estándares regulatorios de las Partes (...)la autorización ambiental previa de 14 de febrero de 2005 específicamente autoriza promedios anuales para esos parámetros. Impacto de las descargas en la calidad de las aguas del río Los parámetros y sustancias particulares que son objeto de controversia entre las Partes en términos del impacto de las descargas de efluentes de la planta Orión (Botnia) sobre la calidad de las aguas del río son: oxígeno disuelto; fósforo total (y el

sin lugar a dudas, en donde se han concentrado, de manera muy aleccionadora los lineamientos concretos a tener en cuenta en materia de probanza del cumplimiento de la obligación de debida diligencia en materia ambiental.

Más recientemente, en el asunto relativo a *determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica C. Nicaragua) y *Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan* (Nicaragua C. Costa Rica) (2015)<sup>1670</sup>. Los principales criterios jurídicos, emitidos por la CIJ, en relación a la responsabilidad por los daños ambientales, en la Causa Costa Rica C. Nicaragua justamente se refiere a la obligación de debida diligencia, sosteniendo que si existe un riesgo de daño transfronterizo *significativo* debe llevarse a cabo una evaluación del impacto ambiental para cumplir su obligación de ejercer la *debida diligencia* a fin de prevenir un daño ambiental transfronterizo significativo, ya que, un Estado, antes de emprender una actividad que pueda afectar adversamente al medio ambiente de otro Estado, debe determinar si existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, a través de la evaluación del impacto ambiental cuyo contenido debe hacerse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso en concreto.

Por otro lado, la dificultad práctica de probanza de la falta de diligencia de los órganos del Estado en el control de la actividad del particular, es abordada en los trabajos de la CDI, aportando que para lograr probar si un Estado incumplió con la obligación de debida diligencia, el Estado afectado estaría facultado para recurrir ampliamente a presunciones de hecho e indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad de que se trata puede causar una pérdida o un daño<sup>1671</sup>. Así se ha manifestado, la Corte Internacional de Justicia, en el fallo relativo al caso *Canal de Corfú*<sup>1672</sup>, donde considera que debe permitirse al Estado víctima que recurra más ampliamente a las presunciones de hecho y a las pruebas circunstanciales, ante la dificultad práctica de probanza de la falta de diligencia de los órganos del Estado, por lo que sería una de las soluciones para resolver la dificultad de probanza del doble test de la diligencia debida a los órganos del Estado. En ese sentido, debe recurrir a todos los mecanismos de naturaleza procesal, en materia probatoria a efectos de determinar el incumplimiento de la diligencia debida.

Asimismo, en los casos en que el Estado de origen del daño ambiental transfronterizo, ha tratado de cumplir con la debida obligación, no obstante, sucede el daño ambiental transfronterizo, en estos casos, observa PIGRAU, genera una prueba *iuris tantum* del incumplimiento de la obligación, que puede

---

tema relacionado de eutrofización debida al fosfato); sustancias fenólicas; nonilfenoles y nonilfenol etoxilados; y dioxinas y furanos. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina con Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1670</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

<sup>1671</sup> Las obligaciones de prevención, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones de comportamiento, en combinación con un régimen de responsabilidad causal o estricta. Pero tal combinación no parece posible en un régimen general como el que se trata de establecer, en el que el efecto primordial de la obligación de debida diligencia, que depende de que se haya producido el daño, sería la agravación de las condiciones de indemnización para el Estado de origen. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo periodo de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág. 212.

<sup>1672</sup> El caso del Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania- 1949) La Corte señala que, el simple hecho de que las minas se hallaran en aguas albanesas no implica ni responsabilidad prima facie, ni desplazamiento de la carga de la prueba. Por otra parte, el control exclusivo ejercido por un Estado dentro de sus fronteras puede imposibilitar que se aporten pruebas directas de hechos que entrañarían su responsabilidad en caso de una violación del derecho internacional. En ese caso, *debe permitirse al Estado víctima que recurra más ampliamente a las presunciones de hecho y a las pruebas circunstanciales*. Esas pruebas circunstanciales deben considerarse especialmente eficaces cuando se apoyan en una serie de hechos que se encadenan y llevan lógicamente a una sola conclusión. TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto Fundación de Trail (Estados Unidos vs Canadá)*. Reports. 1928. [HTTPS://LEGAL.UN.ORG/RIAA/CASES/VOL\\_III/1905-1982.PDF](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

revertirse probando un comportamiento acorde con el concepto de debida diligencia.<sup>1673</sup> Y de esa manera, los Estados al probar que cumplieron con la obligación de debida diligencia, aun cuando existe el daño ambiental, no podrían ser pasibles de atribuirles responsabilidad, pues se trata de una obligación de comportamiento y no de resultado. Así, se pronunció el tribunal Arbitral en el asunto del *Lago Lanoux* (1957)<sup>1674</sup>, el mismo que observó, concluyó que únicamente la falta de diligencia en tomar las precauciones de seguridad necesarias para evitar un daño compromete la responsabilidad de un Estado. En ese sentido, no cabe hablar de responsabilidad mientras se hayan tomado todas las precauciones posibles para evitar que se produzcan los daños<sup>1675</sup>, esto es se haya cumplido con la obligación de debida diligencia.

De todo lo anotado, se observa que, en el derecho internacional, los Estados en cumplimiento de la obligación de prevención y de debida diligencia, deben superar la probanza del *doble test* de la diligencia debida de los órganos del Estado, esto implica no solo que ha de estar al corriente de lo que ocurre en su territorio o bajo su control, por las actividades realizadas directamente por los Estados de origen, sino también, por los agentes privados. Ante la dificultad probatoria para probar el cumplimiento de la obligación de prevención y diligencia debida, se debe recurrir a todos los mecanismos probatorios, que el derecho internacional viene desarrollando, especialmente en la jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad internacional, a través de los indicadores denominados por la doctrina “*eco-estándares*”, con el fin de determinar la posible responsabilidad internacional de los Estados, por los daños ambientales transfronterizos.

## **2.2.- Las dificultades que presenta la atribución al Estado del resultado de un daño ambiental transfronterizo.**

Para que exista un incumplimiento internacional, observa AIZENSTATD, debe existir una conducta que sea atribuible al Estado y que constituya una violación de una obligación internacional.<sup>1676</sup> En ese sentido, desde el punto de vista del elemento subjetivo el hecho ilícito, precisa PIGRAU es “la atribución” a un Estado del incumplimiento de una obligación de derecho internacional que está en vigor y que le atañe<sup>1677</sup>. Comportamiento no conforme con lo que exige la obligación internacional contenida en una norma convencional, en una norma consuetudinaria, en un principio internacional o derivada de un acto unilateral de un Estado. Tal y como lo establece el apartado a) del artículo 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) en donde, el término

---

<sup>1673</sup>PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 115.

<sup>1674</sup> TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto del Lago Lanós (España y Francia)*, Reports. 1957, <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-143747E.pdf>

<sup>1675</sup>Caso del *Lago Lanós*, en respuesta al alegato de España de que los proyectos franceses entrañarían un riesgo anormal para los intereses españoles, el Tribunal declaró lo siguiente: «No se ha afirmado claramente que las obras propuestas representarían un riesgo anormal para las relaciones de vecindad o la utilización de las aguas. Como se ha comprobado anteriormente, *las garantías técnicas para la restitución de las aguas son todo lo satisfactorias* que cabe pedir. Si a pesar de *las precauciones* que se han adoptado se produce un accidente en la restitución de las aguas, dicho accidente *sólo puede ser de naturaleza casual* y, en opinión de ambas partes, no constituiría una violación del artículo 9.». TRIBUNAL ARBITRAL. *Asunto del Lago Lanós (España y Francia)*, Reports. 1957, <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-143747E.pdf>

<sup>1676</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “*La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*”, En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 7 a 8.

<sup>1677</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 108

«atribución»<sup>1678</sup> se utiliza para designar la operación de relacionar el Estado con una acción u omisión determinada.

Se plantea el problema tal y como precisa BENEDETTO, que consiste en preguntarse primero cuándo nos encontramos exactamente en presencia de un ilícito internacional, o sea, cuáles son sus elementos constitutivos; luego, cuáles son sus consecuencias y, en especial, de qué medios dispone la comunidad internacional para reaccionar contra él<sup>1679</sup>. En otras palabras, hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional<sup>1680</sup>. Lo que más importa a estos efectos no es sólo la existencia de una norma y su vulneración, sino la “atribución” a un Estado del incumplimiento de una obligación de derecho internacional. Esto es, individualizar la violación de una obligación internacional a un Estado, tal y como lo establece el apartado *b* del artículo 2, del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>1681</sup>. Por lo que, para calificar un comportamiento determinado de hecho internacionalmente ilícito, debe ser necesariamente atribuible al Estado, como una entidad organizada real, una persona jurídica con plena capacidad para actuar en derecho internacional<sup>1682</sup> como sujeto de derecho internacional.

La CDI, precisa, que la atribución de un comportamiento al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional se basa en criterios determinados por el derecho internacional y no en el simple reconocimiento de una relación de causalidad natural<sup>1683</sup>. Hoy en día puede decirse que concuerdan la doctrina y la práctica, sostiene BENEDETTO, que se considera que el Estado es responsable sólo cuando no ha procedido a adoptar las medidas tendientes a prevenir la acción o a castigar al responsable y, por lo

---

<sup>1678</sup> La Comisión sostiene, que, con arreglo al artículo 2, una de las dos condiciones esenciales para la responsabilidad internacional de un Estado es que el comportamiento de que se trate sea atribuible, según el derecho internacional, al Estado. Siendo, que el capítulo II define *las circunstancias en que tal atribución está justificada, es decir*, cuando el comportamiento consistente en una acción u omisión o en una serie de acciones u omisiones ha de considerarse como comportamiento del Estado. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág.40.

<sup>1679</sup> BENEDETTO, CONFORTI; “Derecho Internacional”, Editorial Víctor P. de Zavalía, Argentina, 1995, pág. 417.

<sup>1680</sup> En la práctica y la jurisprudencia internacionales se utiliza también el término «*imputación*». La comisión precisa, que el término «*atribución*» no supone en modo alguno que el proceso jurídico de relacionar un comportamiento con el Estado sea una ficción, o que *el comportamiento de que se trate «realmente» sea el de otro*. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 36.

<sup>1681</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

<sup>1682</sup> Pero reconocer esto no supone negar la realidad elemental de que el Estado no puede actuar por sí mismo: «Los Estados sólo pueden actuar por medio y por conducto de la persona de sus agentes y representantes». La cuestión es qué personas debe considerarse que actúan en nombre del Estado, es decir, qué es lo que constituye un «hecho del Estado» a los efectos de la responsabilidad de los Estados. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 36

<sup>1683</sup> Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Atribución de un Comportamiento al Estado. Artículo 4. *Comportamiento de los órganos del Estado*. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

tanto, sólo debe responder por las acciones de sus propios órganos.<sup>1684</sup> Se trata de una operación que implica distinguir claramente de la calificación del comportamiento como internacionalmente ilícito<sup>1685</sup>. Así, según el artículo 4<sup>1686</sup> del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole. Importa para ello, las circunstancias del comportamiento, para que tal atribución esté justificada, ello implica, determinar si el comportamiento del Estado consistente en una acción u omisión o en una serie de acciones u omisiones que ha de considerarse como comportamiento violatorio de una obligación internacional por parte del Estado.

Siendo ello así, la atribución de un comportamiento al Estado como responsable “autor” del resultado de un daño ambiental transfronterizo, desde el elemento subjetivo de la responsabilidad de los Estados vincula “el hecho ilícito” al “Estado autor”, para poder serle imputado dicha responsabilidad internacional. Tal como se aprecia claramente, que existen dos componentes básicos: i) En *primer lugar*, la comisión, de un hecho que sea considerado para el sistema de responsabilidad de los Estados, como un “hecho ilícito” y ii) *Segundo*, la identificación del Estado como responsable “autor” del resultado de dicho “hecho ilícito”.

El asunto es que, al tratar de adecuar el elemento subjetivo de la Responsabilidad Internacional por hechos ilícitos a la problemática de la responsabilidad internacional de un Estado por un daño ambiental transfronterizo la situación se complica. Partiendo, que el hecho ilícito, sólo debe ser cometido directamente por el Estado, en ese sentido, la atribución de responsabilidad no puede ser extendida por actos de un tercero. Por lo que, podemos preguntarnos, como dice BENEDETTO qué sentido tiene establecer simplemente la responsabilidad del Estado por las acciones de los privados, dado que, de todos modos, el ilícito internacional debe ser una violación de un norma internacional y dado que las normas internacionales siempre están referidas a los órganos estatales<sup>1687</sup>. Esta situación constituye otra de las principales dificultades, si se tiene en cuenta que en la mayoría de las veces son los operadores privados, quienes ocasionan los daños ambientales transfronterizos.

Otros problemas están relacionados con la actitud evasiva de los Estados, frente a la problemática de la reparación ambiental, mostrando un interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional en materia ambiental; lo que ha determinado un limitado criterio de atribución de responsabilidad por parte de los Estados, KISS, sostiene que a pesar de una amplia aceptación del principio de responsabilidad estatal por el daño transfronterizo, no se ha desarrollado las acciones de responsabilidad internacional ambiental por el daño transfronterizo en donde interviene el Estado, debido, justamente a la dificultad de determinación del factor de atribución, la dificultad para determinar el grado

---

<sup>1684</sup> CONFORTI, Benedetto; “*Derecho Internacional*”, Editorial Víctor P. de Zavalía, Argentina, 1995, pág. 423 a 424.

<sup>1685</sup> Su finalidad es determinar que existe un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad. Demostrar que ese comportamiento es atribuible al Estado no dice nada, en sí, acerca de la legalidad o ilegalidad de ese comportamiento, y las normas de atribución no deberían formularse en términos que impliquen otra cosa. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág.40.

<sup>1686</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 45.

<sup>1687</sup> Como veremos en seguida, el problema es diferente en los casos (por lo demás, son sumamente raros y sólo aparecen en alguna convención internacional) en que el Estado aparece como responsable incluso aunque no haya cometido ilícito alguno; en especial, nos referimos al caso de la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales, en que el Estado es responsable incluso de los hechos que no son imputables a él. BENEDETTO, CONFORTI; “*Derecho Internacional*”, Editorial Víctor P. de Zavalía, Argentina, 1995, pág. 423 a 424.

de responsabilidad de los Estados por las acciones de las empresas privadas bajo su jurisdicción o control cuando estas actividades son legales donde se producen<sup>1688</sup>, así como su renuencia para asumir responsabilidad directa por los daños ambientales transfronterizos. Tal y como está diseñado el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados, existe dificultad imposibilidad práctica para atribuirle al Estado, en su calidad de sujeto de derecho internacional, un daño ambiental transfronterizo, pues el mecanismo de atribución de responsabilidad establecido en este sistema de responsabilidad, es muy rígido y limitado. Esta problemática que presenta la atribución al Estado del resultado de un daño ambiental transfronterizo, en todo caso, pasan a ser analizadas a continuación por su importancia teórica y práctica en el tema que nos ocupa.

### **2.2.1.- La atribución del comportamiento de los órganos del Estado, o de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.**

En el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, se considera hecho del Estado el comportamiento de una persona o entidad, incluida una empresa pública e incluso privada, a condición que esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, y siempre y cuando el comportamiento de la entidad guarde relación con el ejercicio de las atribuciones del poder público que le corresponden<sup>1689</sup>. Tal y como lo establece el artículo 6<sup>1690</sup> del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001)<sup>1691</sup>. Esto es el derecho internacional solamente considera hecho del Estado el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento, o si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones o, finalmente, si el Estado asume ese comportamiento como propio.

En razón a ello, en la cuestión de la atribución del comportamiento del Estado a los efectos de la responsabilidad debe, tenerse en cuenta otros aspectos del derecho internacional según los cuales determinados órganos están facultados para contraer compromisos en nombre del Estado. Por lo que como sostiene la CDI,<sup>1692</sup>el Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea

---

<sup>1688</sup> ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, *“Manual of European Environmental Law”*, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page. 153 a 155.

<sup>1689</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, *“La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente”*, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág.109 a 110.

<sup>1690</sup>Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Atribución de un Comportamiento al Estado. *Artículo 6. Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado.* Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra. *Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones.* El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones. Véase, *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 26.

<sup>1691</sup> Véase, *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001/Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág.40.

<sup>1692</sup> En general, *la estructura del Estado y las funciones de sus órganos no se rigen por el derecho internacional.* Incumbe a cada Estado decidir cómo estructurar su administración y qué funciones ha de asumir el gobierno. Si bien el Estado sigue siendo libre de determinar su estructura y funciones internas con arreglo a sus leyes y su práctica, el derecho internacional tiene una función

incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca. En razón a ello, el comportamiento de los órganos del Estado que se exceden en el ejercicio de su competencia puede también atribuirse al Estado según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición de esos órganos según el derecho interno.

Las condiciones en que un comportamiento se atribuye al Estado, precisa la CDI, es como sujeto de derecho internacional a los efectos de determinar su responsabilidad internacional, y, no como sujeto de derecho interno<sup>1693</sup>, por lo que un Estado no puede eludir sus responsabilidades internacionales en caso de la ocurrencia de un daño ambiental, alegando un simple proceso de subdivisión interna de competencias, en razón que un Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada según el derecho interno.

De tal manera, que cuando un daño ambiental transfronterizo, es cometido una persona o entidad, incluida una empresa pública e incluso privada, a condición que esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, y siempre y cuando el comportamiento de la entidad guarde relación con el ejercicio de las atribuciones del poder público que le corresponden, el Estado de origen puede ser considerado responsable, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos.

#### **a.- La dificultad de probanza del factor de atribución a un Estado como autor de los daños ambientales transfronterizos accidentales y no accidentales.**

En principio, como sostiene PIGRAU, la responsabilidad parece limitada a supuestos de contaminación transfronteriza derivada de accidente, en que se pueda atribuir culpa al Estado bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad, es decir en los que este Estado no haya tenido la debida diligencia para evitar la producción de tal accidente (*fault liability*)<sup>1694</sup>. El problema como advierte STUART BELL<sup>1695</sup>, es que la desventaja de que un Sistema de responsabilidad se base en negligencia es que es un *sistema de culpa*; para tener éxito, tiene que probar la culpa del responsable y que, en los casos de daños ambientales, esto puede ser difícil, lento y costoso. Y más aún lo será si es a nivel de daños ambientales transfronterizos, en donde se tiene que probar la culpa de un Estado.

---

propia que desempeñar. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésima tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 40.

<sup>1693</sup> En derecho interno, es habitual que el «Estado» se subdivida en una serie de entidades jurídicas distintas. Por ejemplo, los ministerios, los departamentos, las unidades integrantes de todo tipo, las comisiones o sociedades estatales pueden tener una personalidad jurídica separada según el derecho interno, con cuentas separadas y responsabilidades separadas. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésima tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 40.

<sup>1694</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica, Editorial Cameron May, Londres, pág. 115.

<sup>1695</sup> The negligence (as with nuisance) requires proof that the defendant has caused damage to the claimant. Particularly in the so-called 'toxic tort' cases, this may be difficult, time-consuming and expensive. STUART BELL, LLB Hons, Barrister and Donald MCGUIVRAY LLB Hons, MA, “Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment”, Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, pág. 268- 269.

Esta tesis, tiene contenido práctico en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, tal y como se advierte, de los trabajos de la CDI, se analiza si por «culpa» se entiende la existencia, de una intención de causar daño, no obstante, a falta de toda exigencia específica de un elemento mental en lo que atañe a la obligación primaria, lo único que contaría sería el acto del Estado, con independencia de cualquier intención. Por lo que, para el derecho internacional tradicional, un hecho ilícito es el incumplimiento de la obligación que *le atañe a un Estado*, tal y como explica PIGRAU, criterio que consiste en que el hecho- acción u omisión-debe haber sido realizado por un órgano del Estado<sup>1696</sup>, este, solo debe asumir las consecuencias jurídicas que implica la comisión de dicho hecho jurídicamente anormal. Es en este contexto, que surge la dificultad de probanza del factor de atribución a un Estado como autor de los daños ambientales transfronterizos accidentales, pues en este caso se tiene que probar el denominado *dobles test de la diligencia debida*, relacionado con la probanza de la negligencia de los órganos del Estado<sup>1697</sup>, respecto al cumplimiento de una obligación internacional, de tal manera, que sólo hay responsabilidad, si se prueba su incumplimiento, caso contrario, no hay responsabilidad por el hecho ilícito del Estado.

Es en atención a lo expuesto, que, dada la dificultad, de probanza del factor de atribución a un Estado como autor de los daños ambientales transfronterizos accidentales, que las víctimas, vienen optando por recurrir a la responsabilidad causal, en donde, es el explotador privado, quien asume responsabilidad objetiva y directa por el pago de indemnizaciones, y no así los Estados, que algunos en estos sistemas sólo la asumen subsidiariamente. Un sector de la doctrina, sostiene que esta tendencia es coherente con el tipo de responsabilidad que requieren las actividades de riesgo y puede ser necesaria cuando el daño transfronterizo puede adquirir dimensiones catastróficas, de manera que los seguros no alcancen a cubrir las enormes indemnizaciones requeridas<sup>1698</sup>. No obstante, se hace notar, que este tipo de responsabilidad, encuentra más apoyo entre quienes se rehúsan a asignarle a los Estados responsabilidad directa en el derecho internacional, por los daños ambientales transfronterizos, por lo cual, no soluciona el problema de la probanza del factor de atribución a un Estado como autor de los daños ambientales transfronterizos accidentales en la responsabilidad por los hechos ilícitos.

El sistema general de responsabilidad internacional de los Estados, se trata en puridad de un sistema subjetivo de responsabilidad, el mismo, que dificulta la probanza el factor de atribución a un Estado como autor de los daños ambientales transfronterizos accidentales, más no de los daños ambientales no accidentales. En el sistema de responsabilidad internacional, sólo se puede responsabilizar, a un Estado, por incumplimiento de una obligación. En ese sentido, en los casos de daños no accidentales, no hay manera de atribuírsele responsabilidad alguna a un Estado porque no hay obligación que cumplir, pues en

---

<sup>1696</sup> El Derecho internacional solamente considera hecho del Estado el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento, o si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones o, finalmente, si el Estado asume ese comportamiento como propio. PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, Antoni Pigrau Solé, (Eds.), Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica, Editorial Cameron May, Londres, pág.106-116.

<sup>1697</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica, Editorial Cameron May, Londres, pág.106-116.

<sup>1698</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión De Derecho Internacional*”, Documento A/CN.4/459, Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1994, Vol. II, Primera Parte, pág.141-163.



todo caso, se tratarían de daños ocasionados por la naturaleza. Siendo ello así, la responsabilidad está limitada a supuestos de contaminación transfronteriza derivada de un accidente, dejándose en indefensión los daños ambientales transfronterizos no accidentales. En estos casos, la doctrina actual, sugiere recurrir a otras soluciones, como aplicarse el principio de responsabilidad universal, así como *la socialización de la responsabilidad*<sup>1699</sup>, las mismas que se podrían aplicar a la responsabilidad a fin de resolver la problemática de la reparación no sólo de los daños ambientales transfronterizos accidentales, sino también de los daños no accidentales, en estos últimos a través de los consorcios de Estados de origen y Estados víctima.

#### **b.- El limitado criterio de atribución de responsabilidad internacional en materia ambiental a los Estados.**

En el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, el limitado criterio de atribución al Estado de la responsabilidad internacional ambiental, ha generado el mayor problema, a efectos de encarar con satisfacción la reparación de los daños ambientales transfronterizos. Esta situación, es motivo de preocupación por parte de la doctrina especializada en la materia, pues hay consenso en que la dificultad estriba en que, en la mayoría de casos, los daños al medio ambiente están provocados por la actividad de particulares y no por actividades directas del Estado, situación que motiva, la evasión de responsabilidad por parte de los Estados, pues estos responden sólo por sus actos propios.

Los Estados, no pueden dejar de cumplir con la obligación de prevención, y de debida vigilancia, de todo daño ambiental, independientemente de quien realizó la actividad, sean públicos y privados. Por lo que de manera conexa, cabe atribuir al Estado el incumplimiento de su propia obligación de prevención, vigilancia o control por parte de los órganos del Estado cuando dicho incumplimiento haya posibilitado la actuación ilegal de los particulares<sup>1700</sup>. Ello en razón a que la responsabilidad de los Estados, no sólo es por comisión, sino por *omisión de los actos de prevención, de debida diligencia*, estamos ante una violación de la obligación de derecho internacional por parte de los Estados en materia de protección ambiental. A ello se agrega, que, en puridad, hay una responsabilidad compartida, pues las actividades ambientalmente peligrosas realizadas por los operadores privados, al ser permitidas por los Estados, es justo que asuman no sólo las consecuencias positivas, pues se tratan de actividades económicas que son de interés también para los Estados, sino también las negativas, como lo es un daño ambiental transfronterizo.

El problema, de fondo, a efectos de dilucidar la distribución de la responsabilidad entre un Estado y un explotador privado, es que se ha tratado de poner a los Estados, en la misma situación que a los privados, y mayormente dejando recaer sólo en los privados la responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos, y algunas veces la tendencia dominante, observada en las opiniones en la Comisión, es que se opte por que la responsabilidad sea combinada del explotador privado y del Estado, en la que el primero asumiría la responsabilidad primaria y el segundo la responsabilidad subsidiaria, originando

---

<sup>1699</sup>Esta forma de socialización de los daños está de acuerdo con la filosofía básica subyacente en todas las actividades que son peligrosas, pero que se permiten porque son útiles a la sociedad (nacional o internacional, según sea el caso) una vez hecho el balance de sus ventajas e inconvenientes. Nadie, ni siquiera el explotador, debería cargar con los costos que significan los daños causados por accidentes inherentes a la actividad, "*sino toda la sociedad que con ella se beneficia*". Véase, "*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*", Documento A/CN.4/459, Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1994, Vol. II, Primera Parte, pág.141-163.

<sup>1700</sup>PIGRAU SOLE, Antoni, "*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*", en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág.106-116.

situaciones de injusticia distributiva de la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos. Ante esta situación, un orador, al interno de los Trabajos de la CDI, <sup>1701</sup> como un intento de revertir dicha situación, y de distribuir equitativamente la responsabilidad, propone:

i) Cuando un Estado no dejara de cumplir con su obligación de prevención, a juicio de algunos miembros de la CDI, el explotador debía asumir la responsabilidad, y podía atribuirse en tal caso al Estado una responsabilidad subsidiaria. El asunto, es que, en estos casos, muchas veces por la gravedad de los daños ambientales, los privados no pueden asumir dicha responsabilidad, dejando en indefensión a las víctimas y al medio ambiente, por lo que, en tal caso, es necesario, que el Estado asuma su rol protagónico en materia de protección del medio ambiente, y asumir responsabilidad directa, por dichos daños.

ii) Cuando las actividades que provocaban daños ambientales transfronterizos nocivos son realizadas directamente por los Estados, por ser los explotadores, y además los Estados, no cumplieron con el deber de prevención, debe plantearse la posibilidad, de que el Estado debe ser directamente responsable de dichos daños. En estos casos, lo justo, es que los Estados, deben ser directamente responsables, pues se concentran dos situaciones, como autor directo del daño, y por violación a la obligación de prevención y debida diligencia por los daños ambientales transfronterizos.

iii) En los casos, que hay responsabilidad por hecho ilícito del Estado, y subsidiaria de la responsabilidad civil del explotador por los daños causados por la actividad peligrosa. Los instrumentos respectivos ponen ciertas obligaciones a cargo del Estado y la responsabilidad es subsidiaria de la responsabilidad civil (objetiva) del explotador privado, pero sólo si existe una causalidad indirecta entre el incumplimiento de la obligación del Estado y la producción del daño. Se trata de una responsabilidad mixta, por un lado, se tiene que el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado, da lugar a la existencia de un hecho ilícito del Estado, y subsidiaria de la responsabilidad civil del explotador por los daños causados por la actividad peligrosa.

En la Convención para reglamentar las actividades sobre los recursos minerales antárticos, el párrafo 2 del artículo 8 determina ciertos tipos de daños por los cuales la responsabilidad del operador es objetiva. El apartado a) del párrafo 3, no obstante, contiene la siguiente disposición: el daño a que se refiere el párrafo 2 precedente que no hubiera ocurrido o persistido si el Estado patrocinante hubiese dado *cumplimiento a sus obligaciones con arreglo a esta Convención* respecto de su operador, acarreará, de acuerdo con el derecho internacional, responsabilidad de tal Estado patrocinante. Dicha responsabilidad estará limitada a la responsabilidad no satisfecha por el operador, por lo que hay responsabilidad del Estado, que se fundamenta en la relación jurídica entre el operador y el Estado patrocinante, que autoriza a realizar la actividad ambientalmente riesgosa.

Si bien se trata de intentos, positivos, de lograr que los Estados, asuman responsabilidad basados en el incumplimiento de una obligación, y no en la responsabilidad causal. El asunto es que el rol del Estado, debe ser más activo en la asunción de responsabilidad, pues se debe considerar la magnitud del daño ambiental transfronterizo, que debe repararse, causados a consecuencia de actividades que los Estados supieron que entrañaba riesgo ambiental e igualmente autorizaron, por lo que, no pueden satisfactoriamente ser asumidos sólo por los privados. *Lo justo, entonces es que asuman responsabilidad*

---

<sup>1701</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer periodo de sesiones, Naciones Unidas, 1991, Volumen. II, Primera Parte, pág.73-92

directa los Estados, asumiendo su rol protector del medio ambiente, pues dado la magnitud de los mismos, es muchas veces imposible que privados puedan reparar el daño ambiental transfronterizo.

### **2.2.2.- La atribución de un comportamiento de los actores privados al Estado**

Para el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, la norma general es que el único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como agentes del Estado<sup>1702</sup>. Así, la doctrina internacional especializada sostiene, que en el sistema por los hechos ilícitos no cabe atribuir al Estado hechos realizados por particulares<sup>1703</sup>. Y ello porque el Estado sólo responde en su calidad de sujeto internacional, en donde, los privados no tienen esa condición. Este es el dogma universalmente aceptado. De esta manera, se observa, que los Estados han limitado la posibilidad de extender su responsabilidad a los particulares, por una decisión de intereses, a fin de que el comportamiento de los particulares no puede ser atribuible a los Estados.<sup>1704</sup> Por esta limitación, los Estados, se desentienden de la responsabilidad de los daños ambientales transfronterizos, pese a que ellos mismos, por intereses, permiten, que los privados realicen actividades ambientalmente peligrosas.

Ello ocasiona graves dificultades, para aplicar el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados, a los casos de reparación de los daños ambientales transfronterizos, partiendo de la premisa que sólo es posible atribuirle un comportamiento al Estado como responsable “autor” del resultado de un daño ambiental transfronterizo, al comportamiento de los órganos del Estado, o de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público. Surgiendo la problemática en materia de responsabilidad ambiental, consistió en que, los daños ambientales mayormente lo ocasionan las actividades de los privados.

No obstante, desde el punto de vista del derecho internacional, si es posible que los comportamientos de los privados puedan ser atribuidos a los Estados. El fundamento central, es que por el derecho internacional impone a los Estados una obligación previa, consistente en un deber de prevención de daños ambientales transfronterizos, cuando en su territorio, o en un lugar bajo su jurisdicción o control, se realiza una actividad<sup>1705</sup> ambientalmente riesgosa. Así, NOVAK, sostiene que la obligación de prevención implica fundamentalmente, actuar con diligencia debida, es decir, el Estado asuma una conducta apropiada y proporcional al peligro que encierra la actividad desarrollada por él o *por un particular en su territorio*, o

---

<sup>1702</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 40

<sup>1703</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica, Editorial Cameron May, Londres, pág. 108.

<sup>1704</sup> A este respecto suele haber una estrecha relación entre el fundamento de la atribución y la obligación concreta supuestamente infringida, aun cuando los dos elementos sean teóricamente distintos. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la Comisión a la Asamblea General a la Labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones”, Volumen II, Segunda Parte, Documento A/CN. A/SER.A/2001 /Add.1(Parte 2), Naciones Unidas, Nueva York- Ginebra- 2007, pág. 40

<sup>1705</sup> Esta política de prevención viene cobrando cada vez más importancia, ya que en el caso de que se produzca un daño (y consecuentemente surja la responsabilidad del Estado), la reparación por lo general no logrará restablecer la situación que existía antes de producirse el suceso. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 463 al 465.

en un lugar bajo su jurisdicción o control<sup>1706</sup>. De tal manera que la conducta del Estado de origen es la que determinará si éste ha cumplido sus obligaciones no sólo por los actos propios del Estado, sino también por los actos de los privados. Así también lo observa, RODRIGUEZ, pues adquieren no solo las medidas aprobadas por los agentes oficiales del Estado, sino el control que haga el Estado *de los sujetos privados* que se encuentren bajo su jurisdicción<sup>1707</sup> para asegurar que otros Estados no serían perjudicados, como consecuencia de acciones desarrolladas en territorios bajo su jurisdicción.

Tal como observa AIZENSTATD, puede generarse responsabilidad internacional del Estado por hechos cometidos entre particulares, por ejemplo, cuando sus agentes tenían conocimiento de la situación y no tomaron medidas razonables para evitarla o cuando faltaron a su obligación de sancionarla.<sup>1708</sup> Tal responsabilidad se justifica, porque son los Estados, quienes otorgan las autorizaciones para la realización de las actividades ambientalmente peligrosas a los privados, para ser realizadas en el territorio dentro de su jurisdicción o bajo su control, y por tanto es justo que asuman también las consecuencias negativas de las referidas autorizaciones; más aún cuando las referida actividades, son beneficiosas económicamente para los Estados.

A lo anterior se une la obligación de diligencia que deben cumplir los Estados consistente en velar porque las actividades dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción<sup>1709</sup>. Al respecto PIGRAU, precisa que los Estados, deben cumplir con la obligación de debida diligencia, esto es, de velar porque el comportamiento de los privados no ocasionen daños ambientales transfronterizos que repercutan en el territorio de otros Estados, siendo que, el incumplimiento de dicha obligación acarrea responsabilidad internacional, pues según el derecho internacional, cabe atribuir al Estado el incumplimiento de su propia obligación de prevención, vigilancia o control, de persecución y castigo de los responsables<sup>1710</sup> por parte de los órganos del Estado, cuando dicho incumplimiento haya posibilitado la actuación ilegal de los particulares. El carácter consuetudinario, consistente en que los Estados deben de observar la obligación de *la debida diligencia* en materia ambiental, es reconocido en la doctrina. Esta obligación se deriva del deber de actuar con la debida

---

<sup>1706</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpressa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 469 al 470.

<sup>1707</sup> El concepto jurídico de la *diligencia debida* pone de relieve la obligación estatal de garantizar la efectividad de sus deberes en relación con los derechos de sujetos de derecho internacional, de modo particular en aquellos casos en que ni el autor de posibles violaciones ni sobre quien recaen esas acciones son agentes estatales. RODRIGUEZ, John, “*La responsabilidad internacional del estado: el caos de las plantas de celulosa y los bloqueos en el río Uruguay*”, En Revista “*International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*”, noviembre 2007, N° 10, Pontificia Universidad Javariana, Bogotá, pág. 69

<sup>1708</sup> En estos casos la responsabilidad estatal no exime al individuo de su responsabilidad individual y tampoco la responsabilidad individual debe eximir al Estado de su propia responsabilidad internacional. El nuevo enfoque en la responsabilidad del individuo es un avance bienvenido producto del establecimiento de los tribunales *ad hoc* y de una nueva orientación sobre el papel de los individuos en el derecho internacional. AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “*La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 7 a 8.

<sup>1709</sup> La CIJ, en su opinión consultiva del 08 de julio de 1996, sobre el empleo de armas nucleares, observó que la existencia de la obligación general, de que los Estados velen por que las actividades dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del conjunto de normas internacionales en materia de medio ambiente. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, Vol. II, Primera Parte, Documentos del Quincuagésimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/487y Add.1, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág.200.

<sup>1710</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 108.

diligencia y se refiere a la práctica consagrada por los Estados, relativa a utilizar racionalmente los recursos de su territorio. La debida diligencia hace referencia a la responsabilidad que tiene el Estado de no contaminar y de aplicar las medidas de carácter legislativo y administrativo con las sanciones civiles o penales correspondientes<sup>1711</sup>. Al respecto la CIJ, en el asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina vs Uruguay) (2010)<sup>1712</sup>, la Corte consideró que el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la *diligencia debida* que se requiere de un Estado, esto es que, no debe permitir, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados, obligación que es parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente.

Por lo que, en virtud de la debida diligencia, los Estados tienen la obligación de actuar de manera diligente, a través de diferentes mecanismos a fin de usar racionalmente los recursos de su territorio y evitar ocasionar daños al territorio de otros Estados. De lo que se trata es que, los Estados asuman responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos ocasionados por los privados, asumiendo su rol protector del medio ambiente, y, en consecuencia, esta es una de las maneras como los Estados, vía el incumplimiento de la obligación de la debida diligencia, puedan ser finalmente responsabilizados.

Ante esta situación, el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, debe adecuarse a la existencia de un fenómeno ambiental y a su naturaleza especial, en donde los Estados, ya sea como autores directos o mediatos de dichos resultados, deben ser parte activa de la reparación de los daños ambientales transfronterizos, para lo cual, amerita por parte del derecho internacional que este vacío normativo sea llenado de contenido con una norma que responsabilice a los Estados directamente por dichos daños.

### **2.2.3.- El interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos”.**

Se observa, de la normativa internacional, y de la práctica de los Estados, “el interés compartido por los Estados para restringir la asunción de responsabilidades”.<sup>1713</sup> Y esta es una conducta demostrada por los Estados a través de los últimos tiempos, y ello se debe a que, los Estados, han preferido, asumir la responsabilidad causal, subsidiarias, limitando siempre su responsabilidad, cuando se trata de la reparación de los daños ambientales transfronterizos. SANDS, sostiene que los Estados siguen siendo reacios a establecer reglas que tienen el potencial de imponer restricciones significativas en la realización de actividades potencialmente peligrosas<sup>1714</sup>. Tal situación, se hace evidente al interno de los Trabajos de la CDI, en donde los miembros delegados de los Estados miembros de dicha comisión, salvo algunas

---

<sup>1711</sup> AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, Najman Alexander “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, *Anuario mexicano de derecho internacional, versión impresa* ISSN 1870-4654 vol.12, enero 2012, México. En: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php/script>.

<sup>1712</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay (Argentina C. Uruguay)*. Reports. 2010. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en).

<sup>1713</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág. 109.

<sup>1714</sup> States remain reluctant to put in place rules which have the potential to impose significant constraints on the conduct of potentially hazardous activities, as well as being aware of significant costs to the public sector. This is particularly reflected in the amendments to the 1963 Vienna Convention on civil liability for nuclear damage, and in the remote prospects for the entry into force of the 1993 Lugano Convention. States also appear unwilling to bring claims against other states for environmental and other damage even where there might be good legal grounds for doing so, as the practice following the Chernobyl accident indicated. SANDSQ C, Phillippe, “*Principles of International Environmental Law*”, Second Edition, Cambridge University Press, London, pág. 938-939.

excepciones, comparten el interés de que los Estados no asuman responsabilidad directa, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos.

La pregunta es, *¿por qué los Estados limitan la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos”?* Existen, razones importantes de fondo por parte de los Estados, se prefiere más la responsabilidad causal, que la responsabilidad por ilicitud, para limitar su responsabilidad en caso de ocurrencia de un daño ambiental de dicha naturaleza, basados por razones prácticas importantes, consistentes en: i) Sus sostenedores entienden que así se le asignaría una mayor importancia a la prevención, sobre la reparación; y de tal manera que se proporciona la base de la responsabilidad en las obligaciones de prevención; más que en las obligaciones concretas de reparación; ii) las obligaciones de comportamiento de cualquier actividad ambientalmente riesgosa, no deben entorpecer la libertad de iniciativa en el territorio de los Estados de origen<sup>1715</sup>; iii) en caso de que se produjeran daños, facilita las razones, para invocar la responsabilidad subsidiaria del Estado cuando el explotador privado no puede cumplir con repararlo, ya sea por imposibilidad de identificar al explotador responsable, o porque son resultado de las actividades ordinarias de Estados industrializados, como en el caso del agotamiento de la capa de ozono<sup>1716</sup>. De esa manera, los Estados, sólo asumen responsabilidad subsidiaria; iv) los Estados, deben asumir responsabilidad sólo en los casos que no es posible encarar con éxito la reparación del daño ambiental, sobre la base de la idea prioritaria que la reparación es exclusiva de los privados.

Asimismo, existen, razones de fondo por los cuales, se aboga en favor de que los Estados asuman la responsabilidad causal: a) Se trata de actividades no prohibidas por el derecho internacional; b) se parte, de la premisa, de que, en la responsabilidad causal, la víctima inocente no deberá soportar «exclusivamente» el daño que sufra como consecuencia de una actividad de riesgo llevada a cabo en otro Estado<sup>1717</sup>; c) una actividad presumiblemente útil no sólo para el Estado en que se emprendía, quien actuaba como «pionero» del adelanto tecnológico, no debe resultar ocasionalmente afectado por el perjuicio; d) las obligaciones de prevención pueden imponer sobre el Estado de origen considerables erogaciones, que podrían ser traídas a colación en el momento de reparar; y que deben ser evitadas; e) en la generalidad de las actividades de riesgo emanadas de la tecnología moderna todos son víctimas y victimarios; pues las actividades de riesgos se desarrollan en casi todos los países y los afectados de hoy pueden ser los Estados de origen de mañana<sup>1718</sup>; f) otra preferencia, está relacionado con las razones que fundamentan el concepto del daño, el mismo que es tan particular respecto a la responsabilidad causal y

---

<sup>1715</sup> Acaso haya también otras razones prácticas importantes: temor a que las obligaciones de comportamiento en las fases iniciales de cualquier actividad entorpezcan inadmisiblemente la libertad de iniciativa en el territorio de los Estados de origen y a que prevalezca así la soberanía territorial del Estado afectado sobre la del de origen por la creación de un virtual veto contra el desarrollo de actividades útiles en su territorio, etc. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documento A/CN.4/405. Tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial Naciones Unidas, 1988, Volumen. II, Primera Parte, pág. 272.

<sup>1716</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, 1991, Volumen. II, Primera Parte, pág. 73-92.

<sup>1717</sup> Se ha señalado igualmente que los posibles regímenes de responsabilidad por actos no prohibidos pueden variar de los que establecen una responsabilidad meramente objetiva (*strict*) a aquellos en que la responsabilidad es absoluta (*absolute*) en el sentido de que no se admite ninguna causa de exoneración de responsabilidad si consta la existencia de la relación de causalidad. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág. 267.

<sup>1718</sup> Las actividades de riesgos serían, en primer lugar, las que manejan cosas intrínsecamente peligrosas o que pueden serlo por el lugar, el medio o la forma en que son empleadas. Intrínsecamente peligrosas serían, por ejemplo, los explosivos, los materiales radiactivos, o tóxicos, o inflamables, o aquellos cuyo contacto o cercanía producen daño al organismo humano o al medio ambiente. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documento A/CN.4/405. Tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial Naciones Unidas, 1988, Volumen. II, Primera Parte, pág. 262.

tan diferente, en el campo de la ilicitud. Y además la reparación en materia de responsabilidad por ilicitud, es relativamente multiforme, la reparación en el campo de la responsabilidad causal, tomará preponderantemente la forma de la compensación monetaria.

Ahora bien, mucho antes de llegar a caer en el campo de responsabilidad internacional por causa de ilicitud, existen momentos de aplicación de las normas pertenecientes al ámbito de la responsabilidad causal: i) *Primero*: el Estado autor, si el riesgo de pérdida o daño era previsible, se habrá visto fuertemente incitado a tomar, en consulta y previa negociación con los Estados que puedan resultar afectados, las disposiciones debidas con objeto de minimizar los riesgos y obtener una cobertura adecuada de todos los riesgos que se consideren inevitables y aceptables; ii) *Segundo*: a falta de acuerdo, el Estado autor habrá tenido la obligación de elaborar su propio régimen, basado en su propia estimación consciente de los peligros a que pueden quedar expuestos otros Estados y sus ciudadanos; iii) *Tercero*: de no ser esto posible, si se produce la pérdida o el daño, el Estado autor puede negociar una transacción con el otro Estado o los otros Estados interesados basada en una reconstitución de su comportamiento efectivo en relación con la actividad y en los términos que razonablemente habría incluido un régimen de prevención y reparación.<sup>1719</sup> Y sólo si no se procede a la reparación debida de daño y no antes de que haya llegado ese momento aparece a responsabilidad ilícita, en el momento deben darse por agotados los pasos previos.

Por tanto, esta situación, engorrosa, determina, que es muy difícil que se le pueda responsabilizar a un Estado por los daños ambientales transfronterizos. Pues se ha construido un sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos, engorroso el mismo que para ponerse en funcionamiento, se deben cumplir con pasos previos, y sólo si se incumple con la obligación de reparar se cae en el campo de la responsabilidad internacional por causa de ilicitud y ello es así, pues el objetivo, es tratar en lo posible que los Estados, no asuman responsabilidad directa de los daños ambientales transfronterizos. Estas razones, son los que impiden que exista responsabilidad directa de los Estados, optándose en cambio por sistemas de responsabilidad ambiguos, basados principalmente en la responsabilidad causal y subsidiaria, sistemas que no resuelven a satisfacción la problemática de la reparación de los daños ambientales.

El tratamiento de la responsabilidad por daños transfronterizos en los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente a través de la práctica convencional, son los regímenes internacionales de responsabilidad relativos a la responsabilidad civil que abordan la cuestión de la responsabilidad de los explotadores<sup>1720</sup> POSCH, precisa que estos convenios prevén sistemas de compensación elaborada, pero limitado. Existen limitaciones especialmente en cuanto a la aplicación territorial, los tipos de daño resarcible y las cantidades de compensación disponible. No obstante estos regímenes son los que más se han desarrollado, y esto obedece a que tal como la práctica ha demostrado, el principio de responsabilidad internacional de los Estados encuentra serias dificultades para su aplicación en el ámbito medioambiental, al margen de su consagración como principio general de derecho internacional y de los esfuerzos de la CDI, pues los

---

<sup>1719</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo cuarto período de sesiones, Naciones Unidas, 1982, Volumen. II, Primera Parte, pág. 66.

<sup>1720</sup> These conventions provide for elaborate, but limited, compensation systems. Limitations exist especially with regard to the territorial application, the types of compensable damage and the amounts of compensation available. Compensation for impairment of the environment is only awarded by the oil pollution conventions and the new nuclear liability conventions, but not by the 1960 Paris Convention and the 1963 Vienna Convention. Liability is strict, covered by mandatory financial security, and exclusively channeled to the ship owner or the operator of the nuclear installation. Claims may also be brought directly against the insurer or another person providing for financial security. POSCH, Willibald, “*Some observations on the law applicable to trans frontier environmental damage*”, POSH IN HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Edited by Cambridge University Press, 2008, New York, pág. 642-648.

Estados no se muestran muy dispuestos a admitir su responsabilidad por daños al medio ambiente sino que canalizan la responsabilidad objetiva hacia los operadores de la actividad privada.

La tendencia general mostrada por los Estados para evitar asumir la responsabilidad directa en el sistema internacional por hechos ilícitos, ha determinado, que evadan la misma, a través del establecimiento de convenios sectoriales, relativos a la realización de actividades no prohibidas. Esta corriente del Derecho Internacional, en materia de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, se debe a la resistencia de los Estados a asumir responsabilidad directa por los daños ambientales transfronterizos. Los Estados acuciados por la imperiosa necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses económicos de la industria a no asumir la totalidad de los riesgos y el interés de las víctimas a obtener una reparación íntegra del perjuicio, han concluido una serie de convenios internacionales sobre responsabilidad civil por contaminación en aquellos ámbitos donde el riesgo y la magnitud del perjuicio son más elevados. De esta manera, los Estados, se escudan en dichos convenios, para mostrar un interés vital en proteger su entorno natural o medio ambiente, para asegurar una justa reparación de los daños transfronterizos a los Estados víctimas, y a quienes personalmente han de soportarlo, sean o no nacionales suyos, no obstante, el objetivo, es no asumir responsabilidad directa por la reparación de los daños ambientales transfronterizos.

En estos tratados se establecen mecanismos de responsabilidad civil que regulan a compensación por daños que debe satisfacer quien opera la actividad causante de los mismos a los perjudicados, con independencia de que operadores y perjudicados sean particulares o Estados, lo que permite eludir los intrincados problemas de la responsabilidad internacional por los hechos internacionalmente ilícitos.<sup>1721</sup> Estos convenios, son sectoriales: En el ámbito de la energía nuclear, en el ámbito de los hidrocarburos, en el ámbito del transporte de mercancías peligrosas, en el ámbito de los residuos peligrosos, y en el ámbito de accidentes industriales en las aguas transfronterizas.

El traslado de la responsabilidad de los Estados a los actores privados, a través de convenios internacionales sectoriales se puede explicar, por los beneficios que ello implica para los Estados, en razón a que los convenios apoyan la atribución de la obligación primordial de responsabilidad a los explotadores privados, con el fin último de que los Estados no asuman responsabilidad directa, pues se define claramente el límite de la obligación de los Estados, en los mismos: i) tomar las medidas necesarias para protegerse contra el daño transfronterizo, y actuar frente a él de manera limitada; ii) garantizar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción y control no le van a ocasionar mayores gastos, por la reparación de los daños ambientales que ocasionen los mismos; iii) velar por la inexistencia de un régimen general y obligatorio en donde se admita la aplicación automática del principio de la responsabilidad causal del Estado, aunque fuese solo responsabilidad subsidiaria; iv) asegurar que sean los privados, a donde se deben dirigir las víctimas, para obtener indemnización y reparación respecto del daño transfronterizo causado por actividades realizadas bajo su jurisdicción y control<sup>1722</sup>; v) estableciendo la responsabilidad objetiva de naturaleza civil a cargo de una persona o personas privadas, por la indemnización por daño transfronterizo<sup>1723</sup>, por lo que no exige el incumplimiento de una obligación

---

<sup>1721</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, pág.106-116.

<sup>1722</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer periodo de sesiones, Naciones Unidas, 1991, Volumen. II, Primera Parte, pág. 73-92.

<sup>1723</sup>Una vez completado el tema de la prevención con las medidas de respuesta que se proponen en el capítulo I, y que como quiera que se las llame no serían —según se intenta demostrar— en ningún caso medidas de reparación del daño transfronterizo, correspondería considerar las dos formas de responsabilidad que se originarían en los artículos del proyecto en examen: una, la



internacional de los Estados para tener efecto, pues la responsabilidad objetiva es del explotador privado, en donde los Estados, no asumen responsabilidad objetiva directa; vi) no hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito en los convenios sectoriales, pues en general, en convenios sectoriales que tratan de la responsabilidad por daños causados por actividades peligrosas no incluyen “obligaciones de prevención” o la “obligación general de reparar el daño ambiental” y por lo tanto el Estado no tiene responsabilidad alguna<sup>1724</sup>. Siendo ello así, los Estados no asumen la responsabilidad pues no existe la obligación general y directa que los obligue a reparar el daño ambiental transfronterizo.

Son tan importantes para los Estados perpetuar, este sistema de responsabilidad por los daños ambientales, que incluso, existen trabajos de uniformización y armonización en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente, no obstante, como señala VANAIXA, existen dudas respecto a la posibilidad de reclamar la responsabilidad internacional del Estado por la actividad generadora de los daños, en estos sistemas<sup>1725</sup>. Ello, se explica, porque la respuesta del Derecho Internacional Público, aún no es claro, para las víctimas del daño ambiental transfronterizo. Esta es la forma, como los Estados, de manera sistemática, evaden asumir la responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos en el sistema internacional por los hechos ilícitos, trasladando a los privados dicha responsabilidad, en el sistema de responsabilidad civil. Conducta sistemáticamente evasiva de los Estados a no asumir su obligación de prevención y de reparación de los daños ambientales transfronterizos, por lo que se hace necesaria voluntad política de la comunidad internacional, para que los Estados asuman responsabilidad directa, por los daños ambientales.

### **2.3.-Las dificultades que encuentra la obligación de reparar el daño ambiental transfronterizo en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos.**

#### **2.3.1.- La reparación, el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos.**

En el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, respecto al tema de la reparación, esta sólo es posible, a partir del momento en que se determina la responsabilidad de un Estado, por la violación de una obligación internacional,<sup>1726</sup> pues al no ser una responsabilidad directa, sólo en este momento, el daño ambiental transfronterizo, puede ser reparado. Lo positivo, es que, en este

---

responsabilidad del Estado por violación de las obligaciones de prevención, que es una responsabilidad por hecho ilícito, y otra, la responsabilidad objetiva propia —en principio— del explotador privado. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documento A/CN.4/459, 1994, Vol. II, Primera Parte, Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, pág.141-163.

<sup>1724</sup>Como sucede en la Convención de Lugano, o tiene una responsabilidad objetiva y excluyente, como en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, o bien responde en forma subsidiaria a la responsabilidad del particular por el pago de las indemnizaciones por accidentes derivados de las actividades de que se trate. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documento A/CN.4/459, Vol. II, Primera Parte, Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1994, Vol. II, Primera Parte, pág.149.

<sup>1725</sup>Pues los convenios sectoriales que tratan de la responsabilidad por daños causados por actividades peligrosas no hacen ninguna referencia expresa a la responsabilidad internacional del Estado; otros lo hacen parcialmente y otros hacen remisión expresa a las normas de Derecho internacional públicos sobre la responsabilidad. VANAIXA MIQUEL, Mónica, “La Responsabilidad Civil Por Contaminación Transfronteriza da Derivada De Residuos”, Edit. Universidad Santiago de Compostela, 2006, pág.73-99.

<sup>1726</sup>Una diferenciación de ese tipo entre la restitución y la demanda más amplia de reparación estaría también en consonancia con la estructura y el planteamiento adoptados en la primera parte del proyecto, que está basada en el incumplimiento de una obligación internacional más que en el daño causado. “Anuario de la comisión de Derecho Internacional”, Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, pág.201.

sistema, la reparación consiste en borrar todas las consecuencias del hecho ilícito; por lo que ello trasladado al campo de la responsabilidad internacional ambiental, una vez establecida la responsabilidad internacional de un Estado, la reparación del daño implica revertir la situación que existía, y que, con toda probabilidad, no hubiera existido de no haber mediado el daño ambiental transfronterizo.

Siendo ello así, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, lo que se busca es restablecer la situación, que existiría si no se hubiera cometido el hecho ilícito. En atención a lo expuesto, en el sistema general por los hechos ilícitos, es preferible mantener aquí la palabra «reparación» y no utilizar otras como «compensación», que parecen referirse exclusivamente a un pago en dinero,<sup>1727</sup> que mayormente, es la característica, de la reparación en los sistemas de responsabilidad dentro del ámbito del derecho privado. Esto sólo, es posible, porque se recurre a todos los medios que también el derecho ha considerado idóneos para la reparación: la restitución en especie, la indemnización por equivalente, la satisfacción, las garantías de no repetición, combinadas de forma que todos los aspectos del daño sean cubiertos<sup>1728</sup>, entre otros criterios.

Y ello es así, porque, en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, la reparación está expresada en la famosa norma de la *Usine de Chorzów*, que consiste en, “*borrar todas las consecuencias del hecho ilícito*”; esto es crear la situación que con toda probabilidad hubiera existido de no haber mediado el hecho ilícito.<sup>1729</sup> Tal y como se pronunció la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el fallo de 13 de septiembre de 1928 *Usine de Chorzów*, en donde la Corte observó que las reglas de reparación debían ser conformes con el principio de reparación integral enunciado, es decir, que la reparación debía eliminar las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, existiría si no se hubiera cometido el hecho,<sup>1730</sup> sentándose las bases, de la reparación en dicho sistema.

Así, el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos

---

<sup>1727</sup> Incluso en la situación extrema en que está excluida toda atribución al Estado de un comportamiento ilícito, existe cierta disposición a reconocer en principio una obligación de equidad de asumir por lo menos una parte de la carga de las consecuencias perjudiciales sufridas por una víctima inocente por medio o a causa de ese Estado. Sin embargo, los regímenes convencionales, incluidos los que regulan la cuestión de la responsabilidad, pueden perseguir, desde luego, objetivos distintos de la prevención o la reparación de consecuencias perjudiciales: su función es lograr que el derecho internacional contribuya a conciliar y armonizar el conjunto de actividades creadoras beneficiosas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del trigésimo segundo período de sesiones, Naciones Unidas, 1980, Volumen. II, Primera Parte, pág.270.

<sup>1728</sup> En suma, la reparación es una obligación impuesta por la norma secundaria como consecuencia de la violación de la norma primaria y su contenido, formas y grados han sido configurados por la costumbre internacional tal como la expresara la CPJI en el caso de la *Usine de Chorzów* “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del cuadragésimo séptimo Período de Sesiones, Documento A/CN. 4/468, Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 58.

<sup>1729</sup> La norma de la *Usine de Chorzów*, sin embargo, sirve obviamente de orientación, ya que no de estricta vara de medida, también en el campo de la responsabilidad *sine delicto* por razón de la razonabilidad y de la justicia que la inspiran. Es cierto que existen diferencias entre las circunstancias del daño producido por una conducta ilícita y las del daño causado por una conducta lícita, y que a ellas puede corresponder la diferencia del tratamiento legal, pero esa diferencia responde sobre todo a razones prácticas, como la magnitud de las cantidades aseguradas en el caso de un tope superior, o el hecho de que en la vida moderna todos somos contaminadores y contaminados a un tiempo en lo tocante al umbral. “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Documentos del cuadragésimo séptimo Período de Sesiones, Documento A/CN. 4/468, Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 59.

<sup>1730</sup> “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1995, Vol. II, Segunda Parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo séptimo, DOCUMENTO A/50/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47. ° período de sesiones (2 de mayo-21 de julio de 1995), pág. 89.

(2001)<sup>1731</sup>, en el artículo 29, establece que las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada, esta es la gran fortaleza de este sistema. Más aún si como establece el artículo 30<sup>1732</sup>, el Estado está obligado: *a*) A ponerle fin si ese hecho continúa; *b*) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. No obstante, la debilidad, del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, consiste en que para determinar la reparación (artículo 39<sup>1733</sup>), se debe tener en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación, por lo que en puridad se trata de un sistema de naturaleza subjetivo.

En relación a la reparación, el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001), tal y como establece el artículo 31<sup>1734</sup>, el Estado responsable está obligado a “reparar íntegramente” el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito, comprendiendo que todo daño, tanto material como moral, se trata de la aplicación del principio de reparación integral en toda su magnitud. Asimismo, el proyecto de artículos, en el artículo 34<sup>1735</sup>, establece que la reparación será integral, y que la misma adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción. La restitución según el artículo 35<sup>1736</sup>, implica restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que sea materialmente posible; y que no sea desproporcionada con

---

<sup>1731</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001), CAPÍTULO I. Principios Generales. Artículo 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación. Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

<sup>1732</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo I. Principios Generales. Artículo 30. Cesación y no repetición. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: *a*) ponerle fin si ese hecho continúa; *b*) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

<sup>1733</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo II. Artículo 39. Contribución al perjuicio. “Para determinar la reparación” se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

<sup>1734</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo I. Principios Generales. Artículo 31. Reparación.1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

<sup>1735</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo II. Artículo 34. Formas de reparación. La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

<sup>1736</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo II. Artículo 35. Restitución. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: *a*) No sea materialmente imposible; *b*) No entrañe una carga totalmente es proporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización, caso contrario, según lo establecido en el artículo 36<sup>1737</sup>, el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado la misma que cubrirá todo daño susceptible de valuación financiera, incluido el lucro cesante debidamente comprobado.

Hay una tercera alternativa establecida en el artículo 37<sup>1738</sup> del proyecto citado, consistente en la satisfacción siempre que el perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización, la misma que consiste en el reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. Y destaca, el hecho, que según el artículo 38<sup>1739</sup>, se debe pagar intereses desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago. Siendo ello así, en términos generales, se puede afirmar que el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, es adecuado en materia de responsabilidad internacional ambiental, de ser aplicado a un caso en concreto, pues constituye la mayor protección en materia de reparación por los daños ambientales transfronterizos, el mismo que debe ser emulado por los otros sistemas.

### **Tercera Parte**

#### **“Hacia un sistema responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos de naturaleza general, obligatorio y absoluto”**

##### **3.1.- La inexistencia de una norma de derecho internacional que establezca responsabilidad absoluta del Estado por daños ambientales transfronterizos.**

Actualmente en el derecho internacional los Estados han diseñado sistemas de responsabilidad internacional por los daños ambientales, mayormente a través de los convenios internacionales de tipo sectorial, en donde se ha establecido como practica aceptada de manera unánime, el traslado de la responsabilidad internacional a los privados, otras veces se difiere la regulación de la responsabilidad internacional ambiental a acuerdos ulteriores o remitiendo genéricamente a la cooperación de las partes

---

<sup>1737</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo II. Artículo 36. Indemnización. 1.El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

<sup>1738</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo II. Artículo 37. Satisfacción. 1.El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

<sup>1739</sup> El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001) Capítulo II. Artículo 38. Intereses. 1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado. 2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2007, pág. 31-35.

del convenio a desarrollar normas de responsabilidad a futuro, entre otras formas de escapatoria de responsabilidad. Ello ha dado como resultado que, salvo los regímenes convencionales de responsabilidad civil de tipo sectorial, no hay base consuetudinaria suficiente, ni tampoco voluntad por parte de los Estados, que permita el desarrollo de la responsabilidad internacional de los Estados sin ilícito<sup>1740</sup>, a consecuencia de los daños ambientales transfronterizos. Tal situación ha determinado que aún los Estados no aceptan, hasta la fecha, establecer una norma internacional general y obligatoria que establezca responsabilidad “directa”, “absoluta” o “estricta” del Estado por daños ambientales transfronterizos.

Por tal razón, observa SANDS<sup>1741</sup>, a pesar de que el conjunto de instrumentos internacionales de responsabilidad civil en vigor es impresionante, y el avance de la jurisprudencia también lo es, el problema es que, a nivel de la responsabilidad de los Estados, los avances del derecho internacional han sido limitados, pues los Estados siguen siendo reacios a establecer normas que tengan el potencial de imponer restricciones significativas en la realización de actividades potencialmente peligrosas, y además a imponerse a ellos mismas dichas limitaciones, pues aun cuando se muestran en la práctica dispuestos a presentar reclamaciones contra otros Estados por los daños ambientales, no están dispuestos a asumir voluntariamente responsabilidad directa por dichos daños, si en cambio, no han tenido ningún reparo en trasladar dicha responsabilidad a los privados.

A lo anterior, como ya se ha anotado, se suma el problema que, en el sistema de responsabilidad internacional general, no existe una norma internacional general y obligatoria que establezca responsabilidad “directa”, “absoluta” o “estricta” del Estado por daños ambientales transfronterizos, pues los Estados son responsables sólo por los actos (acciones y omisiones) que le pueden ser atribuidos o imputados. Así, el ilícito sólo ha de ser el hecho de un Estado<sup>1742</sup>. Esto es, los Estados sólo son responsables el incumplimiento de la obligación que le atañe a un Estado<sup>1743</sup>, en aplicación de uno de los principios rectores de la responsabilidad internacional,<sup>1744</sup> consistente en que la comisión de un hecho ilícito por parte de un Estado, el que determina su responsabilidad internacional<sup>1745</sup>. Este esquema de responsabilidad, así diseñado, dificulta su aplicación a la problemática de la reparación de los daños

---

<sup>1740</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 434.

<sup>1741</sup>The body of international civil liability instruments in force is now impressive, and the case law under some, such as the oil pollution rules, has established useful precedents on the basis of which further developments and innovations can be based. In regard to state liability that the ‘expeditious and more determined’ co-operation called for by Principle 13 of the Rio Declaration remains to be addressed. Since the 1972 Stockholm Conference, developments have been limited. The UN Compensation Commission may well have the responsibility of defining an approach which may be applied more broadly. SANDS QC, Phillippe,

“*Principles of International Environmental Law*”, Second Edition, Cambridge University Press, London, page 938-939.

<sup>1742</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 406.

<sup>1743</sup>*Hecho ilícito de un Estado*. El Derecho internacional solamente considera hecho del Estado el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento, o si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones o, finalmente, si el Estado asume ese comportamiento como propio. PIGRAU SOLÉ, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños al Medio Ambiente*”, En «*Derecho Internacional del Medio Ambiente*» Editado por Francesco Sindico, Rosa Fernández Egea y Susana Borrás Pentinant, Op. Cit., pp.106-116.

<sup>1744</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, páginas 395-396.

<sup>1745</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, páginas 396-397.

ambientales, donde son mayormente los particulares, quienes ocasionan daños ambientales transfronterizos, toda vez que sus actos en sí mismos no son posibles de ser imputados a un Estado, a los efectos de deducir de ellos un ilícito que origine responsabilidad internacional<sup>1746</sup>. A ello, se suma que en el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados, el daño ambiental *per se*, no es fuente de responsabilidad internacional general, debido a que existe el dogma aceptado por el derecho internacional consistente en que las actividades ambientalmente riesgosas que ocasionan los daños ambientales transfronterizos, al ser mayormente producto de “*actividades autorizadas*” o “*no prohibidas por el derecho internacional*”, se encuentran en el umbral de actividades lícitas, esto es en el campo de la normalidad jurídica, razón por lo cual imposibilita atribuir dicho comportamiento a los Estados, pues en el referido sistema los Estados sólo son responsables por la comisión de hechos ilícitos.

Asimismo, se agrega la desventaja del sistema de responsabilidad general para poder atribuir la responsabilidad internacional a un Estado, por un daño ambiental transfronterizo, el ilícito del Estado como precisa REMIRO, consiste en no haber desplegado la diligencia debida para impedir (y, en su caso, reprimir) situaciones creadas por comportamientos de particulares. Eso es, el ilícito del Estado - y su responsabilidad internacional - pueden ser la consecuencia del incumplimiento, por sus órganos, de obligaciones que le incumben al Estado<sup>1747</sup>. En estos casos, se exige que debe previamente probarse la obligación en materia de protección ambiental, en especial las obligaciones de prevención del daño ambiental y de debida diligencia, pues como observa BELL, al ser obligaciones de comportamiento, previamente se tiene que determinar la negligencia o no de un Estado respecto del cumplimiento de una obligación internacional. Por lo que, en puridad se trata de un *sistema subjetivo de responsabilidad*; el mismo que para tener éxito, se tiene que probar la culpa del Estado de origen, probanza que, en los casos de daños ambientales transfronterizos, puede ser difícil, lenta y costosa<sup>1748</sup>, determinando la dificultad de aplicación del sistema general de responsabilidad ambiental, para resolver la problemática del daño ambiental transfronterizo.

A nivel de tratados que establezcan la posibilidad de que los Estados asuman responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos, a partir de la “responsabilidad directa de los Estados”, no abundan y no son generales.<sup>1749</sup> Ello ha determinado, que el único caso, de un tratado multilateral que prevé una responsabilidad objetiva o de riesgo asumido por el Estado contratante,<sup>1750</sup> sea el convenio sobre la responsabilidad internacional por daños derivados de las actividades espaciales llevadas a cabo en el espacio ultraterrestre, hecho en Londres, Moscú y Washington el 29 de mayo de 1972, en donde tanto en la parte general, como en el artículo 2 y 4 de dicho convenio,<sup>1751</sup> se establece que el Estado de lanzamiento

---

<sup>1746</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 410 a 411.

<sup>1747</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 410 a 411.

<sup>1748</sup> STUART BELL, LLB Hons, Barrister and Donald MCGUIVRAY LLB Hons, MA, “*Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, page.268- 269.

<sup>1749</sup> ROJAS QUIÑONES, Claudia María, “*Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación En Colombia*”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1ra Edición, 2004, Perú, pág. 157-164.

<sup>1750</sup> ARBOUR, Jean-Maurice, Sophie LAVALLEE, «*Droit International De L'environnement*», Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec-Canadá, pág.720-722.

<sup>1751</sup>“Article 2. A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft in flight. Article IV. 1. In the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the earth to a space object of one launching State or to persons or property on board such a space object by a space object of another launching State, and of damage thereby being caused to a third State or to its natural or juridical persons, the first two States shall be jointly and severally liable to the third State, to the extent indicated by the following:(a) If the damage has been caused to the

tiene *la responsabilidad absoluta* por los daños causados por el objeto espacial sobre aeronaves en vuelo o a su regreso a la superficie terrestre<sup>1752</sup>. Debe precisarse que esta convención otorga a la parte lesionada la posibilidad de optar por presentar una reclamación directa ante el Estado de origen de dicho daño. Esto es, se trata de la asunción de responsabilidad de *tipo absoluta* por parte del Estado de lanzamiento por los daños causados por el objeto espacial sobre aeronaves en vuelo o a su regreso a la superficie terrestre,<sup>1753</sup> la misma que se asume independientemente de la licitud o ilicitud del acto que dio origen al daño ambiental transfronterizo. De esta manera, se materializa la posibilidad de que los Estados asuman responsabilidad directa por los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo, y excepcionalmente, a los daños ambientales transfronterizos, resultantes de dichas actividades, otorgándose a la parte lesionada la posibilidad de optar por presentar una reclamación directa ante el Estado.

No obstante, que el convenio sobre la responsabilidad internacional por daños derivados de las actividades espaciales es excepcional, es por vez primera que los Estados reconocen su responsabilidad directa, por lo que se trata de un gran avance normativo en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales. En ese sentido, dicho tratado, constituye un referente sumamente importante a seguir, en la construcción de un futuro sistema de internacional de los Estados en donde asuman responsabilidad directa y absoluta en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos. Las características principales, de la responsabilidad absoluta precisa ARBOUR,<sup>1754</sup> son las siguientes: a) Es independiente de la licitud o ilicitud del acto que causó el daño ambiental transfronterizo, y b) lo único que importa es el nexo de causalidad entre el daño y la actividad contaminante del Estado de origen. Siendo ello así, al tratarse de peculiaridades, acorde a la naturaleza del daño ambiental transfronterizo, se hace necesario la multiplicación de tratados como el referido, en donde los Estados de origen de un daño ambiental transfronterizo, asuman, la responsabilidad absoluta y directa por los costos ambientales y personales significativos, que ocasionan un daño ambiental transfronterizo. Práctica normativa, que debe extenderse a los demás tratados, a fin de llenar de contenido el vacío existente en el sistema actual que articula el derecho internacional en materia de responsabilidad internacional por los daños causados a otros Estados. Queda aún pendiente la tarea por parte de los Estados de acordar una norma internacional general y obligatoria que establezca responsabilidad “*directa*”, “*absoluta*” o “*estricta*” del Estado por

---

third State on the surface of the earth or to aircraft in flight, their liability to the third State shall be absolute; (b) If the damage has been caused to a space object of the third State or to persons or property on board that space object elsewhere than on the surface of the earth, their liability to the third State shall be based on the fault of either of the first two States or on the fault of persons for whom either is responsible. Convenio Sobre La Responsabilidad Internacional Por Daños Causados Por Objetos Espaciales, Hecho En Londres, Moscú Y Washington Convention on The international liability for damage caused by space objects. Opened for signature at London,

Moscow and Washington on 29 March 1972. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20961/volume-961-I-13810-English.pdf>

<sup>1752</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa Fernández Egea y Susana Borrás Pentinant, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional de medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, 2011, pág. 114-115.

<sup>1753</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa Fernández Egea y Susana Borrás Pentinant, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional de medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, 2011, pág. 106-116.

<sup>1754</sup> « Une traite internationale peut, par exemple, faire assumer aux Etats participants les risques éventuels d'une activité légitime ; c'est le cas, assez unique et exceptionnel doit-on souligner, de la *Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux* adopté le 29 novembre 1971<sup>26</sup>. L'article 2 de cette convention dispose qu'un Etat de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage cause par son objet spatial a la surface de la terre ou aux aéronefs en vol ; c'est le seul cas, à notre connaissance, ou une traite multilatérale prévoit une responsabilité objective ou pour risque a la charge de l'Etat contractant. » ARBOUR, Jean-Maurice, Sophie Lavallee, « *Droit International De L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec-Canada, pág. 720- 722.

daños ambientales transfronterizos.

### **3.1.1.- La ilicitud del daño ambiental transfronterizo y la responsabilidad absoluta.**

Para un sector de la doctrina, *la ilicitud* y la responsabilidad *estricta o absoluta* se consideran conceptos fundamentales en los que se basan dos regímenes de responsabilidad muy distintos, y a la vez los únicos posibles que admite el razonamiento jurídico del derecho internacional. Se argumenta que “incluso la apariencia de que el principio de la responsabilidad estricta se ponga en el mismo plano que la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, amenaza la unidad del derecho internacional”. Este planteamiento teórico es errado, pues no se trata en puridad de dos tipos de responsabilidad, sino de dos supuestos de hecho que pueden ser perfectamente complementarios, por las siguientes razones: i) La tesis sobre la ilicitud de los daños ambientales, contenido en la hipotética norma primaria consistente en que “si un Estado ocasiona daño ambiental a otro Estado es un hecho ilícito”, es independiente, del tipo de responsabilidad con la que se sancione la ilicitud de dicha conducta; ii) la responsabilidad estricta, viene a ser la consecuencia jurídica establecida hipotéticamente en una norma secundaria consistente en que “el que ocasiona daño a otro Estado está obligado a repararlo de manera absoluta”. Por lo tanto, separar el hecho ilícito, del tipo de responsabilidad como es la de naturaleza absoluta o estricta en su sentido amplio, en puridad, es dejar sin contenido la consecuencia jurídica que implica cometer un hecho ilícito, como lo es, el daño ambiental transfronterizo por parte del Estado de origen en contra del medio ambiente de otro Estado.

Las actividades ambientalmente riesgosas, son ejercicio de la libertad de empresa, considerados con justicia lícitas, no obstante, representan un peligro para el medio ambiente, cuando las mismas ocasionan daños ambientales transfronterizos sensibles, que, por su grave efecto lesivo, el derecho internacional debe reconocer esta nueva situación de hecho dentro del campo de la anormalidad jurídica. Por lo que, los daños ambientales transfronterizos, considerados como un hecho ilícito y la responsabilidad internacional absoluta, son dos instituciones fundamentales para la construcción de un sistema internacional general y obligatorio en materia de responsabilidad internacional de los daños ambientales transfronterizos. En esa misma línea de opinión, el señor VILLAGRAN KRAMER, en su calidad de miembro de la CDI, en las sesiones del cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, manifestó que el estudio realizado por el Relator Especial pone de manifiesto la necesidad de armonizar y conciliar los dos tipos de responsabilidad de los Estados que existen, a saber, la responsabilidad por las consecuencias de actos ilícitos y la responsabilidad llamada objetiva<sup>1755</sup>. De tal manera que la responsabilidad absoluta o estricta, debe ser el complemento jurídico óptimo del régimen de responsabilidad por un daño ambiental transfronterizo en donde, el mismo, sea considerado por el derecho internacional como un hecho ilícito. Siendo así, el corolario lógico de las actividades de riesgo es la responsabilidad absoluta, acogida por la generalidad de los sistemas jurídicos internos y por los convenios internacionales en materia de responsabilidad civil de naturaleza sectorial, fundada especialmente por la necesidad de un procedimiento que no exija prueba del incumplimiento o de la culpa, a fin de superar la incertidumbre y el caos que reina actualmente.

---

<sup>1755</sup> Sr. VILLAGRAN KRAMER, manifiesta, que Se comprenden las preocupaciones expresadas por algunos miembros de la Comisión originarios de países industrializados, que a través de sus empresas pueden causar daños ambientales transfronterizos, ante las consecuencias que puede tener la teoría de la responsabilidad objetiva en esta esfera. Véase, “Anuario de la comisión de Derecho Internacional”, Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1992, pág.126.



Además del dogma establecido en el derecho internacional consistente en que los daños ambientales no pueden ser considerados *per se*, actos o hechos lícitos, se viene forjando otra, consistente en que existe la posibilidad jurídica que las actividades que en un principio nacen lícitas, dejan de serlo una vez que ha sucedido el fenómeno del daño ambiental transfronterizo, convirtiéndose dichas actividades automáticamente en un hecho de naturaleza ilícito. El fundamento, de esta tesis, consiste en que el fenómeno del daño concreto vendría a ser el componente que permitiría establecer una suerte de transferencia de la noción de ilicitud. Presuntamente ausente de la actividad misma, la ilicitud será inherente a la realización efectiva de un daño importante o significativo, y en donde precisamente encontramos el componente de violación de una obligación internacional<sup>1756</sup> en materia de protección ambiental. De tal suerte, que la licitud de una actividad ambientalmente riesgosa autorizada por el Estado de origen lo es siempre que no ocasione un daño al medio ambiente de otros Estados víctimas, caso contrario, el derecho debe asignarle consecuencias jurídicas graves.

Siendo ello así, en abstracto, las actividades ambientalmente riesgosas, deben ser consideradas lícitas, y sólo ante la ocurrencia de un hecho relevante, como lo es el daño ambiental transfronterizo, debe considerarse la ilicitud de dicha conducta<sup>1757</sup>. De esta corriente de opinión, es el Relator Especial de la CDI, PEMMARAJU, quien en su segundo informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, propuso que la conducta que ocasiona daño al medio ambiente de otro Estado, debería ser considerada como un hecho ilícito<sup>1758</sup>. Tal situación se justifica cuando el daño ambiental transfronterizo sensible o grave es el resultado de una actividad lícita, lo justo es que los que realizaron dicho hecho ilícito asuman la responsabilidad de los daños. Esta tendencia doctrinaria, se viene forjando de manera paulatina y constituye un aporte al desarrollo del derecho internacional, toda vez que, trastoca los dogmas establecidos por la tradicional responsabilidad internacional de los Estados.

Esta tesis centra su atención en el fenómeno del daño ambiental transfronterizo, pues su sola presencia determinaría que las actividades que en un principio fueran consideradas lícitas, ante la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo, a su vez, sean estimadas como ilícitas. De tal manera que, una conducta puede tener dos consecuencias jurídicas diferentes, dependiendo de que suceda o no un hecho jurídicamente relevante<sup>1759</sup>, en este caso, la ocurrencia de un *daño ambiental transfronterizo* será merecedor de respuestas jurídicas diferenciadas por parte del derecho internacional, dependiendo a si la misma actividad autorizada ocasionaría o no un daño ambiental transfronterizo .

La dificultad aparente que observamos es determinar si un hecho es lícito o ilícito, si bien es complicado definirlo en abstracto no lo es en concreto, pues frente a la ocurrencia de un fenómeno como lo es el daño ambiental transfronterizo, se puede determinar con nitidez, por sus impactos negativos, tanto en la salud de las personas, en la propiedad, y en el medio ambiente, que los indicados hechos lesivos, en puridad encajan en el campo de la anormalidad jurídica. El fundamento de esta tesis consiste en que la licitud de

---

<sup>1756</sup> GOMEZ-ROBLEDO, Alonso; “*Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos*”, En “Estudios de Derecho Internacional Público, N° 09”, Coordinadora FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, Editorial “Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma de México”, Segunda Edición, México D.F, 2014, pág. 127-128.

<sup>1757</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1981, Volumen. I, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, Pág. 219-231.

<sup>1758</sup> Véase “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1999, vol. II, Primera parte”, *Documentos del quincuagésimo primer período de sesiones*, DOCUMENTO A/CN.4/501, Segundo informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. PEMMARAJU SREENIVASA Rao, Relator Especial, Naciones Unidas, Nueva York Y Ginebra, 2009, pág. 122-137.

<sup>1759</sup> PRIETO SANCHIS, Luis, “*Observaciones sobre las Antinomias y Criterio de Ponderación, Universidad Castilla de la Mancha*”, págs.10-30. Recuperado desde <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/586/641>

una actividad ambientalmente riesgosa, autorizada por el Estado de origen, lo es siempre que no ocasione un daño al medio ambiente de otros Estados víctimas, caso contrario, el derecho debe asignarle consecuencias jurídicas graves. Y ello, porque, el ejercicio de una libertad, no deja de ser ejercicio de la misma porque la conducta sea también subsumible en el supuesto de hecho de una norma limitadora<sup>1760</sup>, así realizar actividades ambientalmente riesgosas por parte de los privados o por el Estado de origen, tiene como límite, ocasionar un daño ambiental transfronterizo, en perjuicio de otro Estado, debiendo reconocerse la ilicitud de dicha conducta y como consecuencia la responsabilidad internacional de los Estados establecida en una norma general y obligatoria.

La tesis expuesta, sólo representa una posible forma de argumentación en favor de solucionar el conflicto normativo existente actualmente, de como una actividad que en un inicio se encuentra en el campo de lo lícito, puede perfectamente convenir que esa misma conducta, ante un hecho concreto como lo es, el daño ambiental transfronterizo, “adecuarse en un supuesto de hecho en donde esa conducta sea estimada a su vez ilícita<sup>1761</sup>. Ello debido a que toda norma internacional, debe buscar una solución que responda de mejor manera a la naturaleza de las cosas en beneficio del ser humano y del medio ambiente. En esa misma línea de análisis, el solo conocimiento del acontecimiento de un daño ambiental transfronterizo por parte del Estado de origen permite a éste responsabilizarlo automáticamente. Los Estados, no podrían alegar desconocimiento del daño ambiental transfronterizo, pues el solo hecho de que suceda, debe acarrear responsabilidad directa del mismo. Esto significa, que aun cuando el Estado no haya intervenido directamente en la actividad, ante la ocurrencia de un daño ambiental transnacional, se presume que el Estado de origen lo conocía y por tanto es responsable del mismo.

En todo caso, a fin de cumplir a plenitud con el presupuesto de la responsabilidad internacional, según la cual debe identificarse al “autor” del resultado, se debe recurrir a la moderna corriente doctrinaria que acoge el principio de responsabilidad universal del medio ambiente, en donde los Estados deben asumir la responsabilidad directa por las conductas dañosas que los privados ocasionan al medio ambiente de otro Estado. Dicha responsabilidad se justifica, porque son los Estados, quienes otorgan las autorizaciones para la realización de las actividades ambientalmente peligrosas y, además, en el principio consistente en que ningún Estado debe permitir el uso de su territorio, en perjuicio de otro Estado, ni tampoco en perjuicio de territorios en donde no ejerce jurisdicción.

### **3.1.2.- La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y las cuestiones relacionadas con la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas**

Es en este contexto que la Comisión de Derecho Internacional emite el Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)<sup>1762</sup>,

---

<sup>1760</sup> PRIETO SANCHIS, Luis, “*Observaciones sobre las Antinomias y Criterio de Ponderación*”, Universidad Castilla de la Mancha”, Op. Cit. págs.10-30.

<sup>1761</sup>De aceptarse ese principio básico, se evitará la necesidad de fundarse en un criterio de anormalidad como la responsabilidad objetiva. El criterio de normalidad y anormalidad, aunque pertinente en ciertos contextos, no lo es en el amplio tema que se examina, puesto que los Estados tienden a reglamentar sus asuntos basándose en un equilibrio entre diversos factores. El principio tiene también sus propias salvaguardias, dado que no entra en juego en lugar de las normas tradicionales de la responsabilidad de los Estados, sino que solamente se aplica en los ámbitos en que tales normas existen. Contribuye también a la aplicación de esas normas al subdividir las disposiciones más limitadas y precisas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1981, Volumen. I, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo tercer período de sesiones, 4 de mayo-24 de julio de 1981, Naciones Unidas, pág. 220.

<sup>1762</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones,

aprobado en su 2882 sesión, de fecha 2 de junio de 2006, fecha en que la Comisión recibió y examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.686 y Corr.1)<sup>1763</sup>, que comprende el texto del preámbulo y un total de ocho proyectos de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

La filosofía de este proyecto, precisa NOVAK, es que la responsabilidad internacional no surge de un ilícito, sino del desarrollo de una actividad lícita, teoría que obedece a que: i) Nos brinda un esquema de responsabilidad expeditivo que corresponde a la necesidad de reparar de inmediato el daño; ii) introduce un incentivo para que el explotador adopte las medidas de prevención que correspondan; iii) es justa con la víctima que no hizo nada ni obtuvo ningún beneficio de la actividad peligrosa; iv) es justa con el explotador que realiza la actividad peligrosa y se beneficia de ella.<sup>1764</sup> Ello en virtud a que la evolución y el desarrollo tecnológico en la sociedad moderna, el proceso de industrialización producido en las últimas décadas, ha generado la posibilidad de que un Estado o sus nacionales puedan sufrir un perjuicio como consecuencia de una actividad peligrosa no prohibida por el derecho internacional, desarrollado por otro Estado o particular.

El proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas<sup>1765</sup>, se fundamenta, en los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, así como en el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la CDI (2001), en donde se insiste en la aplicación del principio la prevención de daños ambientales; de tal manera, que el alcance de los aspectos de la responsabilidad por el daño causado (*liability*) es el mismo que el del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas<sup>1766</sup>, proyecto que la Comisión aprobó también en el año 2001<sup>1767</sup>, de esta manera se insiste en la interrelación existente entre los conceptos de «prevención» y de «responsabilidad»; como principal fundamento de la responsabilidad.

---

Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 64- 128.

<sup>1763</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 64.

<sup>1764</sup> Y que la convivencia pacífica entre los Estados que componen la comunidad internacional tiene precisamente como base, el cumplimiento de la normativa jurídica internacional, y también el establecimiento de un esquema de responsabilidad que permita reparar los daños y perjuicios, provocados por una actividad peligrosa no prohibida por el derecho internacional. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 491 al 492.

<sup>1765</sup> El proyecto de principios sobre la asignación de a pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. 1. Preámbulo: *La Asamblea General, Reafirmando* los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Recordando* el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 64.

<sup>1766</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 68.

<sup>1767</sup> Tanto, el presente proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006), como el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la CDI (2001), *versan sobre normas primarias y se aplican cuando se produce un daño a pesar del fiel cumplimiento de las obligaciones de prevención*, por lo que en estos casos, el daño se produce por otras razones que no entrañan la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*). Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 69 y 70.

Una característica importante, del proyecto materia de análisis, es que, para que proceda la responsabilidad a consecuencia de las actividades lícitas es preciso la existencia de un *daño material*, es decir, que se haya causado un perjuicio a los intereses económicos o patrimoniales del Estado o sus naciones.<sup>1768</sup> Al respecto, AIZENSTATD precisa que, tratándose de actos no prohibidos por el derecho internacional, la responsabilidad es *sine delicto* y el daño causado es elemento de la responsabilidad de los Estados.<sup>1769</sup> En razón a ello, la responsabilidad se generará sin necesidad de determinar un hecho ilícito internacional, y que ante la presencia de un daño ambiental surgirá la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales del mismo.

¿Cabe deducir responsabilidad por los daños y perjuicios causados por actos no prohibidos por el Derecho Internacional? Al respecto, REMIRO precisa que, si el progreso científico y tecnológico ha permitido la realización de actividades especialmente peligrosas que generan considerables riesgos para las personas, los bienes y el medio ambiente, sin que las fronteras interestatales sirvan, lógicamente, de barreras. En la medida en que esas actividades no sean objeto de normas y obligaciones internacionales son lícitas y los daños transfronterizos una eventualidad hecha realidad en la práctica.<sup>1770</sup> Los Estados han afrontado la asignación de la pérdida a través de la responsabilidad directa del causante de la contaminación, quienes mayormente son operadores privados, no habiéndola asumido por parte los Estados. Así, la reclamación internacional en el proyecto de la CDI de 2006, es indirecta o supletoria: el Estado perjudicado reclama al Estado en el cual opera el particular (explotador), que desarrolló la actividad peligrosa, posición que es asumida por el principio 4 del proyecto de la CDI de 2006<sup>1771</sup>. En este caso, el Estado de origen debe responder supletoriamente, teniendo en cuenta que la actividad se desarrolló en su territorio, o en un espacio bajo su jurisdicción o control<sup>1772</sup>. Ello no obsta a que, posteriormente el Estado obtenga el reembolso del caso por parte de los operadores privados en los términos que disponga su legislación nacional. El régimen propuesto es además, flexible, debido a que funciona sin perjuicio de las reclamaciones que se presenten, ni de las cuestiones que se planteen en relación con los procedimientos y

---

<sup>1768</sup> Este tipo de responsabilidad se basa en el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, que significa que los Estados tienen el deber de ejercer los derechos propios de modo que no lesionen derechos e intereses de otros sujetos de derecho. En tal sentido, los Estados tienen la obligación de evitar o reparar daños transfronterizos derivados de actividades no prohibidas. SALMÓN Elizabeth, “Curso de Derecho Internacional Público”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, pág. 306 a 308.

<sup>1769</sup> AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, pág. 15.

<sup>1770</sup> Basándose, precisamente, en la interpretación de algunas decisiones arbitrales (*Fundición de Trail, 1938 y 1941; Lago Lanós, 1957*) y judiciales (CIJ, *Estrecho de Corfú, 1949*), se ha sosteniendo doctrinalmente que la obligación de reparar los daños a terceros resultantes de actividades no prohibidas forma ya parte del Derecho Internacional general. Se ha hablado así de una *responsabilidad por riesgo*, considerando que surge de la realización de actividades especialmente peligrosas, o de una *responsabilidad absoluta*, en tanto que no admite excepciones. REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “Derecho Internacional Curso General”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 433 a 434.

<sup>1771</sup> Principio 4 del proyecto de la CDI de 2006, el cual dispone: 1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización. 2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad incluyendo al Estado, si es este quien realiza la actividad o el particular no cumple su obligación de reparar. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.85.

<sup>1772</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 496 al 501.

la ley aplicables<sup>1773</sup>; en ese sentido se ha afirmado que no se puede considerar dicho principio como una «norma rígida de aplicación universal y que los medios que se utilicen para ponerlo en la práctica no serán los mismos en todos los casos».<sup>1774</sup>Ello implica, que existe flexibilidad, del sistema de responsabilidad, materia de análisis.

Asimismo, la responsabilidad recae no sólo en el explotador de una actividad peligrosa o arriesgada, sino que, por acuerdo o por ley, se puede imponer igualmente a otras entidades; y por tanto se adopta un régimen de asignación de la pérdida distribuido entre varios sujetos, incluido cuando proceda, el Estado, cuya cuota correspondiente no se determina de antemano ni a los sujetos privados, ni la función exacta que ha de atribuirse al Estado, por el carácter general y supletorio del régimen. La referencia al “explotador”, (principio 4 del proyecto de la CDI) es “toda persona que dirige o controla la actividad en el momento en que se produce el incidente causante del daño transfronterizo” (principio 2, literal g) del proyecto de la CDI de 2006. A su vez, la expresión “que dirija” connota la capacidad para utilizar o controlar algún medio. Por su parte, la expresión “control” denota la facultad para gestionar, dirigir, regular, administrar o supervisar.<sup>1775</sup> Esto es, el explotador es la persona que realiza la actividad ambientalmente riesgosa y puede ser una entidad pública o privada.

El presente sistema de responsabilidad, se aplica, sin perjuicio de las normas pertinentes sobre la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito (*State responsibility*) aprobadas por la Comisión en el año 2001<sup>1776</sup>. Por lo que, no están comprendidos en el proyecto de principios los daños ambientales transfronterizos que han sucedido cuando los Estados no han cumplido con la obligación de prevención y de diligencia, pues en este caso, se habría cometido un hecho ilícito y, por tanto, dicho comportamiento de los Estados se entiende deberían estar comprendidos dentro del sistema internacional de responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos. En ese sentido, en caso de incumplimiento, por parte de los Estados, de dicha obligación internacional, se estaría ya dentro del campo de la responsabilidad de los hechos internacionalmente ilícitos, por haber cometido un ilícito internacional, lo que determina, la supletoriedad del presente sistema.

Tal como se precia, establece que, aun cuando el Estado involucrado *cumpla fielmente las obligaciones de prevención que le incumben en virtud del derecho internacional*, cabe que se produzcan accidentes u otros incidentes y que éstos tengan consecuencias transfronterizas que causen daños y graves pérdidas a otros

---

<sup>1773</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.66 y 67.

<sup>1774</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 83.

<sup>1775</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 496 - 501.

<sup>1776</sup> El preámbulo, del proyecto, deja bien sentado que los Estados son responsables en derecho internacional del incumplimiento de sus obligaciones de prevención. Por ello, el proyecto de principios funciona sin perjuicio de las normas relativas a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) y de cualquier pretensión aducida al amparo de esas normas en caso de violación de las obligaciones de prevención. En ese sentido, se reconoce que, según el derecho internacional, el Estado tiene obligaciones de prevención y que, en virtud de esas obligaciones, los Estados no deben permitir actividades peligrosas que entrañen el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 66.

Estados y a sus nacionales.<sup>1777</sup> Esto es, se aplica a los daños ambientales transfronterizos ocasionados cómo producto de las actividades lícitas cuando, no obstante los Estados haber cumplido con la obligación de prevención, y pese a ello, suceden accidentes u incidentes que determinen la existencia de un daño ambiental transfronterizo resultantes de actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional; siendo este el ámbito al que se circunscribe la aplicación del proyecto.

Asimismo, la ocurrencia de un daño transfronterizo<sup>1778</sup> resultante de actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional da origen a una nueva relación jurídica entre el sujeto al que se atribuye el daño transfronterizo y el sujeto que ha sufrido el daño. En esta nueva relación de responsabilidad, el primer sujeto recibirá el nombre de Estado de origen mientras que el segundo el de víctima. Así lo señala el principio 2 d) y f) del proyecto de la CDI de 2006.<sup>1779</sup> Es necesario tener en cuenta que los Estados normalmente actúan a través de sus órganos y agentes e incluso, en algunos casos, a través de particulares, los que desarrollan la acción peligrosa, por lo cual, cualquier análisis de responsabilidad y, en especial, en el caso de la responsabilidad por riesgo, se deberá reparar en este hecho. Asimismo, las repercusiones del daño causado al medio ambiente pueden perjudicar también a las personas privadas.<sup>1780</sup> Por lo que la víctima, puede ser tanto el Estado víctima como del particular víctima.

Los propósitos del régimen del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, se establecen en su Principio 3, el cual prevé por doble finalidad<sup>1781</sup>: i) Asegurar la protección de las víctimas que sufran pérdidas causadas por un daño transfronterizo y preservar y proteger el medio ambiente en sí como recurso común de la comunidad. Esto es garantizar la protección de las víctimas que sufran pérdidas causadas por un daño transfronterizo;

---

<sup>1777</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.65.

<sup>1778</sup> El proyecto de principios sobre la asignación de a pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Principio 1. *Ámbito de aplicación*. El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional. Principio 2, *Términos empleados: e*) se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado que no es el Estado de origen. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 64.

<sup>1779</sup> Principio 2 d) y f) del proyecto de la CDI de 2006: Se entiende por “Estado de origen” el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad peligrosa. Se entiende por “víctima” toda persona natural o jurídica, o todo Estado, que sufre un daño. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 71.

<sup>1780</sup> Así, un hotelero que pierde su clientela, porque la región turística donde estaba situado su establecimiento se vio perjudicada por un escape de radioactividad, experimenta un lucro cesante que debe serle indemnizado de alguna manera. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 496 al 501.

<sup>1781</sup> El Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006). Principio 3. *Propósitos*: Los propósitos del presente proyecto de principios son los siguientes: a) garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo; y b) preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio ambiente y la restauración o restablecimiento de éste. Principio 4: *Pronta y adecuada indemnización*: 1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.65.

y ii) la preservación y protección del medio ambiente y las obligaciones conexas de atenuar el daño y de restaurar o restablecer el medio ambiente a su situación original en la medida de lo posible. Ello, implica, que cuando la restauración o restablecimiento del medio ambiente no es posible, es razonable introducir el equivalente de esos elementos en el medio ambiente y permitir que se mantengan sus funciones permanentes<sup>1782</sup>. Ello es así, porque muchas veces los daños ambientales transfronterizos son de tal gravedad que son irreversibles, que hacen imposible su restauración. Por lo que, lo que busca el proyecto, como principio, es garantizar una «pronta y adecuada indemnización»<sup>1783</sup> por el explotador, que debe percibirse desde el punto de vista de la consecución de la «internalización del costo»<sup>1784</sup>, ante la ocurrencia de un daño transfronterizo originado por una actividad lícita pero peligrosa, desarrollada en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción o control o en algún espacio público internacional.<sup>1785</sup> Las consideraciones de principio se justifican en que si bien las actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional son indispensables para el desarrollo económico y beneficiosas para la sociedad, no obstante, en caso de que tales actividades den lugar a daños transfronterizos, el régimen debe prever *una indemnización pronta y adecuada para las víctimas inocentes*; y superior a la prevista en el proyecto de artículos sobre la prevención (2001).

El régimen es de carácter objetivo; el cual refleja la importante función que desempeñaría el Estado de origen en el establecimiento de un sistema viable para respetar el principio de una «pronta y adecuada indemnización». Son diversas las teorías que buscan establecer el fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados por la realización de un daño transfronterizo provocado por actividades peligrosas no prohibidas por el Derecho Internacional. No obstante, tanto la mayoría de la doctrina, como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la práctica y la legislación interna de los Estados, así como el régimen convencional vigente sobre la materia se inclinan en favor de la teoría objetiva o del riesgo, según la cual, el Estado y/o los particulares son responsables del perjuicio transfronterizo que ocasionan sin que sea necesario demostrar además que hubo una falta subjetiva por parte de estos.<sup>1786</sup> Sobre este punto, la doctrina de los publicistas es mayoritaria al afirmar que la teoría

---

<sup>1782</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.81.

<sup>1783</sup> La noción de *una pronta y adecuada indemnización* corresponde a la idea y a la voluntad de que las víctimas de daños transfronterizos no tengan que esperar largo tiempo para ser indemnizadas. En su plan esquemático, el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter hizo hincapié en la necesidad de proteger a las víctimas, lo que exigía «medidas de prevención para evitar en lo posible un riesgo de pérdida o daño, y, cuando ello no sea posible, medidas de reparación», así como en que «no se debe hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado». Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 80 y 81.

<sup>1784</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 82.

<sup>1785</sup> El derecho internacional actual reconoce la existencia de dos criterios o fuentes de responsabilidad internacional: *la primera, constituida por la comisión de un hecho ilícito internacional (incumplimiento de una obligación internacional por parte de un Estado) y, la segunda, por la ocurrencia de un daño transfronterizo*. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 493 - 496.

<sup>1786</sup> En este sentido, en virtud de esa teoría, el Estado y/o los particulares que por su propio placer o utilidad introducen algo peligroso a la sociedad, son responsables de cualquier accidente que de ello se derive, aun cuando no se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia alguna, surgiendo además la responsabilidad no de un hecho ilícito sino de uno lícito, es decir, de un acto y omisión realizado en cumplimiento de la ley o de las facultades legalmente conferidas a quien lo realiza. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 496 al 501.

objetiva, basada en un comportamiento internacional negligente, es inadecuada para la determinación de la responsabilidad estatal, en casos en que se opere con grandes adelantos tecnológicos, como la producción de fuerza nuclear<sup>1787</sup>. Otro sector de la doctrina, se inclina, por sostener que la teoría objetiva es la que mejor resuelve la necesidad de permitir ciertas actividades peligrosas, que dan origen a los daños ambientales transfronterizos, como consecuencia de las nuevas técnicas introducidas en el sistema internacional.

Tal como se observa, específicamente, la responsabilidad objetiva, se establece en la segunda frase del párrafo 2 del proyecto, el mismo que dispone que la responsabilidad *no debe basarse en la prueba de culpa*. En ese sentido, las actividades peligrosas y extremadamente peligrosas, que constituyen la materia objeto del presente proyecto de principios, entrañan operaciones complejas y conllevan ciertos riesgos inherentes de causar daños sensibles, por lo que, se reconoce en general que sería injusto e improcedente *imponer al demandante la pesada carga de probar la culpa o negligencia* con respecto a actividades tecnológicas altamente complejas cuyos riesgos y procedimientos son mantenidos celosamente secretos por la industria interesada<sup>1788</sup>, siendo por tanto, justo prever, en los casos de daños resultante de actividades peligrosas, la *responsabilidad causal* del explotador en el plano internacional<sup>1789</sup>. Y esto, ciertamente constituye, un importante avance en la construcción de un sistema absoluto de responsabilidad de los Estados, pues alivia la carga que deberían soportar las víctimas para probar la culpa del explotador.

El problema es que, como señala la Comisión, no elimina las dificultades que entraña el establecimiento del nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad, por lo que, dada la dificultad para establecerlo, se tiene que recurrir al criterio de previsibilidad, de proximidad, de pérdida directa, la causa próxima, la causalidad adecuada, y además de la probabilidad del daño<sup>1790</sup>. Y ello, porque establecer nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad es harto complejo, dada la naturaleza *suigeneris* del daño ambiental transfronterizo, por lo que, es necesario recurrir a criterios probatorio flexibles para efectos de lograr dicho objetivo.

Tal como se observa, de todo lo anotado, nos encontramos entonces ante el surgimiento de otra fuente de responsabilidad internacional de los Estados, derivada de una actividad lícita pero peligrosa que genera daños, con graves efectos para el hombre y su medio ambiente, y que conducen al derecho internacional a

---

<sup>1787</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 496 - 501.

<sup>1788</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 87.

<sup>1789</sup> Cuando se trata de actividades que no son peligrosas, pero conllevan el riesgo de causar un daño sensible, quizás existan mejores argumentos para que la responsabilidad se vincule a la culpa o la negligencia. Además, como los beneficios que se espera obtener con la actividad de riesgo constituyen una de las motivaciones para que la industria emprenda esa actividad, en general se supone que los regímenes de responsabilidad causal proporcionan incentivos para una mejor gestión de los riesgos creados. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, page. 88.

<sup>1790</sup> Ha habido una evolución desde la teoría estricta de la condición *sine qua non*, pasando por el criterio de la previsibilidad, hasta un criterio de causalidad menos riguroso, que tan sólo requiere una «imputación razonable» del perjuicio. Además, el criterio de la previsibilidad podría ir perdiendo importancia con los avances en los campos de la medicina, la biología, la bioquímica, la estadística y otras disciplinas pertinentes. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 88.



admitir la responsabilidad por riesgo.<sup>1791</sup> Lo que se busca con el presente régimen es una indemnización pronta y adecuada no sólo a las víctimas del daño, sino también a las reclamaciones presentadas por los Estados y que los daños causados al medio ambiente se atenúen mediante prontas medidas de respuesta y que, en lo posible, se restaure o restablezca el medio ambiente de los accidentes u incidentes, que generen la existencia de un daño ambiental transfronterizo, resultantes de actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional.

No obstante, las dificultades advertidas, este régimen constituye un avance en materia de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos porque opta por el establecimiento de la responsabilidad objetiva, lo cual refleja la importante función que desempeñaría el Estado de origen en el establecimiento de un sistema viable para respetar el principio de una «pronta y adecuada indemnización». Siguiendo, los criterios, establecidos en la sentencia arbitral emitida en el *Asunto (Canadá y United States) Settlement Gut Dam Claims* (1968),<sup>1792</sup> el principio que se puede rescatar, es que, es posible reconocer la responsabilidad del Estado de origen sin determinar la culpa o negligencia el Estado de origen, esto es, determinar la responsabilidad objetiva de los Estados. Resumiendo, el establecimiento de la responsabilidad objetiva en el régimen del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño ambiental transfronterizo resultante de actividades peligrosas, es un precedente importante, en la construcción de un futuro régimen absoluto de responsabilidad, de naturaleza general y obligatoria.

### **3.1.3.- La reparación en los trabajos de la CDI, en relación a la responsabilidad de los Estados por las actividades no prohibidas**

En lo que se refiere a la reparación del daño ambiental transfronterizo en los trabajos de la CDI, el Relator Especial estableció una distinción entre la reparación del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados y el proyecto en relación a las actividades no prohibidas. En su opinión, la regla de reparación en el presente tema no se guía por el principio del asunto *Chorzów*, ya que abarcaban actividades no prohibidas por el derecho internacional, aun cuando ese principio ofrece también orientación en esa esfera, por la razonabilidad y justicia<sup>1793</sup>; lo que se busca a través del proyecto, es más bien lograr una atenuación de los efectos de la reparación integral, establecida en el sistema general de responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos.

Ello se debe, a que en el caso de la responsabilidad *sine delicto*, el daño es producido por un acto que no está prohibido por el derecho, por consiguiente, no responde a todos los criterios de la *in integrum*

---

<sup>1791</sup> A diferencia de la responsabilidad por hechos ilícitos, en el esquema de la responsabilidad por riesgo, nos encontramos en la esfera de las normas primarias, pues el Estado será responsable por las consecuencias perjudiciales provocadas por su actividad peligrosa y, *solo en el caso de que ese Estado no cumpliera con la obligación de reparar, entraría en juego una norma secundaria determinante de la responsabilidad por hecho ilícito, actuando en este caso como dos regímenes complementarios.* NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “*Derecho Internacional Público*”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresa por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, pág. 493 al 496.

<sup>1792</sup> Véase. “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, *Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones*, Documento A/CN. 4/471, Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 68 al 131.

<sup>1793</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1995, Vol. II, Segunda Parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo séptimo, Documento A/50/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones (2 de mayo-21 de julio de 1995), pág.89.

*restitution* impuesta por la costumbre internacional para la responsabilidad por hecho ilícito.<sup>1794</sup> Se sostiene que, ciertamente existen diferencias entre las circunstancias del daño producido por una conducta ilícita y las del daño causado por una conducta lícita, y que a ellas puede corresponder la diferencia del tratamiento legal. Y que esa diferencia responde sobre todo a razones prácticas, como la magnitud de las cantidades aseguradas en el caso de un tope superior.<sup>1795</sup> En base a las directivas advertidas, la CDI, construyó un sistema, en donde se compense en alguna medida el daño, no en su plenitud, sino atenuado por las circunstancias. El derecho internacional considera que estos daños son producto de hechos lícitos, así, por ejemplo, no se incluye la cesación del daño porque en la responsabilidad *sine delicto* no parece tener lugar ese tipo de efectos, puesto que precisamente su característica esencial es que la actividad en que el daño se origina es lícita y va a continuar desarrollándose.

Lo que se busca más bien, es lo establecido en el asunto de la *Fundición de Trail*, en donde el contenido de las obligaciones del régimen de responsabilidad prescrito, se consideró suficiente para evitar futuras pérdidas o daños<sup>1796</sup>, y como nueva condición para la explotación de una empresa que podía seguir implicando riesgos transfronterizos, se exigió también a Canadá que indemnizase las pérdidas o daños realmente ocurridos, esto es, la estimación de la reparación del daño ambiental transfronterizo. Asimismo, en el asunto relativo a determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica) (2015)<sup>1797</sup>, la Corte concluye que Nicaragua no ha probado que la construcción de la carretera le haya causado un daño transfronterizo significativo; y que tampoco hay pruebas de que Costa Rica haya ejercido alguna clase de autoridad en el territorio de Nicaragua ni realizado alguna actividad en él que haya causado un daño transfronterizo significativo a Nicaragua. Destacándose el hecho que, con respecto a la reparación, la declaración de la Corte de que Costa Rica ha violado su obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental constituye una medida adecuada de satisfacción para Nicaragua, y, asimismo, que Costa Rica ha comenzado obras de mitigación a fin de reducir los efectos adversos de la construcción de la carretera en el medio ambiente.

Parece ser que, la posición de la CIJ es asumida por la CDI en el proyecto de principios (2006), en el sentido de que lo que se busca es una adecuada indemnización de acuerdo al caso en concreto, tal y como se observa del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006), el principio 3 inciso *a*) establece como su propósito el de

---

<sup>1794</sup>Por consiguiente, no tiene necesariamente que responder a todos los criterios de la *in integrum restitutio* impuesta por la costumbre internacional para la responsabilidad por hecho ilícito. El Relator Especial no cree que se haya formado una clara costumbre internacional respecto al contenido, forma y grados de la prestación que corresponde por el daño en la responsabilidad *sine delicto*, pero hay algunas indicaciones de que no sigue necesariamente las mismas líneas de la norma de *Chorzów*. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/468, Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 59.

<sup>1795</sup> no puede discutirse que el derecho debe buscar la reparación de todos los daños causados siempre que sea posible. En tal sentido, es elocuente que en las convenciones nucleares y en las de contaminación marina por petróleo se haya tratado de ir superando el tope máximo mediante la constitución de fondos que tratan de acercarse a la restitución plena en circunstancias en que las indemnizaciones pueden alcanzar sumas muy altas. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documentos del cuadragésimo séptimo Periodo de Sesiones, Documento A/CN.4/468, Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1995, Vol. II, Primera parte, pág. 59.

<sup>1796</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional,” Documentos del trigésimo quinto período de sesiones, A/CN.4/SER.A/1983/Add.1 (Part 1), Naciones Unidas, 1983, Volumen. II, Primera Parte, pág. 228.

<sup>1797</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Asunto Determinadas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica)*. Reports. 2015. [HTTPS://WWW.ICJ-CIJ.ORG/EN](https://www.icj-cij.org/en)

garantizar “una indemnización pronta” y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo. Por lo que, en atención a dicho propósito, en el principio 2 inciso a), párrafo iv), se establece que la reparación comprende los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos “los recursos naturales”; y en el párrafo v) los costos de las medidas razonables de respuesta. Siendo que, es en el principio 4<sup>1798</sup> del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006) en el que se establece las medidas a tomarse, que implican: a) Que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control “reciban una pronta y adecuada indemnización”; b) la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad; c) no debería requerir la prueba de la culpa de la responsabilidad; d) las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esta responsabilidad deberá ser compatibles con el proyecto de principio; e) el explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, deben constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización; f) la creación de un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad; g) la responsabilidad subsidiaria del Estado de Origen, debiendo dar recursos financieros adicionales en el caso de que las medidas adoptadas no sean suficientes para garantizar una indemnización adecuada. De todo lo anotado, se puede afirmar, que la reparación en el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006), no establece la reparación integral del daño ambiental transfronterizo, por lo que su aplicación, dejará en indefensión a las víctimas del daño, pues lo que se busca con aquel sólo es una reparación limitada.

### **3.2.- Hacia el reconocimiento de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos “absoluto” o “estricto”.**

Ante las deficiencias específicas advertidas, en el actual régimen de responsabilidad que el derecho internacional articula en materia de responsabilidad por el daño ambiental transfronterizo, se tiene que recurrir a una solución que se adecúe de mejor manera a la reparación de los referidos daños. Y ello en cumplimiento de los principios internacionales, como el principio 21 establecido en la declaración de Estocolmo de 1972, mediante el cual los Estados tienen el deber de actuar de manera que las actividades ejercidas en los límites de sus jurisdicciones o bajo su control, no causen daño al medio ambiente de los otros Estados. En esta línea, se hace necesario optar por un nuevo sistema de responsabilidad internacional de los Estados, basada en la noción de riesgo fundamentado por el principio de causalidad, y en responsabilidad “absoluta” o “estricta”, y en donde la obligación de reparación por parte de los Estados,

---

<sup>1798</sup>El Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006). Principio 4. *Pronta y adecuada indemnización*. 1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control “reciban una pronta y adecuada indemnización.” 2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta a esta responsabilidad deberá ser compatibles con el proyecto de principio 3. Estas medidas deberían incluir también el requerimiento al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización. 4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir el requerimiento de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad. 5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado de origen también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2006, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág.64-65.

debe basarse en una obligación de resultado y directa, la misma que debe operativizarse a consecuencia de la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo.

La expresión «responsabilidad absoluta»<sup>1799</sup> es una traducción literal del inglés, termino no usual en el idioma español<sup>1800</sup>, referido en su primera acepción a una responsabilidad objetiva muy severa, con muy poca o ninguna excepción. Se observa que la jurisprudencia internacional, ni el derecho internacional, ha optado por un sistema de responsabilidad objetiva como un principio general tanto en sentido estricto como absoluto, para la solución a la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo, y es más se confirma de manera reiterada el patrón de la culpa como elemento fundamental de la responsabilidad internacional, fundamentado mayormente en obligaciones de comportamiento como la obligación de prevención y debida diligencia.

Observándose que, a través de los años, los Estados en la práctica se han ido mostrando poco favorables a aceptar la imposición de una responsabilidad de tipo *absoluto o estricta* por los daños transfronterizos derivados de las actividades desarrolladas por los particulares o por los órganos estatales bajo su control, por lo que, no se ha establecido en los casos de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, así también, en razón a que no se admiten normas obligatorias de responsabilidad internacional que rijan la ‘responsabilidad’ por ‘actividades lícitas’. Por lo que, los Estados, más bien, son partidarios de que los indicados conflictos, se solucionen a través de sistemas sectoriales de responsabilidad civil en donde la responsabilidad tipo objetiva, ya sea *absoluto o estricta* sea asumida por los operadores privados y no por los Estados.

Tal situación, se ve reflejada, también en los trabajos de la CDI, en materia de responsabilidad internacional en donde siempre ha existido, una fuerte oposición de la mayoría de los miembros de la CDI en reconocer la responsabilidad directa o absoluta de los Estados, en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales, tan es así, que, en las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones de 1982, la CDI precisó que el principio de *responsabilidad “absoluta” o “causal” o “sin culpa”*, es el resultado de los regímenes convencionales particulares, y que no es un principio internacional de derecho consuetudinario<sup>1801</sup>. Advirtiéndose que incluso la mera posibilidad que los Estados asuman la responsabilidad objetiva por los daños ambientales transfronterizos ocasionan serias oposiciones y divisiones al interno de la labor de la CDI, así por ejemplo el Relator Especial, señor Julio Barboza<sup>1802</sup>, sostuvo que de ninguna manera se puede optar por una responsabilidad *estricta y automática*,

---

<sup>1799</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Documento A/CN.4/459, Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial, 1994, Vol. II, Primera Parte, pág.149.

<sup>1800</sup>Esta responsabilidad derivada de bienes o de actividades ultra riesgosos admite todavía dos variantes: absolutamente estricta y relativamente estricta. En el primer caso, todo riesgo, cualquiera que sea, es considerado “típico” de la actividad y, por consiguiente, pierde su carácter extraordinario: no existe el caso fortuito. En el segundo caso, las posibilidades de factores extraordinarios o “atípicos” que configuren un caso fortuito están taxativamente determinadas. La idea que prima en esta configuración de la responsabilidad es que el caso fortuito como tal no exime de responsabilidad, sino sólo algunos casos fortuitos admitidos por la propia ley. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La responsabilidad Extracontractual”, Op. Cit., T. II, pág. 537-538.

<sup>1801</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo cuarto período de sesiones 3 de mayo-23 de julio de 1982, A/CN.4/SER.A/1982, Naciones Unidas, 1982, Volumen. I, pág. 294.

<sup>1802</sup> La Comisión tendrá que optar por alguna de esas posibilidades, quedando bien entendido que de lo que se trata es de establecer un régimen general que no tiene que introducir un concepto de responsabilidad causal o estricta. Por el contrario, ese concepto tendrá que ser atenuado para eludir todo automatismo excesivo que alarmaría a muchos países. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág. 212.

por los daños ocasionados por “las actividades no prohibidas” y por su parte el señor USHAKOV<sup>1803</sup>, miembro de la CDI, sostuvo que a la responsabilidad absoluta, en la CDI, se le llamaba el «monstruo» al que los Estados no están predispuestos a someterse. El problema es que tal posición ha contribuido a que hasta la fecha no exista ninguna norma del derecho internacional general y obligatoria que establezca la responsabilidad directa y absoluta de los Estados por los daños ambientales transfronterizos. Situación que explica las aparentes soluciones expuestas a lo largo de los trabajos de la Comisión, que son reflejo del interés real de los Estados consistente en tratar de evadir la responsabilidad por los daños ambientales transnacionales, pues una marcada tendencia de los proyectos emitidos por la CDI, a través del tiempo, es reconocer la obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para prevenir el daño transfronterizo, la misma que es considerada como una obligación de *diligencia debida*,<sup>1804</sup> esto es, se orienta a optar por un sistema subjetivo de responsabilidad, enfocado en el ámbito más preventivo que reparador y en donde, la responsabilidad no es de tipo directa, ni absoluta o estricta.

Tal estado de cosas, obliga a recurrir a la doctrina moderna y relevante en esta materia, en donde existe una fuerte corriente de opinión doctrinaria, con argumentos razonados, en el sentido que la respuesta teórica a la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos se encuentra en las normas de la responsabilidad causal, absoluta o estricta del Estado<sup>1805</sup>. Esto es, se viene sosteniendo que es permisible optar por una responsabilidad internacional general de los Estados por los daños ambientales transfronterizos de naturaleza absoluta, fuera del marco convencional sectorial. La teoría de la responsabilidad estricta o absoluta, aplicada a la problemática ambiental, sostiene que la responsabilidad internacional del Estado queda constituida por el mero incumplimiento de una obligación jurídica internacional, independientemente de si el Estado actuó o no, con culpa o dolo. La obligación hipotética establecería una obligación de resultado; “la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo que cause daño sensible o grave al medio ambiente en los otros Estados, en los límites de las jurisdicciones o bajo el control del Estado de origen, lo hace responsable del mismo”. Tal como se observa, dicha teoría, brinda mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales pues permite hacer realidad el sistema de responsabilidad interestatal, y procurar del Estado una garantía absoluta. Asimismo, la llamada responsabilidad *absoluta* del Estado supone además una exención de la carga de la prueba por el reclamante de la infracción del deber de diligencia debida en que habría incurrido el Estado.<sup>1806</sup> Este tipo de responsabilidad estricta o absoluta, se presenta como una solución viable y la única en materia de responsabilidad internacional por el daño ambiental, y que desalienta definitivamente los torpes compromisos que ponen en peligro la biosfera y compensan insuficientemente a víctimas de desastres evitables.

Considerando que, el derecho internacional es en gran medida un sistema de normas permisivas y facultativas, y de ahí que, si las actividades ambientalmente riesgosas no pueden ser prohibidas, la

---

<sup>1803</sup>Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo periodo de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Naciones Unidas, 1986, Volumen. I, pág. 219.

<sup>1804</sup>ROJAS QUIÑONES, Claudia María, “*Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación en Colombia*”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1ra Edición, 2004, Perú, pág. 157-164.

<sup>1805</sup> *La idea principal es imponer al Estado de origen la obligación incondicional del tipo de la responsabilidad estricta*, de reparar pérdida o daño material transfronterizo. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.I, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.230.

<sup>1806</sup> REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “*Derecho Internacional Curso General*”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 434.

potencialidad del daño que pueden ocasionar es susceptible de ser reducida a través de la imposición de la responsabilidad objetiva, ya sea en su forma de “*strict liability*” o en su forma extrema de “*absolute liability*”, es decir, aquella categoría que no admite excluyentes de responsabilidad<sup>1807</sup>. En atención a que, los daños ambientales transfronterizos, como ya se ha anotado, presentan una de sus características esenciales el ser de naturaleza “sensible” o “grave”, cuyos efectos lesivos en las personas, su patrimonio y el medio ambiente son de incalculables consecuencias, por lo que, se hace necesario que el derecho internacional opte por la categoría de la responsabilidad absoluta, por tener un espectro más amplio en sus efectos de protección a las víctimas y al medio ambiente, frente a un daño ambiental transfronterizo.

Asimismo, en un sistema de responsabilidad absoluto, deben eliminarse las dificultades que entraña el establecimiento del nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad, y, en razón a la dificultad para establecerlo se tiene que recurrir a criterios de previsibilidad, de proximidad, de pérdida directa, la causa próxima, y además de la probabilidad del daño<sup>1808</sup>, entre otros criterios de flexibilidad de la prueba. En razón a que establecer el nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad, es harto complejo dada la naturaleza *suigeneris* del daño ambiental transfronterizo, por lo que es necesario recurrir a criterios modernos para efectos de lograr dicho objetivo, en tanto no se establezca la responsabilidad directa de los Estados por dichos daños.

Optar por el establecimiento de la responsabilidad objetiva o absoluta, en los sistemas de responsabilidad internacional por el daño ambiental no es pacífica, tanto en la doctrina, como en el derecho internacional, y en la jurisprudencia, pues se pregunta si la misma resulta ser demasiado rígida para el principio de la libertad de acción de los Estados, la explotación de sus recursos y la elaboración de sus propias políticas de desarrollo económico<sup>1809</sup>. No obstante, la referida oposición no tiene asidero en la realidad jurídica, pues no sólo la mayoría de ordenamientos internos, sino también los textos de origen internacional, han optado por considerar que la responsabilidad derivada de daños al medio ambiente debe ser de tipo objetivo<sup>1810</sup>, a ello se une, la posición de la doctrina relevante que sostiene la tesis según la cual no existiría, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, nada que impidiera la configuración, en

---

<sup>1807</sup> GOMEZ-ROBLEDO, Alonso; “*Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos*”, En “Estudios de Derecho Internacional Público, N° 09”, Coordinadora FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, Editorial “Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma de México”, Segunda Edición, México D.F, 2014, pág. 5.

<sup>1808</sup> Cabe mencionar que el criterio de la proximidad parece haberse suavizado gradualmente en la doctrina moderna de la responsabilidad extracontractual. Ha habido una evolución desde la teoría estricta de la condición *sine qua non*, pasando por el criterio de la previsibilidad, hasta un criterio de causalidad menos riguroso, que tan sólo requiere una «imputación razonable» del perjuicio. Además, el criterio de la previsibilidad podría ir perdiendo importancia con los avances en los campos de la medicina, la biología, la bioquímica, la estadística y otras disciplinas pertinentes. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 88.

<sup>1809</sup> La question qui este à examiner consiste à déterminer si elle ne s'avère pas trop rigide pour le principe de la liberté d'action de l'Etat dans Exploitation de ses ressources et élaboration de ses politiques de développement économique. On constate à ce jour que les Etats sont peu pressés plan général à vouloir définir un régime de responsabilité mieux articulé afin de répondre aux défis du développement durable que doit relever le nouveau siècle. On note cependant que les Etats ont accepté à plusieurs reprises de créer un régime de responsabilité objective ou pour risque quand il s'agit d'imputer une responsabilité à des entreprises privées ou publiques; c'est le cas en matière nucléaire, en matière maritime, pour le transport des déchets dangereux et pour certains accidents industriels. JEAN-MAURICE Arbour, L'AVALLÉE, Sophie, «*Droit International de L'environnement*», Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec Cañada, pág.720- 722.

<sup>1810</sup> Este es un extremo que será regulado por la *lex causae* y que posee una gran importancia en supuestos de naturaleza transfronteriza. Ello se debe, entre otros motivos, dado que la presencia de diferentes concepciones sobre este elemento en los Estados implicados en un caso de responsabilidad medio ambiental (por culpa o de naturaleza objetiva). Puede motivar una determinada inclinación en la localización del locus delicti. PALAO MORENO, Guillermo, “*La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*” (Aspectos Internacionales), Op, Cit., pág.126-128.

el ordenamiento internacional, de un principio, aunque sea la excepción, de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por una conducta lícita, y que si bien no existe una norma consuetudinaria, eso no quiere decir que no exista en dicho campo, un principio general de derecho aunque no se haya manifestado todavía en todas sus formas y aplicaciones en el ordenamiento internacional, es operante ya en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos más evolucionados<sup>1811</sup>. Y a ello se une, el argumento, de que es una opción legislativa, optada por la mayoría de los ordenamientos convencionales de naturaleza sectorial, en materia de responsabilidad por el daño ambiental, en el derecho internacional privado.

Ciertamente, las cuestiones jurídicas que deben abordarse en relación con la responsabilidad del Estado son muy similares a los de la responsabilidad civil de derecho internacional privado<sup>1812</sup>, en donde los regímenes de responsabilidad objetiva o de riesgo, son atribuidos a las empresas privadas o públicas, por lo que, no hay motivo para que los Estados considerados como una especie de superempresas<sup>1813</sup>, basados en el principio de la libertad de la explotación de sus recursos y en la elaboración de sus políticas de desarrollo económico, les corresponda en la misma medida asumir la responsabilidad absoluta o estricta, acorde a sus obligaciones internacionales asumidas en materia de protección del medio ambiente.

Se aúna mucha mayor consistencia a nuestra tesis, el sentido que, de lo que se trata es de reparar daños ambientales transfronterizos, los mismos que por su magnitud, los Estados están en mejores condiciones de asumirla, por su posición privilegiada, basada en su soberanía, su capacidad económica, social y política, en relación con los privados, a quienes les es muchas veces imposible reparar en su integridad dichos daños. Por lo que, no hay razón jurídica alguna para que los Estados no opten por este tipo de responsabilidad para sí mismos, sino más bien existen razones extrajurídicas, basadas en proteger sus intereses económicos y no los del medio ambiente.

En esta línea de análisis merece ser destacado como referente positivo, los trabajos de la CDI, en relación a la cuestión relativa a la posibilidad de que el derecho internacional opte por un sistema de responsabilidad estricta o absoluta por parte de los Estados por el daño ambiental transfronterizo, los cuales se observan, en los años desde 1978 a 1984, fechas en las que se nombró al Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin – Baxter, en el ámbito de aplicación sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional se delimitó un plan esquemático, el mismo que se incluyó en el Cuarto informe<sup>1814</sup> sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, en donde el Relator Especial propone la necesidad de acudir a un sistema nuevo y excepcional de obligaciones, regido por *el*

---

<sup>1811</sup> la falta de consistencia de la praxis convencional y diplomática, no permite que por el momento se pueda hablar de una norma de derecho internacional consuetudinaria que consagre una responsabilidad con otro fundamento que el del esquema clásico del hecho ilícito. GOMEZ-ROBLEDO, Alonso; “*Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos*”, En “Estudios de Derecho Internacional Público, N° 09”, Coordinadora FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, Editorial “Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma de México”, Segunda Edición, México D.F., 2014, pág. 6.

<sup>1812</sup> The legal issues which will need to be addressed in relation to state liability are broadly similar to those concerning civil liability, although the range of activities for which a state might be liable is extensive. Specific issues of particular concern include liability for damage to the environment in areas beyond national jurisdiction, the question of financial limits (if any) of a state's liability, and the distinction between liability for damage to the environment of a state and liability for damage to its property interests. SANDS QC, Phillippe, “*Principles of International Environmental Law*”, Second Edition, Cambridge University Press, London, page 938-939.

<sup>1813</sup> SOLA, Juan Vicente, “*Coase y la decisión judicial*”, Universidad de Buenos Aires, s/f, pág. 4.

<sup>1814</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial DOC.A/CN.4/373 y Add.I, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág. 213.

*principio de causalidad o responsabilidad estricta*, independiente del sistema clásico de responsabilidad de los Estados por acciones u omisiones ilícitas y complementario del mismo<sup>1815</sup>; así como promover la elaboración de regímenes cuando sean necesarios para dar precisión a los derechos y obligaciones respectivos de los Estados interesados, sobre la obligación de evitar y *reparar el daño o la pérdida transfronterizas*, sin concluir previamente que ha mediado responsabilidad del Estado de origen por una acción u omisión ilícitas<sup>1816</sup>. Asimismo, fomentar la elaboración o el nacimiento de normas contenidas en el plan esquemático del presente tema, las mismas que no son un sustitutivo de las normas convencionales o consuetudinarias específicas que establecen la responsabilidad de los Estados<sup>1817</sup>. Por estas razones, el Relator Especial, se orientó por proponer de manera excepcional a la CDI la aplicación de la responsabilidad absoluta o estricta del Estado.

Igualmente, en ese mismo sentido se pronuncia el Proyecto de la CDI del 2006, en donde la CDI<sup>1818</sup> en relación a la cuestión relativa a la posibilidad de que los Estados asuman responsabilidad *absoluta o estricta* por los daños ambientales transfronterizos, una importante evolución para el derecho internacional en materia de responsabilidad ambiental, pues el referido proyecto se inclinó por desarrollar un esquema de avanzada, estableciendo que un sistema de “*responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa*”, esto es, una responsabilidad causal u objetiva cuyo fundamento es la reparación del daño transfronterizo. Así, el Proyecto establece en el principio 4, las ideas sobre la aplicación, *del principio de la responsabilidad objetiva*<sup>1819</sup>, las mismas que comprenden cuatro elementos relacionados entre sí: i) El Estado debería velar por una indemnización pronta y adecuada y con ese fin debería *establecer un régimen de responsabilidad apropiado*; ii) cualquier régimen de responsabilidad así establecido, puede hacer recaer la responsabilidad principal en el explotador y *no debería exigir prueba de culpa*; iii) *las condiciones, limitaciones o excepciones* que puedan imponerse a esa responsabilidad *no deberían frustrar el propósito del principio de una pronta y adecuada indemnización*, iv) el régimen es de carácter general, supletorio y *objetivo*. v) se adopta un régimen de asignación de la pérdida distribuido entre varios

---

<sup>1815</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial Documento A/CN.4/373 Y Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.214

<sup>1816</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial Documento A/CN.4/373 Y Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.220.

<sup>1817</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.224

<sup>1818</sup> Proyecto de Principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas como una solución, aplicable a las “actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible del 2006.- *Principio 4. Pronta y adecuada indemnización. (...)2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa. (...)3. Estas medidas deberían incluir también el requerimiento al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, 2006, Volumen II, Segunda Parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo periodo de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 2013, pág. 62.*

<sup>1819</sup> El Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006). Principio 4. *Pronta y adecuada indemnización.2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizad en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 85.*



sujetos, incluido, cuando proceda, el Estado, cuya cuota correspondiente, no se determina de antemano ni a los sujetos privados, ni a la función exacta que ha de atribuirse al Estado, por el carácter general y supletorio del régimen. No obstante, dicho régimen de responsabilidad, tiene como debilidad el no haber optado por una responsabilidad de los Estados por los daños ambientales transfronterizos, de naturaleza directa y absoluta. En razón a ello SANDS<sup>1820</sup>, sostiene que el progreso de la CDI en sus esfuerzos para desarrollar los principios de la responsabilidad del Estado por los daños ambientales que son de aplicación general, sigue siendo limitada y puede muy bien definir un enfoque de responsabilidad que pueda ser aplicado más ampliamente. No obstante, también se observa que los trabajos de la CDI, representan un intento positivo por lograr darle contenido material al principio internacional de responsabilidad consistente en no causar daño transfronterizo al medio ambiente de los Estados, debido a que algunas veces, giran en torno a la posibilidad de implementar la responsabilidad objetiva o absoluta deriva de los actos no prohibidos por el derecho internacional y que conecta con la responsabilidad internacional de los Estados por daños ambientales transfronterizos.

Lo más importante, para efectos de nuestra investigación, es *el establecimiento de un sistema responsabilidad internacional de los Estados general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos “absoluto” o “estricto”, en donde se establezca la responsabilidad directa de los Estados, se limiten las excepciones a la responsabilidad, reflejo de la importante función que desempeñaría el Estado de origen en el establecimiento de un sistema viable para respetar el principio de una «pronta y adecuada indemnización» por los daños ambientales transfronterizos, que llene de contenido el vacío existente en el sistema actual que articula el derecho internacional en materia de responsabilidad internacional por daños causados a otros Estados, con un sistema responsabilidad internacional eficaz.*

De todo lo anotado, se aprecia la tesis consistente en que los Estados asuman responsabilidad absoluta, no obstante que tiene muchos detractores, también tiene intentos concretos, como lo es el Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas del año 2006, en donde se inclinó por el establecimiento de la responsabilidad tipo objetiva, aunque no precisamente de naturaleza absoluta o estricta, es un precedente importante en la construcción de un futuro régimen de responsabilidad internacional de los Estados de naturaleza general, obligatoria y absoluta o estricta en materia de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos.

**3.2.1.- La aplicación del principio de la responsabilidad causal, estricta o absoluta, en el sistema de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos.** Un punto de partida, consiste en subrayar el hecho de que las situaciones modernas de «riesgo excepcional» (*ultra-hazard*) no se parecen en nada a lo que ha conocido antes la humanidad, y concluir que esas situaciones no se prestan a regulación por el método clásico, es decir, al de la responsabilidad de los Estados internacional por hechos ilícitos. De esta premisa se desprende la necesidad de acudir a un sistema nuevo de obligaciones en el cual la relación causal entre una actividad legítima y la realización de un daño grave sustituye al acto ilícito del Estado como fuente de una obligación. Tal sistema de obligaciones, regido por el principio de causalidad o responsabilidad estricta o absoluta, puede ciertamente considerarse independiente del sistema clásico de

---

<sup>1820</sup> Although the ILC's 2001 draft Articles on State Responsibility introduce a codified framework, the Commission's progress in its efforts to develop principles of state liability for environmental damage which are of general application remains limited. Indeed, the UN Compensation Commission may well have the responsibility of defining an approach which may be applied more broadly. SANDS QC, Phillippe, *“Principles of International Environmental Law”*, Second Edition, Cambridge University Press, London, page 938-939.

responsabilidad de los Estados por acciones u omisiones ilícitas y complementario del mismo<sup>1821</sup>. En este sistema, el daño, es fuente de responsabilidad internacional, y los Estados asumen responsabilidad absoluta o estricta por los daños ambientales transfronterizos.

La aplicación del principio de la responsabilidad causal se fundamenta en que debe tolerarse un riesgo de pérdida o daño transfronterizo muy grave al medio ambiente, como precio del mantenimiento de una actividad beneficiosa, la realización de esa pérdida o ese daño debería dar lugar a un derecho de reparación tan amplio como el que existiría si la pérdida o el daño se hubiera podido atribuir a un acto ilícito del Estado de origen.<sup>1822</sup> Por lo que, de lo que se trata es de hacer un símil entre los efectos, de la ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo, con los efectos de un hecho internacionalmente ilícito, en ese sentido la aplicación del principio de la responsabilidad causal «absoluta» o «sin culpa», supliría de manera práctica, la resistencia del derecho internacional a no reconocer la ilicitud de los daños ambientales transfronterizos, para lograr finalmente la responsabilidad de los Estados por la reparación de los mismos.

El objetivo central, es fomentar la práctica creciente de los Estados de regular que las obligaciones generales sean sustituidas por normas precisas de prohibición, esto es por normas específicas de responsabilidad estricta, acorde con la política de un sistema de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos, consistentes en reflejar y fomentar la práctica creciente de los Estados de regular estas cuestiones por anticipado, a fin de que las obligaciones generales tratadas en este tema, sean complementadas con normas precisas de prohibición ajustadas a las necesidades de situaciones particulares, incluidas, en su caso, *normas precisas de responsabilidad absoluta o estricta*<sup>1823</sup>. De esta manera, se aboga por una responsabilidad de naturaleza directa, la misma que se pone en funcionamiento ante la sola ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo.

Se observa, que a nivel de los trabajos de la CDI, la mera posibilidad de que se aplique el principio de la responsabilidad causal, despierta recelos, se redoblan todas las desconfianzas; y la consecuencia es que se llega a un punto muerto, conducta constante a lo largo de los trabajos de la CDI, y también, a nivel de normativa internacional, en donde los Estados, se resisten a optar por que el principio de responsabilidad causal, absoluta o estricta sea una alternativa valedera para encarar la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo, entre las razones, de los opositores a dicho sistema están: i) *Primero*, el gran problema doctrinal de la responsabilidad estricta no es la descripción del principio, sino la

---

<sup>1821</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial. Documento A/CN.4/373 Y Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág. 214.

<sup>1822</sup> Es necesario poner de manifiesto que el principio de *la responsabilidad causal* o estricta no constituye una radical y excepcional desviación del sistema clásico de la responsabilidad de los Estados por acciones u omisiones ilícitas, sino la última manifestación de tendencias más generales firmemente basadas en la práctica actual de los Estados. La responsabilidad causal, asumida por el Estado mismo o impuesta a terceros que intervienen en la realización de una actividad, suele ser uno de los componentes de una fórmula de infinitas permutaciones encaminada en todas sus formas a prevenir, minimizar y reparar un daño que era previsible, si no siempre en su realización efectiva, al menos como posibilidad real. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.215.

<sup>1823</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto periodo de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.230.

determinación de sus límites naturales<sup>1824</sup>, pues se duda que en la práctica de los Estados se recurra al principio de la responsabilidad estricta, sino en forma empírica; ii) *Segundo*, el problema esencial que se plantea al propiciar un sistema de responsabilidad «causal», «absoluta» o «sin culpa» es el de mantenerlo dentro de los límites debidos, puesto que la generalidad estará de acuerdo en que la responsabilidad causal o estricta, como la energía atómica, *es un buen vasallo pero un mal señor*<sup>1825</sup>; iii) *Tercero* la negación misma del espíritu de buena vecindad que resplandece en gran parte de la práctica de los Estados relativa a los efectos transfronterizos perjudiciales de la utilización física del territorio<sup>1826</sup>; iv) *Cuarto*, se sostiene que delimitan los objetivos y su estudio de la práctica de los Estados de una forma más restringida, identificando los actos no prohibidos por el derecho internacional con la responsabilidad *absoluta o estricta* del Estado<sup>1827</sup>, excedería el ritmo de progreso de la comunidad internacional y correría el riesgo de encubrir el auténtico impulso generador de ese progreso. Estas y otras razones se vierten, en contra de la posibilidad de la implementación de la responsabilidad absoluta o estricta. Ello, explica, porque a la hora de proponer la responsabilidad estricta del Estado, la doctrina vacila y en la práctica de los Estados los precedentes escasean<sup>1828</sup>. No se razona, que el progreso de la comunidad internacional, no debe perjudicar el medio ambiente, pues las actividades ambientalmente riesgosas traen peligros que no se deben permitir, más aún si los mismos finalmente se convierten en daños ambientales transfronterizos, lo cual es un contrasentido para el avance de la civilización humana, más aún cuando muchas veces dichos daños son irreversibles.

Las dificultades, y oposiciones a la implementación del principio de la responsabilidad causal, no debe opacar la aplicación de su valor actual y la significación futura del principio de la responsabilidad causal, aun a pesar de los recelos que despierta su implementación, pues en contraposición se puede ir adelantado

---

<sup>1824</sup> No obstante, algunos Estados tienen más poder que otros a la hora de adoptar esa decisión; a la larga tal vez sea más conveniente que se mantenga en pie la idea de la *responsabilidad estricta*, no de forma obligatoria, sino como una opción que ofrezca a los descontentos un argumento y una norma de referencia. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto período de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.I, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.235.

<sup>1825</sup> Esta idea se ha subrayado repetidas veces durante los distintos debates celebrados sobre el tema que se examina en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Por ejemplo, en el trigésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General se ha dicho que la *responsabilidad causal* es siempre el producto de un régimen convencional particular y que no tiene cabida en el derecho internacional consuetudinario. Se ha afirmado que la adopción del principio de la responsabilidad causal modificaría radicalmente las normas de imputación, que limitan la responsabilidad de los Estados a las consecuencias de las acciones u omisiones ilícitas. (...) Esas observaciones críticas tal vez respondan, hasta cierto punto, a la preocupación por el alcance aún sin definir del presente tema, pero también son una justificación de la decisión originaria de la Comisión de no equiparar el presente tema a una *exposición del principio de la responsabilidad causal o estricta*. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto período de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.I, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.214.

<sup>1826</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto período de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.I, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.217.

<sup>1827</sup> En este informe se ha insistido mucho en la dificultad de enunciar las normas ordinarias de responsabilidad de los Estados por los actos y omisiones ilícitos en una forma que brinde soluciones prácticas a los actuales problemas jurídicos. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto período de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.I, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.232.

<sup>1828</sup> Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto período de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial Documento A/CN.4/373 Y Add.I, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.232.

los beneficios de su implementación: i) el principio de la responsabilidad estricta, proporciona un marco mucho más eficaz que el conjunto de unas normas inutilizadas; ii) proclama el deber de reparar, con sujeción a determinados factores, previamente establecidos en el sistema de responsabilidad, por lo que sin pretender llegar a alcanzar la perfección del principio de la responsabilidad estricta, es un intento que puede funcionar en la práctica en favor de su realización; iii) el sistema de la responsabilidad estricta es la única alternativa verdadera al sistema de la responsabilidad de los Estados por hechos u omisiones ilícitos<sup>1829</sup>, para resolver de manera práctica la problemática de la causalidad del daño ambiental transfronterizo, pues obliga a los Estados a reconocer la necesidad de aplicación de dicho principio y a encarar la problemática de la reparación del daño ambiental de manera directa y eficaz; iv) la responsabilidad estricta o absoluta en materia de responsabilidad por el daño ambiental transfronterizos, es la solución más viable y la única que desalienta definitivamente los torpes compromisos que ponen en peligro la biosfera y compensan insuficientemente a las víctimas de desastres evitables; v) la responsabilidad absoluta se fundamenta en el hecho que quien daña el medio ambiente de otros Estados o a los espacios comunes de la humanidad, deba ser quien lo repare, independientemente de cuál sea el grado de culpa o diligencia que tuvo el Estado de origen para evitar dicho daño; vi) al establecerse la responsabilidad absoluta de los Estados, se refuerza el Estado víctima al tiempo que proporciona la máxima protección para el medio ambiente; vii) en este tipo de hipótesis la víctima estará eximida de tener que aportar la prueba de una eventual negligencia por parte del autor del daño; y éste a su vez no podrá ser exonerado o liberado de su obligación jurídica de reparación aduciendo que se habrían adoptado todas las precauciones requeridas y las debidas diligencias.<sup>1830</sup> La prueba de un vínculo de imputación entre el daño producido y la actividad realizada que comportan riesgos excepcionales es de una importancia fundamental en materia de responsabilidad absoluta.

Así, en el régimen del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006) se establece específicamente *la responsabilidad objetiva*, en la segunda frase del párrafo 2 del proyecto, el mismo que dispone que la responsabilidad *no debe basarse en la prueba de culpa*. En ese sentido, las actividades peligrosas y extremadamente peligrosas, que constituyen la materia objeto del citado proyecto de principios, entrañan operaciones complejas y conllevan ciertos riesgos inherentes de causar daños sensibles, por lo que, se reconoce en general que sería injusto e impropio *imponer al demandante la pesada carga de probar la culpa o negligencia* con respecto a actividades tecnológicas altamente complejas, cuyos riesgos y procedimientos son mantenidos celosamente secretos por la industria interesada<sup>1831</sup>, siendo por tanto justo prever, en los casos de daños resultante de actividades peligrosas, la *responsabilidad causal* del explotador en el plano

---

<sup>1829</sup> Como ha mostrado Caubet, ambos sistemas adolecen de la misma limitación. A menos que la ecuación sea sencilla, ninguno de los sistemas ofrece una respuesta tan convincente que las partes en una controversia no puedan mantener sus propias posiciones y se nieguen a litigar. Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II. Primera Parte, 1983, Documentos del Trigésimo quinto período de sesiones, Cuarto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, Documento A/CN.4/373 Y Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág.235.

<sup>1830</sup> GOMEZ-ROBLEDO, Alonso; “Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos”, En “Estudios de Derecho Internacional Público, N° 09”, Coordinadora FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, Editorial “Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma de México”, Segunda Edición, México D.F, 2014, pág. 127-128.

<sup>1831</sup> Véase, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 87.

internacional<sup>1832</sup>. Por lo que, este proyecto, constituye un importante avance en la construcción de un sistema absoluto de responsabilidad de los Estados.

### **3.3.-La canalización de la responsabilidad del Estado hacia operadores privados a través de los regímenes convencionales de naturaleza sectorial.**

Ante las limitaciones advertidas en el sistema general de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos y con objeto de garantizar la reparación de los daños ambientales, varios instrumentos internacionales han desarrollado regímenes de responsabilidad objetiva que trasladan la responsabilidad a los operadores privados económicos, pasando así del derecho internacional público al derecho internacional privado. En donde no se ha establecido la responsabilidad directa de los Estados en caso de la ocurrencia de los daños ambientales transfronterizos, sí en cambio, los Estados han optado por que dicha responsabilidad sea asumida por los explotadores privados que realizan directamente actividades ambientalmente peligrosas.

Los acuerdos de naturaleza sectorial, han desarrollado el principio de responsabilidad internacional, cuya principal característica es que se ha establecido la responsabilidad objetiva<sup>1833</sup>, en donde se afirma la tendencia que los Estados no asuman la responsabilidad por la totalidad de los riesgos ambientales,<sup>1834</sup> justamente en aquellos ámbitos, en donde el riesgo y la magnitud de los perjuicios al medio ambiente son más elevados. En los referidos convenios, se ha establecido la obligación de reparar todo daño causado por la actividad de alto riesgo que se emprenda, sean cuales fueren las medidas de prevención o de atenuación del daño que se haya tomado o el vínculo de causa a efecto entre la actividad y el daño<sup>1835</sup>, los privados asumen responsabilidad directa y objetiva en materia de actividades nucleares, transporte de hidrocarburos, transporte de residuos sólidos y tóxicos, entre otras actividades.

Es una práctica normativa internacional generalizada y aceptada por la comunidad internacional, y también los Estados se han manifestado en favor de los convenios sectoriales de responsabilidad, pues a través de ellos, se permiten eludir los intrincados problemas de la responsabilidad internacional<sup>1836</sup>. El problema es que la canalización de la responsabilidad por parte de los Estados hacia los privados, es la materialización del incumplimiento e ineficacia jurídica del principio de responsabilidad internacional,

---

<sup>1832</sup> Los beneficios que se espera obtener con la actividad de riesgo constituyen una de las motivaciones para que la industria emprenda esa actividad, en general se supone que los regímenes de responsabilidad causal proporcionan incentivos para una mejor gestión de los riesgos creados. Véase, “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Vol. II, Segunda Parte, 2001, Documento A/CN.4/2006/Add.1 (Part 2) Informe de la Comisión la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York - Ginebra, 2013, pág. 88.

<sup>1833</sup> “i) Quant aux actions délictuelles et quasi délictuelles en réparation de dommages écologiques, elles reposent maintenant, le plus souvent, sur une responsabilité objective qui répond mieux au principe «pollueur payeur». D’ailleurs, les régimes spéciaux de responsabilité relatifs à la pollution des mers par les rejets d’hydrocarbures, à la responsabilité nucléaire et aux troubles de voisinage, sont des régimes de responsabilité sans faute. Cette primauté de la responsabilité objective a d’ailleurs été consacrée dans la Convention de Lugano”. Jean-Louis BERGEL, «*Sous La Responsabilité Civile. En Droit Français Et La Mise En Ouvre Du Droit De L’environnement*», Sous la direction de Sandrine Maljean-Dubois, «*L’effectivité Du Droit Européen De L’environnement Contrôle De La Mise En Couvre Et Sanction Du Non-respect*», Op. Cit., page.163-168;

<sup>1834</sup> PIGRAU SOLE, Antoni, “*La responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico. Rosa Fernández Egea y Susana Borrás Pentinant, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional de medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, 2011, pág.106-116.

<sup>1835</sup> Véase “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo cuarto periodo de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, pág.96-130.

<sup>1836</sup> Dichos sistemas sectoriales, deben satisfacer quien opera la actividad causante de los mismos a los perjudicados, con independencia de que operadores y perjudicados sean particulares o Estados. PIGRAU SOLE, Antoni, “*La responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico. Rosa Fernández Egea y Susana Borrás Pentinant, PIGRAU SOLE, Antoni (Eds.), *Derecho Internacional de medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Editorial Cameron May, Londres, 2011, pág.114-115.

consistente en que los Estados no deben causar daños ambientales a otros Estados<sup>1837</sup>, y además constituye el mecanismo que utilizan los Estados para no establecer un régimen de responsabilidad internacional general, en donde asuman la responsabilidad absoluta o estricta, dejando en indefensión la reparación de los daños ambientales transfronterizos.

Se observa, que la tendencia general de los Estados, es evitar asumir la responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos ocasionados por actividades no prohibidas por el derecho internacional realizadas tanto por particulares, como por los Estados mismos. La evasión de la responsabilidad de los Estados por los daños transfronterizos es una constante en el derecho internacional. Al respecto, MAR CAMPINS<sup>1838</sup> explica que los Estados han preferido que las personas privadas que realizan las operaciones de gestión, sean quienes asuman la responsabilidad objetiva, lo que supone que dicha responsabilidad se aplica sobre el exportador, el gestor o el productor, pero no al Estado del que son nacionales. Es así como un buen número de Estados han introducido la responsabilidad objetiva de tales personas físicas y jurídicas a través de disposiciones de derecho interno.

En los convenios sectoriales, los Estados se presentan como sujetos de derecho privado y no de derecho público. Por lo que si bien se opta por la responsabilidad por el riesgo, no obstante, esta es canalizada según sea el caso, al jefe de la instalación, al exportador, al gestor o al productor, exceptuándose al Estado de dicha responsabilidad, cuyo fundamento central es el principio “quien contamina paga”<sup>1839</sup>, y que los costes de la reparación del daño ambiental transnacional deben ser asumidos por los operadores de dichas actividades ambientalmente peligrosas.

De esta forma, cuando se trate de actividades realizadas por entidades estatales, tal y como señala JUSTE,<sup>1840</sup> los Estados se presentan únicamente como sujetos de derecho privado, actuando como sujetos desprovistos de las prerrogativas soberanas de que son titulares, debido a que asumen un tipo de responsabilidad puramente civil, determinando la debilidad del sistema de responsabilidad internacional en esta materia, pues las soluciones se están dando mayormente desde el punto de vista del derecho internacional privado.

Así tenemos que, por ejemplo, el sistema global por los daños nucleares conformado por la Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares<sup>1841</sup> de Viena (1963)<sup>1842</sup>, que crea un sistema común para la

---

<sup>1837</sup>BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental Fundamentación y Normativa*”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, S/F, pág. 182-183.

<sup>1838</sup>“En la práctica, los Estados parecen estar lejos de aceptar la imposición, ni que sea a título convencional, de una responsabilidad objetiva por las consecuencias perjudiciales a que las actividades que se desarrollan bajo su control puedan dar lugar. Aun cuando es cierto que se han mostrado en ocasiones favorables a la reparación de los daños causados a terceros, han asumido esta obligación sin mención alguna de su posible responsabilidad ni de una obligación internacional que dispusiera una actuación en este sentido. Ello, no obstante, es necesario encontrar un mecanismo de reparación de las víctimas que no se vea bloqueado por las reticencias que con frecuencia muestran los Estados. La solución por ahora ha sido la de izar las cuestiones de nivel de las relaciones interestatales al de las relaciones interpersonales”. CAMPINS ERITJA, Mar, “*La Gestión de los Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea*”, Op. Cit. pág. 232-236.

<sup>1839</sup> “La consécration d'un principe de responsabilité objective des dommages écologiques paraît liée à l'idée selon laquelle le pollueur doit supporter le coût des mesures de prévention et de remise en état parce qu'il doit assumer le risque de ses activités. Ainsi, l'avènement du principe «pollueur payeur» impliqué par lui-même une responsabilité objective, au moins s'il s'agit d'activités considérées en elles-mêmes comme dangereuses”. Jean-Louis BERGEL, «*Sous La Responsabilité Civile. En Droit Français Et La Mise En Ouvre Du Droit De L'environnement*», Sous la direction de Sandrine Maljean-Dubois, «*L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Ouvre Et Sanction Du Non-respect*», Op. Cit., page.163-168.

<sup>1840</sup>CAMPINS ERITJA, Mar, “*La Gestión de los Residuos Peligrosos*”, En “*La Comunidad Europea*”, Edit. José M. Bosch, primera edición, Barcelona -España, 1994, pág. 232-236.

<sup>1841</sup>Sólo podrá considerarse responsable de los daños nucleares al explotador. <http://europa.eu.int>.

distribución de las pérdidas del explotador responsable, como puntualiza BIRNIE, se crea un sistema común para la distribución de las pérdidas del explotador responsable, reforzado por sistemas de indemnización financiados por el Estado<sup>1843</sup> en donde los Estados intervienen a través de sistemas de indemnización financiados por ellos mismos, no obstante, su principal característica es la incidencia en la canalización de responsabilidad en los privados<sup>1844</sup>. De allí que, en la responsabilidad internacional por los daños causados por un incidente nuclear<sup>1845</sup>, solo es responsable el operador de una instalación nuclear, y cuando son varios los operadores podrán ser considerados conjunta y solidariamente responsables por el mismo accidente nuclear.

Existiendo la posibilidad de transferir dicha responsabilidad a otros intervinientes de dicha actividad, como la del transportador del material nuclear o un controlador de gasto radiactivo<sup>1846</sup>, los operadores u otras personas que causan daño intencionalmente o por imprudencia. No obstante, en estos casos la responsabilidad del operador de una instalación nuclear no va a disminuir sustancialmente la concentración de la responsabilidad, pues la constante es que los Estados no asumen responsabilidad directa, no obstante, que en estos casos es imposible que un privado, por los altos costos económicos, puedan asumir los costos de la reparación integral de un de daño ambiental transfronterizo nuclear.

Por su parte, el Protocolo común de 1988, relativo a la Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares de Viena y de París, ratifica que el explotador de una instalación nuclear situada en el territorio de una parte en la Convención de Viena será responsable de los daños transfronterizos.<sup>1847</sup> De igual manera el Protocolo de Viena de 1997,<sup>1848</sup> relativa a la Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963<sup>1849</sup>, el mismo que en armonía con todos los convenios del referido sistema, estipula que la responsabilidad de los daños nucleares corresponde al operador nuclear<sup>1850</sup> y no a los Estados.

Por su parte, el Convenio de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños a la contaminación por hidrocarburos, de igual manera canaliza una responsabilidad amplia en el propietario de la nave, dado que

---

<sup>1842</sup> Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500_sp.pdf).

<sup>1843</sup> BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, *"International Law and The Environment"*, Op. Cit., Page. 520-523.

<sup>1844</sup> Convention de Vienne Relative a la Responsabilite Civile en Matière de Dommages Nucleaires, Vienne, le 21 mai 1963, ONU, <https://www.oecd-nea.org/law/vienna-convention-fr.pdf>

<sup>1845</sup> "The concept of legal channeling provides that only the operator of a nuclear installation is liable for the damage caused by a nuclear incident. Exceptions to legal channeling only apply to liability obligations deriving from (older) international agreements in the field of transportation and the right to direct action against insurers, if provided by national law. The concept of legal channeling also provides that operators are only liable under the Convention and the national laws implementing the Convention. General tort law is only applicable as far as it is in accordance with these provisions. Recourse action by the operator against third parties is only possible if provided by contract, or if the damage results from an act committed with the intent to cause damage." HINTEREGGER, Monika, *"Environmental Liability and Ecological Damage in European Law"*, Edited by Cambridge University Press, 2008, New York, page. 28-31.

<sup>1846</sup> CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>.

<sup>1847</sup> PROTOCOLO COMÚN RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA Y DEL CONVENIO DE PARÍS, Viena, 21 de setiembre de 1988, OECD, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc402\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc402_sp.pdf)

<sup>1848</sup> PROTOCOLO COMÚN RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA Y DEL CONVENIO DE PARÍS, Viena, 21 de setiembre de 1988, OECD, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc402\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc402_sp.pdf)

<sup>1849</sup> PROTOCOLO DE ENMIENDA DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1963 SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de setiembre de 1988, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc402\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc402_sp.pdf)

<sup>1850</sup> Protocolo de Viena Relativa a la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares 1963 (1997). PROTOCOLO DE ENMIENDA DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1963 SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS Nucleares, Viena, 12 de setiembre de 1997, ONU, <https://www.boe.es/doue/2013/220/L00001-00011.pdf>

no es posible hacer ninguna reclamación de indemnización contra los funcionarios o agentes del propietario de la nave, los miembros de la tripulación, los pilotos, el fletador o el gerente o armador del buque, incluyendo sus agentes y funcionarios,<sup>1851</sup> y menos al Estado de origen del daño, pues se excluye la responsabilidad de cualquier otro responsable potencial<sup>1852</sup>. Al recaer la responsabilidad, de manera concentrada en el propietario de la nave<sup>1853</sup>, determina la ineficacia de dicho sistema, en relación a la reparación integral de los daños ambientales, por la ausencia de los Estados, en asumir directamente la responsabilidad internacional de los daños ambientales transfronterizos por hidrocarburos.

La doctrina justifica dicha limitación de la responsabilidad por las características especiales de la industria de la navegación, en donde, el reparto equitativo de los costes sigue aun siendo controvertidos<sup>1854</sup>, aun cuando de conformidad con el artículo IV del convenio<sup>1855</sup> existe responsabilidad mancomunada y solidaria de dos o más barcos. No obstante, vale la pena preguntarse si los límites de la responsabilidad del propietario del buque se pueden todavía justificar y si los demás intervinientes el dueño de la carga, el capitán del barco, los responsables de las malas maniobras causantes del accidente, los receptores de la carga, los responsables del mantenimiento técnico del barco, los terceros que intervienen en el accidente, las autoridades de navegación, en especial, el Estado de origen que permitió la realización de dicha actividad, deben también estar obligados a contribuir solidariamente por los daños ambientales transfronterizos.

Por lo que, en un sistema de responsabilidad del daño ambiental transfronterizo, deberá tomarse en cuenta que se comparta la responsabilidad sin exclusión de cualquier participante potencial en la ocurrencia del mismo, conjuntamente con el Estado de origen, todos deben ser solidariamente responsables, y asumir la

---

<sup>1851</sup> (Article III 4). PROTOCOL OF 1992 TO AMEND THE INTERNATIONAL CONVENTION ON CIVIL LIABILITY FOR OIL POLLUTION DAMAGE 1969, London, 27 november 1992, OMI-ONU, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201956/v1956.pdf>

<sup>1852</sup> Then again, ships sink and cause pollution for various reasons. Sometimes a third party such a harbor pilot or a navigation authority is at fault. Who among all these possibilities should be made liable for the damage is a policy choice, not one capable of being answered by the polluter-pays concept. Sensibly, the present internationally agreed scheme of liability and compensation for pollution from ships treats both the ship's owner and the cargo owner as sharing responsibility, while excluding the liability of any other potential defendant in order to facilitate easy recovery by plaintiffs. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, *"International Law and the Environment"*, Third Edition, Oxford University Press- New York-USA, page -434.

<sup>1853</sup> The 1992 Oil Pollution Liability Convention channels liability not to the ship's operator, nor to the cargo owner, but to the ship-owner, who may be sued only in accordance with the Convention, and who is required to carry insurance for this purpose. Under Article 3 no claim for compensation may be made against the ship's manager, operator, charterer, crew, pilot, salvor, or their servants or agents, unless the damage resulted from their personal act or omission 'committed with intent to cause such damage, or recklessly and with knowledge that such damage would probably result'. The owner's liability under Article 3 is strict, rather than absolute, in the sense that although no fault or negligence need to be shown, no liability arises where the owner can prove that the loss resulted from war, hostilities, insurrection, civil war, or natural phenomena, such as hurricanes, of an 'exceptional, inevitable and irresistible character', or was wholly caused intentionally by a third party or by the negligence of those responsible for navigation aids. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, *"International Law and the Environment"*, Third Edition, Oxford University Press- New York-USA, page. 436-437.

<sup>1854</sup> As with other such schemes, limitation of liability and equitable sharing of the costs remain controversial, but it is of course precisely those features which make the Oil Pollution Liability and Fund Conventions broadly acceptable to the shipping industry and which ensure that the oil industry cannot offload all of the incidental cost of moving its products by sea. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, *"International Law and the Environment"*, Third Edition, Oxford University Press- New York-USA, page. 440-441.

<sup>1855</sup> Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (1969). ARTICULO IV Cuando se produzcan derrames o descargas de hidrocarburos procedentes de dos o más barcos y de los mismos resulten daños por contaminación, los propietarios de los barcos encausados que no estén exonerados en virtud de lo establecido en el Artículo III incurrirán en responsabilidad mancomunada y solidaria por todos los daños que no sea posible prorratar razonablemente. CONVENCION SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACION DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>



responsabilidad directa conjuntamente con el propietario del buque, solo de esa manera, un sistema de responsabilidad internacional responderá eficazmente, para enfrentar exitosamente la reparación de los daños ambientales transfronterizos por hidrocarburos.

Asimismo, el sistema de responsabilidad por desechos peligrosos, establecidos por el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989<sup>1856</sup>, también establece la canalización de la responsabilidad por los daños producidos por los residuos peligrosos, expresamente, sobre el operador económico que realiza la gestión, o en último término, sobre el productor de los mismos, por lo que tal y como señala MAR CAMPINS las consecuencias perjudiciales que se deriven de la realización de estas actividades permanecerá en el ámbito de las relaciones privadas entre los sujetos particulares causante del daño y sus eventuales víctimas<sup>1857</sup>. Los Estados de origen del daño ambiental, evaden su responsabilidad internacional directa, determinando, el incumplimiento por parte de los Estados del principio de responsabilidad internacional, según el cual los Estados no deben dañar el medio ambiente de otro Estado.

En igual sentido, el sistema de responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas, establecido en el Convenio de Lugano del 21 de junio de 1993, sobre la responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente<sup>1858</sup>, respecto a la canalización de la responsabilidad, establece que quien está en control de una actividad peligrosa es el responsable por los daños causados por esa actividad<sup>1859</sup>. La responsabilidad se impone en el operador de la actividad

---

<sup>1856</sup> Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. (1989). Convenio de Basilea, la canalización de responsabilidad se establece en el artículo 4.2 C) y el artículo 9.2 A), y también lo indica claramente en su preámbulo, al disponer que: “Los Estados tienen la obligación de velar por que el generador cumpla sus funciones con respecto transporte de la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos de forma comparable con la protección de la salud humana y el medio ambiente, sea cual fuere el lugar en el que efectúe la eliminación”. CONVENIO DE BASILEA SOBRE EL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE LOS DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN, Basilea, 22 de marzo de 1989, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1994/09/22/pdfs/A29047-29062.pdf>

<sup>1857</sup> Los trabajos de elaboración del protocolo relativo la cuestión de responsabilidad va, lógicamente, en la misma línea se pronuncia claramente por un sistema de responsabilidad de carácter privado canalizado sobre el producto de los residuos a la persona autorizada para su gestión. De acuerdo con el proyecto, de dicho protocolo prescribe el establecimiento de un régimen General de responsabilidad, con objeto de garantizar la pronta reparación de los daños causados con el traslado transfronterizo y la eliminación de residuos peligrosos. Para lograr esta finalidad puesto que con frecuencia este tipo de reparaciones alcanza cifras que no pueden cubrir los operadores económicos por sí solos, se prevé la constitución de un fondo internacional financiero para las empresas ubicadas en la producción de las distintas fases de gestión de los residuos peligrosos estableciéndose además la posibilidad de contribuciones de los Estados parte en el protocolo. CAMPINS ERITJA, Mar, “*La Gestión de los Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea*”, pág. 232-236.

<sup>1858</sup> Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment (1963). Article 6 – Liability in respect of substances, organisms and certain waste installations or sites. 1. The operator in respect of a dangerous activity mentioned under Article 2, paragraph 1, sub-paragraphs a to c shall be liable for the damage caused by the activity as a result of incidents at the time or during the period when he was exercising the control of that activity. 2. If an incident consists of a continuous occurrence, all operators successively exercising the control of the dangerous activity during that occurrence shall be jointly and severally liable. However, the operator who proves that the occurrence during the period when he was exercising the control of the dangerous activity caused only a part of the damage shall be liable for that part of the damage only. 3. If an incident consists of a series of occurrences having the same origin, the operators at the time of any such occurrence shall be jointly and severally liable. CONVENTION ON CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE RESULTING FROM ACTIVITIES DANGEROUS TO THE ENVIRONMENT, Lugano, 21 de junio de 1963, CEE, <https://rm.coe.int/168007c079>

<sup>1859</sup> Articles 6 to 12 set out the basic principles of responsibility. First, anyone who is in control of a dangerous activity is responsible for damages caused by that activity. The problem of multiple or long-term sources is solved by placing the burden of proof on the various persons who were in control of the activity or activities to prove they were not responsible. If not, joint responsibility is imposed over all those in control for damage resulting from slow or continuous contamination or multiple sources. ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., pág. 151-153.

peligrosa<sup>1860</sup>, que puede ser cualquier individuo o sociedad o entidad de derecho público o privado, corporativo, incluyendo al Estado o cualquiera de sus subdivisiones constituyentes.

Asimismo, en los casos en donde haya cesado la actividad cuando se produce el daño, la última persona que estuviera en control será responsable a menos que él pueda demostrar que el acto causante tuvo lugar antes de que él estuviera en control, en donde la responsabilidad es conjunta con todos aquellos en el control de daños causados<sup>1861</sup>. De tal manera, precisa VON BAR, la responsabilidad objetiva del operador de la planta cesa después de la entrega correcta a un sitio de desechos, momento en el que el operador del sitio se convierte exclusivamente en responsable (artículo 7 II)<sup>1862</sup>. En ese sentido, este Convenio tiene el acierto de hacer intervenir a todos los responsables, al imponer la responsabilidad conjunta sobre todos aquellos intervinientes en dicha actividad, en ese sentido es un referente importante en materia de responsabilidad internacional, no obstante, los Estados de origen no asumen responsabilidad directa, sólo la asumen cuando realizan la actividad ambientalmente riesgosa.

En resumen, tal como se observa, en los convenios internacionales sobre responsabilidad civil sectoriales, los Estados han canalizado la responsabilidad hacia los privados, evadiendo la responsabilidad que deben asumir, determinando que el sistema que articula el derecho internacional para la reparación de los daños transfronterizos sea ineficaz, no solo porque los referidos convenios son sistemas de responsabilidad internacional sectoriales limitados a pocas actividades ambientalmente riesgosas, sino también porque no existe un sistema general y obligatorio que cubra todas las actividades ambientalmente peligrosas, en donde los Estados asuman responsabilidad directa y absoluta por los daños ambientales transfronterizos.

Esta situación del derecho internacional, no asegura, a las víctimas privadas, ni tampoco a los Estados, que las actividades ambientalmente riesgosas que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control, y que causen daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas en jurisdicción universal sean reparadas. En razón a ello, los Estados en cumplimiento del principio de responsabilidad internacional de que ningún Estado puede hacer daño ambiental al territorio de otro Estado, ni al territorio de jurisdicción universal, deben normar un sistema de responsabilidad internacional general y obligatorio en donde los Estados de origen asuman responsabilidad directa por los daños ambientales transfronterizos.

### **3.3.1.- El aporte de los regímenes internacionales de responsabilidad civil de naturaleza sectorial, al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los estados por el daño ambiental transfronterizo**

---

<sup>1860</sup>Liability is imposed on the operator of the activity, who is defined as the person exercising control over a dangerous activity (Article 2. 5). A 'person' under the Convention means any individual or partnership or body governed by private or public law, whether corporate or not, including a state or any of its constituent subdivisions (Article 2. 6). The operator is allowed to escape liability under various defenses (Article 8), including contributory negligence (Article 9). HINTEREGGER, Monika, *“Environmental Liability and Ecological Damage in European Law”*, Op. Cit., page. 3-6.

<sup>1861</sup>Articles 6 to 12 set out the basic principles of responsibility. First, anyone who is in control of a dangerous activity is responsible for damages caused by that activity. The problem of multiple or long-term sources is solved by placing the burden of proof on the various persons who were in control of the activity or activities to prove they were not responsible. If not, joint responsibility is imposed over all those in control for damage resulting from slow or continuous contamination or multiple sources. For waste-disposal sites, the person in control at the moment the damage occurs is responsible. In cases where the activity has ceased when the damage occurs, the last person in control will be liable unless he can show that the causative event took place before he was in control. ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, *“Manual of European Environmental Law”*, Op. Cit., page. 151-153.

<sup>1862</sup>VON BAR, Christian, *“The Common European Law of Torts”*, VOLUME ONE, the core areas of tort law, its approximation in Europe, and its accommodation in the legal system, Edited, University of Oxford University Press, 1998, New York, page. 397-400.

Corresponde analizar convenios, en relación a los aportes de los regímenes internacionales de responsabilidad civil de naturaleza sectorial, al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por el daño ambiental transfronterizo. Así, tenemos, que los principales sistemas sectoriales en materia de responsabilidad civil por daño transfronterizo<sup>1863</sup>, son los siguientes:

i) El sistema global de responsabilidad objetiva sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares<sup>1864</sup>;  
ii) el sistema europeo de responsabilidad objetiva sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares;  
iii) el sistema global de responsabilidad objetiva sobre los daños ambientales transfronterizos, en materia de hidrocarburos; iv) sistemas objetivos de responsabilidad sobre contaminación aguas de mares, ríos y lagos; v) el sistema de responsabilidad objetiva sobre los daños causados por el movimiento transfronterizo de desechos y su eliminación; vi) el sistema de responsabilidad por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente. Sistemas de responsabilidad, que se encuentran en el ámbito del derecho internacional privado, importando su análisis un aporte en el diseño de un sistema de responsabilidad internacional general y obligatorio de los Estados por “los daños transfronterizos”.

### **3.3.1.1- El sistema global de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares.**

**a) Los daños nucleares.** La Convención de Viena sobre la responsabilidad civil en materia de daños nucleares (21 de mayo de 1963),<sup>1865</sup> define los daños nucleares en su artículo 1, como la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radioactivas, o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella.<sup>1866</sup> Si bien la definición se refiere estrictamente a daños personales y no al ambiente, el mismo artículo permite que se agregue a la definición los demás daños y perjuicios que se produzcan u originen de esta manera en cuanto así lo disponga la legislación del tribunal competente. La convención no prevé la indemnización de los daños morales,<sup>1867</sup> no obstante prevé la reparación de otros daños cuando así lo disponga el tribunal competente, de modo que no habría inconveniente en que ellos sean indemnizados.

---

<sup>1864</sup>En matière nucléaire. Tant sur le plan européen que sur le plan mondial, des traites ont été conclus pour définir le régime de responsabilité civile en cas d'accident. Ces traites ont été élaborés au tout début de l'Age nucléaire; la catastrophe de CHERNOBYL a démontré leurs lacunes, notamment sur la question de la définition du dommage, du montant des indemnités et du champ d'application géographique. Jean Maurice Arbour Sophie Lavalée, « *Droit International de L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec Canada, page 721-722.

<sup>1865</sup>Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963). Artículo 1.- Apruébese la "Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, 1963. Por “daños nucleares” se entenderá :i) la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles tóxicas, explosivos u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o derechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originan en ella o se envíen a ella; ii) *los demás daño y perjuicios que se produzcan u originen de esta manera en cuanto así lo disponga la legislación del tribunal competente*; sido enviadas a una persona que se encuentre en el territorio de ese Estado. LA CONVENCION DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_sp.pdf)

<sup>1866</sup> VALLS, Mario, “*Temas de Derecho Ambiental en Responsabilidad Ambiental*”, Op. Cit. pág. 202.

<sup>1867</sup> PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de la responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina en responsabilidad por daños al medio ambiente*”, Op. Cit., pág. 258-279.

Por lo que La Convención de Viena se ocupa de los daños nucleares, los mismos que tienen como antecedente las numerosas catástrofes ocasionadas por la actividad nuclear, debido al progreso de las ciencias físico-químicas y de la navegación aérea, la cual se ha agigantado en los últimos años, dando lugar a un gran desarrollo de los experimentos con sustancias radiactivas.<sup>1868</sup> Se tratan de daños que necesitan un tratamiento especial como lo demostró el incidente de Chernobyl<sup>1869</sup>, en razón a que dichos daños pueden ser generalizados, y no se limitan a un período específico de tiempo y además hay dificultades de la prueba de un vínculo causal entre el daño causado y la exposición a la radiación.

#### **b) El establecimiento de la responsabilidad absoluta recaída en los explotadores nucleares**

En principio, el sistema global de daños nucleares<sup>1870</sup>, constituye un importante referente, al haber establecido un sistema *absoluto* de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos nucleares. Aun cuando como sostiene BIRNIE<sup>1871</sup>, el mismo está dirigido a los privados, es de un gran valor para que los Estados por su situación de privilegio, tengan mucha más posibilidad de asumir dicho tipo de responsabilidad. El referido sistema, integrado por la convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares<sup>1872</sup> (1963) establece la responsabilidad absoluta recaída en los explotadores nucleares<sup>1873</sup>, a través del cual, se crea un sistema común para la distribución de las pérdidas del explotador responsable, reforzado por sistemas de indemnización financiados por el Estado<sup>1874</sup> y además, se opta por la responsabilidad solidaria cuando la responsabilidad por los daños nucleares recaiga en más de un explotador<sup>1875</sup>. No obstante, la intervención de los Estados en la asunción de sistemas de

---

<sup>1868</sup> La posibilidad de producción y aprovechamiento económico de las desintegraciones nucleares controladas ha abierto a la humanidad una fuente de energía hasta hace poco de dimensiones desconocidas, pero al mismo tiempo incluso es utilización para fines pacíficos ha traído consigo riesgos de grandes dimensiones. El peligro de una explosión nuclear controlada que puede aniquilar a la vida o la salud de gran número de hombres en consecuencia de que las ondas de expresión y de calor se desprenden de la irradiación radiactiva inherente a ella. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, "Tratado de Responsabilidad Civil", T. II, Edit. Bosh S. A., Barcelona, 2008, pág. 814-815.

<sup>1869</sup> As the Chernobyl incident demonstrated, the damage caused by nuclear actions can be widespread and not confined to a specific period of time. There are also difficulties of proving a causal link between the injury caused and exposure to radiation. Many diseases that are caused by radiation also occur naturally, and trying to establish whether or not there is an epidemiological link is frequently fraught with difficulties. Stuart Bell LLB Hons, Barrister and Donald Mc GiUivrav LLB Hons, MA, "Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment", Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, pág. 286- 287.

<sup>1870</sup> PROTOCOLO COMÚN RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA Y DEL CONVENIO DE PARÍS, Viena, 21 de septiembre de 1988, OIEA-OCDE, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc402\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc402_sp.pdf)

<sup>1871</sup> Whether liability is described as absolute, or merely strict, is a matter of degree. The more exculpatory factors are recognized the less appropriate it becomes to use the term absolute. Liability is then strict in the limited sense that fault or negligence is not required; in effect the burden of proof is moved to the defendant. On this spectrum, the nuclear liability conventions fall some way between liability for oil pollution damage, where liability is strict rather than absolute, and liability for space objects, where the launch state is exonerated from absolute liability only when the damage on Earth results from the intention or gross negligence of a claimant state or persons it represents. The imposition of strict or absolute liability for nuclear incidents is supported by a substantial body of national legislation, including some states not parties to the conventions themselves. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, "International Law and the Environment", Op. Cit., page. 523-524.

<sup>1872</sup> LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_sp.pdf)

<sup>1873</sup> LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_sp.pdf)

<sup>1874</sup> LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_sp.pdf)

<sup>1875</sup> La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963). Responsabilidad solidaria. Artículo 2.3. a) Cuando la responsabilidad por daños nucleares recaiga en más de un explotador, esos explotadores, en la medida en que no se pueda determinar con certeza qué parte de los daños ha de atribuirse a cada uno de ellos, serán *mancomunada y solidariamente* responsable (...). V.5. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Convención, sólo podrá considerarse responsable de los daños nucleares al explotador. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_sp.pdf)

indemnización, es de naturaleza limitada<sup>1876</sup>, en relación a la cuantía del monto indemnizatorio y además porque no asumen responsabilidad directa y absoluta. Tal situación repercute negativamente en la posibilidad de la reparación integral de los daños nucleares, por lo que frente a una catástrofe ambiental como lo fue el caso CHERNOBYL, este sistema no es suficiente para que todos los daños sean compensados o reparados en su integridad. Tal estado de cosas, obliga a que se opte por un sistema internacional de responsabilidad general, obligatorio, y de naturaleza *absoluto o estricto* que responda de manera satisfactoria al concepto amplio de daño ambiental transfronterizo nuclear.

La responsabilidad de tipo *absoluta o estricta* de los privados, se ha establecido también en los acuerdos complementarios del sistema global de daños nucleares, así tenemos, que: i) El Protocolo de Viena (1988)<sup>1877</sup>, establece que el explotador de una instalación nuclear situada en el territorio de una parte de la Convención de Viena, asumirá una *responsabilidad absoluta*, por los daños nucleares sufridos en concordancia con lo establecido en la referida Convención<sup>1878</sup>; ii) por su parte, la Convención de Viena de 1997 sobre responsabilidad civil por daños nucleares<sup>1879</sup>, de manera similar al sistema global de daños

---

<sup>1876</sup>Despite these improvements, however, a really serious accident on the scale of Chernobyl could still result in uncompensated damage beyond the limits of the Paris/ Brussels scheme. In this remote possibility, that part of the loss will then lie where it falls, although claims under the general international law of state responsibility remain possible in respect of the uncompensated loss.

---

**Compensation amounts revised under the Paris and Brussels Conventions (2004)**

<b>Before revision</b>		<b>After</b>
First tier	SDR 15 million or	€700 million minimum
Operator's liability insurance	national limit	
After revision		
	Difference between the	Difference between first
	first tier and SDR 125	tier and € 1200 million
	million	
	SDR 315 million	

---

I: BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, "*International Law and the Environment*", Third Edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS- New York-USA, page. 527-529.

<sup>1877</sup> Es un Protocolo Común relativo a la aplicación de la Convención de Viena (Sistema global) (1988) y del Convenio de París (Sistema europeo) celebrada conjuntamente por el Organismo Internacional de Energía Atómica y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos en la Sede del Organismo Internacional de Energía Atómica. El artículo II A los efectos del presente Protocolo: a) El explotador de una instalación nuclear situada en el territorio de una Parte en la Convención de Viena será responsable, conforme a dicha Convención, de los daños nucleares sufridos en el territorio de una Parte a la vez en el Convenio de París y en el presente Protocolo. PROTOCOLO COMÚN RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA Y DEL CONVENIO DE PARÍS, Viena, 21 de septiembre de 1988, OIEA-OCDE, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc402\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc402_sp.pdf)

<sup>1878</sup> L'AIEA et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) joindront leurs efforts pour négocier un *Protocole Commun* de 1988 á fin de jeter un pont entre les deux conventions et d'éliminer les incompatibilités qui pouvaient résulter de la ratification des deux conventions par un même Etat: les Parties au Protocole sont *nucléaires*, adoptée en 1971, qui impute à l'exploitant d'une installation nucléaire tout dommage cause par un accident nucléaire au cours du transport maritime. JEAN-MAURICE Arbour Sophie Lavalée, « *Droit International de L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thoms on-Bruylant, 2006, Québec Canada, page 721-722.

<sup>1879</sup>Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares (1997). *Precisiones de los términos convencionales*. Artículo II A los efectos de la presente Convención: a) Por "Convención de Viena" se entenderá la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 21 de mayo de 1963 y toda enmienda de la misma que esté en vigor para una Parte Contratante en la presente Convención. *La Finalidad y aplicación*. 1. La presente Convención tiene por finalidad suplementar el sistema de indemnización establecido de acuerdo con el derecho nacional que: a) aplique uno de los instrumentos (...) la Convención de Viena o bien el Convenio de París). Se aplica a los daños nucleares *cuya responsabilidad es del operador*. (...) Capítulo II-*Indemnización*-Artículo II.1. La indemnización relativa a daños nucleares para cada incidente nuclear se garantizará por los siguientes medios: a) i) El Estado de la instalación garantizará la aportación de 300 millones de DEG o del importe superior que pueda haber especificado ante el Depositario en cualquier momento antes del incidente nuclear o un importe transitorio con arreglo al inciso ii); una Parte Contratante podrá establecer, por un máximo de diez años a contar de la fecha de apertura a la firma de la presente Convención, un importe transitorio de por lo menos 150 millones de DEG con respecto a un incidente nuclear que ocurra dentro de ese períodos) en la parte que rebase la cuantía aportada de acuerdo con el apartado a), las

nucleares, ha establecido la responsabilidad absoluta, y además, parte de un concepto amplio de daño ambiental transfronterizo y de una participación amplia de los Estados<sup>1880</sup>. ARBOUR<sup>1881</sup>, puntualiza que el concepto de daño nuclear va más allá del daño a las personas y a los costos relacionados con los daños de la instalación nuclear, pues comprende además los daños provocados a las propiedades por las acciones radiactivas, tóxicas, explosivas de los materiales nucleares que ocasionan daño al medio ambiente; iii) de igual forma, el Convenio sobre la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares(1971)<sup>1882</sup> responsabiliza de manera absoluta al operador de la instalación de energía nuclear<sup>1883</sup>, quien es el único responsable de cualquier daño causado por una actividad nuclear, no solo del accidente nuclear en la instalación, sino también, durante el transporte de sustancias que provienen de las plantas<sup>1884</sup>. Por lo que este sistema, al optar porque todo el peso de la responsabilidad internacional en materia nuclear recaiga solo en el operador de la instalación de energía nuclear, obviamente se trata de un sistema débil de responsabilidad, pues es imposible que los privados puedan lograr reparar los gravísimos daños que ocasiona la actividad nuclear, y sin la solidaridad de los Estados, quienes por su situación privilegiada están en mejores condiciones que los privados de asumir el referido tipo de responsabilidad, es casi imposible la reparación integral de los daños ambientales transfronterizos nucleares.

Debe precisarse que, si bien en el sistema global de daños nucleares se ha establecido la responsabilidad objetiva para los privados, mediante la cual no se exige prueba alguna de la culpa del explotador de la instalación nuclear de que se trate<sup>1885</sup>, esta responsabilidad tiene límites y también exoneraciones de

---

Partes Contratantes concederán fondos públicos de acuerdo con la fórmula especificada en el artículo IV. CONVENCION SOBRE INDEMNIZACION SUPLEMENTARIA POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 12 de setiembre de 1997, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc567\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc567_sp.pdf).

<sup>1880</sup> In order to make the benefits of the 1997 Supplementary Convention as widely available as possible, participation is not confined to parties to the Vienna Convention, but is also opened to Paris Convention states and to states not party to either convention if their law conforms to the same basic principles of liability for nuclear accidents. For all these states the advantages of participation are twofold: they gain access to compensation in the event of a serious accident affecting them, as well as the assurance that their own liabilities will be shared across all participating states. Paris Convention states have perhaps most to gain from becoming parties to the 1997 Supplementary Convention because it assures them compensation in the event of another Chernobyl type accident in one of the nuclear states in Eastern Europe, provided these states are themselves parties to the Supplementary Convention. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, *"International Law and the Environment"*, Op. Cit., page. 529-530.

<sup>1881</sup> Une Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires (Convention de 1997) á aussi été adoptée en 1997; son objet est de compléter le système de réparation établi par les Conventions de Paris et de Vienne et son régime s'applique tant au dommage nucléaire dont la responsabilité incombe à un exploitant en vertu de l'une ou l'autre de ces conventions qu'au dommage dont la responsabilité incombe à un exploitant dont l'état d'installation n'est partie à aucune de ces deux conventions mais dont la législation nationale est conforme à leurs principes fondamentaux qui sont exposés dans l'Annexe 1 de la *Convention de 1997*. Elle couvre non seulement les dommages aux personnes et aux biens mais également, dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent, les cours liés à la mise en œuvre de mesures préventives raisonnables prises après qu'un accident soit survenu en caso de menace grave et imminente, les coûts liés à la restauration trouvant à l'intérieur d'une installation nucléaire. ARBOUR Jean Maurice, Sophie Lavallee, « *Droit International De L'environnement* », Op. Cit., page. 727-728.

<sup>1882</sup> Convenio Relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera del Transporte Marítimo de Materiales Nucleares, suscrito en la ciudad de Bruselas, Bélgica, el 17 de diciembre de 1971, es un convenio complementario al convenio de París, así como al Convenio de Viena, el mismo que está bajo la supervisión de la Organización de las Naciones Unidas. <http://www.cameintram.org/documentos/convenciones/>.

<sup>1883</sup> El Convenio Relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera de Transporte Marítimo de Materiales Nucleares (1971). *Responsabilidad del empresario*. Artículo 3.-Ninguna de las normas del presente convenio afectarán la responsabilidad del empresario de un buque nuclear por los daños y perjuicios causados por un accidente nuclear en el que intervengan el combustible nuclear de dicho buque o las sustancias o residuos radiactivos producidos a bordo. CONVENIO RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ESFERA DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MATERIALES NUCLEARES, Bruselas, 17 de setiembre de 1971, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1975/08/20/pdfs/A17622-17623.pdf>

<sup>1885</sup> Esto es la responsabilidad objetiva se halla vinculada estrechamente su concentración en una persona, a saber, el explotador de la instalación nuclear. SIERRA GIL de la CUESTA, Ignacio, *"Tratado de Responsabilidad Civil"*, T. II, Edit. BOSH S. A., Barcelona, 2008, pág. 814-815.

responsabilidad para su aplicación. En el artículo IV.2 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963)<sup>1886</sup> se excusa la responsabilidad asumida, por la culpa de la víctima total o parcial<sup>1887</sup> y también se establecen excepciones en su aplicación, en los casos por conflicto armado, hostilidades, guerra civil o inundaciones (artículo IV)<sup>1888</sup>. Limitaciones que en un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general, obligatorio y absoluto por “los daños ambientales transfronterizos” no deberían establecerse, pues ello implica dejar sitios contaminados y en indefensión para ser reparados en su integridad para siempre.

Constituye un importante paso que la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963), establezca que la responsabilidad incluso alcanza en aquellos casos en donde los accidentes nucleares sean causados directamente por una *catástrofe natural excepcional*,<sup>1889</sup> como por ejemplo, el caso de un temblor<sup>1890</sup>, avance significativo en materia de responsabilidad internacional, dado que el hecho que exista la actividad ambientalmente peligrosa, es un coadyuvante para que en el caso de una catástrofe natural sea mucha más gravosa para el medio ambiente.

El sistema global de daños nucleares estableció la responsabilidad *solidaria por parte del Estado*, en el protocolo aprobado en Viena del 12 de septiembre de 1997<sup>1891</sup> aun cuando la referida responsabilidad es limitada en cuanto a la cuantía, no por ello, deja de ser un precedente de suma importancia para que, en un futuro, los Estados asuman un compromiso mayor en materia de responsabilidad internacional por los

---

<sup>1886</sup> Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963). Artículo IV 1. La responsabilidad del explotador por daños nucleares con arreglo a la presente Convención será objetiva. 2. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa, el tribunal competente podrá, si así lo dispone su propia legislación, exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar una indemnización por los daños sufridos por dicha persona. CONVENCION DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500_sp.pdf).

<sup>1887</sup> La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963). (...) Artículo IV 1. La responsabilidad del explotador por daños nucleares con arreglo a la presente Convención *será objetiva*. 2. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa, el tribunal competente podrá, si así lo dispone su propia legislación, exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar una indemnización por los daños sufridos por dicha persona Convención. CONVENCION DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500_sp.pdf).

<sup>1888</sup> La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963). Artículo IV. 3. a) Con arreglo a la presente Convención no engendrarán responsabilidad alguna para el explotador los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. CONVENCION DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500_sp.pdf).

<sup>1889</sup> La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963). Artículo IV.3. b) Salvo en la medida en que la legislación del Estado de la instalación disponga lo contrario, el explotador será responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a una catástrofe natural de carácter excepcional. CONVENCION DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 21 de mayo de 1963, ONU, [https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500\\_sp.pdf](https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc500_sp.pdf).

<sup>1890</sup> PARELLADA, Carlos Alberto, “*Los principios de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en Argentina en Responsabilidad por Daños al Medio ambiente*”, Op. cit., pág. 258-279.

<sup>1891</sup> Protocolo aprobado en Viena del 12 de septiembre de 1997: Artículo I, c) Por “*Derecho Especial de Giro*”, en adelante denominado DEG, se entenderá la unidad de cuenta definida por el Fondo Monetario Internacional y utilizada por éste para sus operaciones y transacciones. Se aumentó la garantía del monto de la indemnización por parte del Estado de la instalación con el importe de compensación disponible de 300 millones DEG, fondo nacional y el CIS 300 millones de DEG adicionales. Asimismo, el importe superior que pueda haber especificado ante el depositario en cualquier momento antes del incidente nuclear o un importe transitorio una Parte Contratante por un máximo de diez años a contar de la fecha de apertura a la firma de la presente Convención, un importe transitorio de por lo menos 150 millones de DEG con respecto a un incidente nuclear que ocurra dentro de ese período. Los montos depositados antes referidos, se complementarán en la parte que rebasa la cuantía aportada de las partes contratantes con fondos públicos de acuerdo con la fórmula especificada en el artículo IV. PROTOCOLO DE ENMIENDA DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, Viena, 12 de setiembre de 1997, ONU, <https://www.boe.es/doue/2013/220/L00001-00011.pdf>

daños ambientales. Aun cuando, en el sistema global de daños nucleares, erradamente se ha exonerado de dicha responsabilidad directa a otros intervinientes de dicha actividad, como por ejemplo al transportista marítimo de estas mercancías, y en especial a los Estados. Se trata de un precedente importante, pues se observa que, en la práctica, gradualmente los Estados vienen asumiendo responsabilidades de tipo financiera, para garantizar los costos de los daños ocasionados por las actividades nucleares, lo que constituye una señal importante para la construcción de un sistema general, obligatorio y absoluto, de la responsabilidad internacional de los Estados por los daños transfronterizos.

### **3.3.1.2.- El sistema europeo de responsabilidad absoluta sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares.**

Por su parte, en el sistema europeo de daños nucleares, los países europeos adoptaron un régimen especial en materia de responsabilidad por el uso de la energía nuclear, sistema establecido en el Convenio de París de 29 de julio de 1960,<sup>1892</sup> sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, el mismo que en su artículo 6, parágrafo a)<sup>1893</sup> ha establecido un sistema de *responsabilidad absoluta*, a semejanza del sistema global por daños nucleares. El referido sistema de responsabilidad internacional, tal y como advierte SANDS<sup>1894</sup>, dispone que el explotador de una instalación nuclear sea responsable absoluto y solidario<sup>1895</sup>

---

<sup>1892</sup>Convenio Sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear (1960). Los países europeos, bajo los auspicios de la Agencia de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y del Comité de Dirección de Energía Nuclear de la Organización (en adelante denominado “Comité de Dirección”) organismo encargado de promover las legislaciones referentes a la energía nuclear, especialmente en lo que concierne al régimen de responsabilidad civil y del seguro de los riesgos atómicos, adoptaron un régimen especial en materia de responsabilidad por el uso de la energía nuclear, modificado varias veces el 28 de enero de 1964, el 16 de noviembre de 1982 y el 12 de febrero de 2004, y además complementado con la Convención suplementaria de Bruselas en enero de 1963. Firmado en 1960, y modificado varias veces. La última modificación se firmó en febrero de 2004, y se prevé su entrada en vigor cuando los Estados Europeos que son parte del Convenio depositen conjuntamente el instrumento de ratificación. CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, PARÍS, 29 DE JULIO DE 1960, OCDE-NEA,<https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf>

<sup>1893</sup>Convenio Sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear (1960). Artículo 6. a) El derecho a indemnización por un daño nuclear causado en un accidente nuclear, únicamente podrá ejercerse contra el explotador responsable de dicho daño con arreglo al presente Convenio; asimismo podrá ejercerse contra el asegurador o contra cualquier otra persona que haya concedido una garantía financiera al explotador con arreglo al artículo 10. CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGIA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, París, 29 de julio de 1960, OCDE,<https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf>

<sup>1894</sup>The Paris Convention. The operator of the nuclear installation, whether a private entity or the state, *is strictly liable* for injury to or loss of life of any person and damage to or loss of property; no provision is made for liability in respect of environmental damage. Liability generally extends to damage caused by incidents outside the installation during carriage to another installation or to other persons. This applies also to incidents involving nuclear substances in the course of carriage to or from that installation. The operator’s liability may be established by proving a causal connection between the damage and the nuclear incident; proof of fault on the part of the operator is not required although the rule does not establish ‘absolute’ liability since exceptions to the operator liability are provided by Articles 4 and 9. Unless a longer period is provided by national legislation, claims must be brought within ten years from the date of the nuclear incident. SANDS QC, Philippe, “*Principles of International Environmental Law*”, Op. Cit. page. 905-912.

<sup>1895</sup>Convenio Sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear (1960). Responsabilidad absoluta y solidaria. Artículo 3 a) El explotador de una instalación nuclear es responsable conforme al presente Convenio de todo daño nuclear (...), (con las excepciones establecidas en el artículo 3, 4 y 5). Artículo 5 (...d) Si el daño nuclear implica la responsabilidad de varios explotadores de conformidad con el presente Convenio, su responsabilidad será solidaria; (...). CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGIA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, París, 29 de julio de 1960, OCDE,<https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf>



del daño nuclear ocasionado, contra quien se podrá ejercer el derecho a la indemnización por un daño nuclear, contra el asegurador o contra la persona que garantiza financieramente al explotador de la instalación nuclear. Aspecto que amerita ser superado, en un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, en donde además de todos los intervinientes en dicha actividad ambientalmente peligrosa, deberá asumir responsabilidad el Estado de origen.

Es menester precisar, que el sistema europeo de daños nucleares, es un sistema limitado, en razón a que el Convenio de París de 1960 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear estableció limitaciones y exoneraciones en su aplicación, así: a) Se exceptúa<sup>1896</sup> la responsabilidad, en los supuestos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; b) la cuantía es limitada<sup>1897</sup>; c) se exceptúa su aplicación en los casos de daños en zonas fuera de la jurisdicción nacional<sup>1898</sup>; y además, también se exceptúa respecto a los daños nucleares sufridos en toda zona marítima establecida según el derecho internacional, por lo que, en estos aspectos, no es un referente a seguir en la construcción de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general, obligatorio, y absoluto por los daños transfronterizos.

Empero el problema más resaltante de este sistema, es que los Estados no cubren el monto faltante de la indemnización de responsabilidad cuando exceda la cuantía, limitaciones que repercuten de manera negativa en la reparación integral de los daños nucleares, situación que debe motivar un cambio en la normatividad del sistema general de responsabilidad internacional, en donde los Estados deberán asumir responsabilidad directa, absoluta o estricta y cubrir la reparación integral de los daños ambientales transfronterizos.

En los acuerdos complementarios del sistema europeo de daños nucleares, se observa igualmente, que se ha optado por una responsabilidad *absoluta*, lo cual es positivo para el sistema, y además constituye un excelente antecedente normativo en materia de responsabilidad internacional de los Estados, por los daños

---

<sup>1896</sup>Convenio Sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear (1960). Exoneraciones. Artículo 9.-El explotador no es responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear si este accidente se debe directamente a actos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil, insurrección. CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGIA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, París, 29 de julio de 1960, OCDE, <https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf>

<sup>1897</sup>Convenio Sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear (1960). Límites en la cuantía. Artículo 7 a) Toda Parte Contratante debe prever en su legislación que la responsabilidad del explotador por los daños causados por cada accidente nuclear no sea inferior a 700 millones de euros (...) en ningún caso la cuantía establecida pueda ser inferior a 70 millones de euros. ii) considerando la naturaleza de las sustancias nucleares causantes del daño y las consecuencias previsibles del accidente nuclear que puedan ocasionar, establecer una cuantía de responsabilidad menos elevada para el transporte de dichas sustancias, sin que en ningún caso la cuantía establecida pueda ser inferior a 80 millones de euros. Artículo 10 a) Para cubrir la responsabilidad civil prevista en el presente Convenio, todo explotador estará obligado a tener y mantener un seguro u otra garantía financiera por la cuantía establecida conforme al artículo 7(a) o 7(b) o al artículo 21(c), cuya clase y condiciones serán determinadas por la autoridad pública competente (...).CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGIA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, París, 29 de julio de 1960, OCDE, <https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf>

<sup>1898</sup>Convenio Sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear (1960). Artículo 2. a) El presente Convenio se aplica a los daños nucleares sufridos en el territorio, o en toda zona marítima establecida según el derecho internacional o, excepto en el caso de un Estado no Contratante no mencionado en los apartados (ii) a (iv) del presente párrafo, a bordo de un buque o aeronave matriculados. CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGIA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, París, el 29 de julio de 1960, OCDE, <https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf>

transfronterizos, así tenemos que: **i)** El Protocolo que modifica el convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil, en materia de energía nuclear, enmendado por el Protocolo Adicional de 28 de enero de 1964, hecho en París el 16 de noviembre de 1982, establece que el explotador de una instalación nuclear será responsable de cualquier daño a las personas y bienes<sup>1899</sup>. No obstante, exceptúa la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear, limitando de esa manera su responsabilidad, situación que debe ser superada, en un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por los daños transfronterizos; **ii)** la convención suplementaria de Bruselas<sup>1900</sup>, del 31 de enero de 1963,<sup>1901</sup> y complementaria del Convenio de París de 1960, sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, también establece la responsabilidad *absoluta* del explotador<sup>1902</sup>, determinando que la tendencia, en esta materia es la asunción de este tipo de responsabilidad. Convenio que, a su vez, representa un importante avance para el derecho internacional, pues ordena que los Estados, provean fondos para efectos de la reparación de los daños nucleares, aun cuando dichos fondos, son de naturaleza subsidiaria y limitados en la cuantía. Práctica positiva, tal y como precisa SANDS<sup>1903</sup> que obedece a que en muchos casos el daño nuclear sufrido excede la responsabilidad

---

<sup>1899</sup>Protocolo que modifica el convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil, en materia de energía nuclear, enmendado por el Protocolo Adicional de 28 de enero de 1964. Parte I, D) El párrafo a) del artículo 3 queda sustituido por el texto siguiente: a) El explotador de una instalación nuclear será responsable, con arreglo al presente Convenio: i) De cualquier daño a personas, y ii) De cualquier daño a bienes, con exclusión: 1. De La instalación nuclear misma y de las demás instalaciones nucleares, aun cuando estén en período de construcción, que se encuentren en el emplazamiento donde esté situada esta instalación. PROTOCOLO QUE MODIFICA EL CONVENIO DE PARÍS DE 29 DE JULIO DE 1960 ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR, ENMENDADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, París, 16 de noviembre de 1982, OCDE, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-25238>.

<sup>1900</sup>Convenio de 31 de enero de 1963 complementario al convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el protocolo adicional de 28 de enero de 1964, así como por el protocolo de 16 de noviembre de 1982 y por el protocolo de 12 de febrero de 2004. La mencionada convención fue firmada en 1963, y modificada varias veces en las mismas fechas que el Convenio de París, la última modificación se firmó en febrero de 2004, y se prevé su ratificación ligada a la del Convenio de París, por lo que un Estado sólo podrá ser parte contratante del presente Convenio si también lo es del Convenio de París. La mayoría de las partes han ratificado Convención Suplementaria de Bruselas de 1963, lo que aumenta la cantidad total de la indemnización. CONVENIO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO DE PARÍS DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, ASÍ COMO POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, Bruselas, 31 de enero de 1963, OCDE-NEA (Organización Europea de Cooperación Económica-Agencia de Energía Nuclear), <https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/brussconsolid.pdf>.

<sup>1901</sup>In Europe, liability for nuclear damage is mainly regulated by international conventions. All the Western European states, except for Austria, Ireland, Luxembourg and Switzerland, have ratified the 1960 Paris Convention, and each of the ratifying countries, except for Greece and Portugal, are parties to the 1963 Brussels Supplementary Convention. Denmark, Finland, Germany, Greece, Italy, the Netherlands, Slovenia and Sweden also belong to the Joint Protocol, which links together the Paris Convention states and the Vienna Convention states. No Western European country has ratified the 1963 Vienna Convention, the 1997 Vienna Convention or the 1997 Supplementary Compensation Convention. All the members of the 1960 Paris Convention shall, however, become members of the 2004 Paris Convention. HINTEREGGER, Monika, *“Environmental Liability and Ecological Damage in European Law”*, page. 28-31.

<sup>1902</sup>Convención Suplementaria de Bruselas en enero de 1963 y Complementaria del Convenio de París de 1960, sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear. *Daños*. Artículo 1. El régimen complementario al del Convenio de París, instituido por el presente Convenio (...) Artículo 2. a) El régimen del presente Convenio se aplica a los daños nucleares cuya responsabilidad recae, en virtud del Convenio de París, en el explotador de una instalación nuclear de uso pacífico (...). CONVENIO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO DE PARÍS DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964 Y POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, Bruselas, 31 de enero de 1963, OCDE, <https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/brussconsolid.pdf>

<sup>1903</sup>Convención Suplementaria de Bruselas (1963). Límites en la cuantía. El artículo 3 las Partes Contratantes se comprometen a que la reparación de los daños nucleares mencionados en el artículo 2 se efectúe hasta una cuantía de 1.500 millones de euros por accidente nuclear, con sujeción a la aplicación del artículo 12bis. b) Esta reparación se efectuará de la forma siguiente: que

del operador, por lo que son los Estados los que se comprometen a añadir cantidades suplementarias, aunque limitadas en la cuantía a las establecidas en el convenio de París<sup>1904</sup>. Se trata, por tanto, de una normativa internacional positiva por parte de los Estados, la misma que repercute de manera muy significativa en la construcción de un sistema general y obligatorio de responsabilidad internacional, poniendo en evidencia la posibilidad de que los Estados, pueden proveer de fondos públicos para el pago de indemnizaciones por daños ambientales transfronterizos; **iii)** destaca asimismo, el Protocolo adicional del 28 de enero de 1964<sup>1905</sup> del Convenio de París de 29 de julio de 1960 en donde en el artículo 3, b) <sup>1906</sup>los Estados, no solo proveen de fondos públicos, sino también asumen una responsabilidad conjunta, aunque no absoluta, por los daños ambientales transfronterizos en materia nuclear. En ese sentido, a pesar que el fondo establece un límite en relación a la cuantía, conforme al artículo 3, b), ii) y iii), lo positivo, es que el pago se hace a través de un sistema de reparto a prorrato para el otorgamiento de los fondos públicos, entre todas las partes contratantes y en función al número de las instalaciones nucleares cuyas entidades explotadoras sean responsables.

En resumen, se trata de un importante referente a seguir, pues a través de este protocolo se pone a prueba, que sí es posible materializar el principio de solidaridad internacional, entre los Estados intervinientes en materia de reparación de los daños ambientales transfronterizos, antecedente positivo en la construcción de un sistema de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos; **iv)** el Protocolo del 16 de noviembre de 1982, que modifica el convenio de París de 1960<sup>1907</sup> sobre la responsabilidad civil en

---

consisten en A) Responsabilidad del operador en un máximo de 700 millones B) fondos públicos del Estado del operador como mínimo 700 millones y como máximo a 1200.000.00, C) Fondos públicos aportados por las Partes Contratantes con un mínimo de 1.200 millones de euros a 1.500 millones de euros. CONVENIO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO DE PARÍS DE 29 DE JULIO DE 1960 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR, MODIFICADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964 Y POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982 Y POR EL PROTOCOLO DE 12 DE FEBRERO DE 2004, Bruselas, 31 de enero de 1963, OCDE, <https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/brussconsolid.pdf>

<sup>1904</sup><http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/Compromisos/Paginas/responsabilidadcivil.aspx>

<sup>1905</sup> PROTOCOLO QUE MODIFICA EL CONVENIO DEL 31 DE ENERO DE 1963 COMPLEMENTARIO AL CONVENIO DE PARÍS DEL 29 DE JULIO DE 1960 ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR, ENMENDADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DEL 28 DE ENERO DE 1964, París, 16 de noviembre de 1982, OCDE, <https://boe.es/boe/dias/1991/10/26/pdfs/A34686-34688.pdf>.

<sup>1906</sup> Protocolo que modifica el convenio del 31 de enero de 1963 Complementario al Convenio de París del 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, enmendado por el protocolo adicional del 28 de enero de 1964 (1982). El artículo 4 está sustituido por el siguiente texto: Artículo 4.a) Si un accidente nuclear ocasiona un daño que implica responsabilidad para varias entidades explotadoras, la acumulación de responsabilidad prevista en el artículo 5, d) del Convenio de París, sólo surtirá efecto en la medida en que los fondos públicos previstos en el artículo 3, b), ii) y iii) deban ser asignados, hasta un límite de 120 millones de unidades de cuenta. (...) ii), la carga de esta aportación se repartirá entre ellas a prorrato según el número de las instalaciones nucleares situadas en el territorio de cada una de las que están comprometidas en el accidente nuclear y cuyas entidades explotadoras sean responsables (...). PROTOCOLO QUE MODIFICA EL CONVENIO DEL 31 DE ENERO DE 1963 COMPLEMENTARIO AL CONVENIO DE PARÍS DEL 29 DE JULIO DE 1960 ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR, ENMENDADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DEL 28 DE ENERO DE 1964, París, 16 de noviembre de 1982, OCDE, <https://boe.es/boe/dias/1991/10/26/pdfs/A34686-34688.pdf>.

<sup>1907</sup> Protocolo del 16 de noviembre de 1982, que modifica el convenio de París de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear. Artículo I) El párrafo b) del artículo 7 queda sustituido por el texto siguiente: b) El importe máximo de la responsabilidad del explotador por los daños causados por un accidente nuclear se fija en 15.000.000 de derechos especiales de giro, tal como se define por el Fondo Monetario Internacional, y se utilizan por el mismo en sus propias operaciones y transacciones (llamados desde ahora «derechos especiales de giro»). ii) Una parte contratante podrá fijar asimismo otra cuantía menos elevada (...) sin que pueda ser inferior a 5.000.000 de derechos especiales de giro (...). PROTOCOLO QUE MODIFICA EL CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EN MATERIA DE ENERGÍA NUCLEAR ENMENDADO POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964, París, el 16 de noviembre de 1982, OCDE, <http://piramidenormativa.sne.es/Repositorio/JE/Instrumento%20de%20ratificacion%20del%20protocolo%20que%20modifica%20el%20convenio%20de%2031%20de%20enero%20de%201963.pdf>

materia de energía nuclear, tal y como advierte SANDS<sup>1908</sup>, cambió la unidad de compensación respecto a la responsabilidad del explotador, con el fin de unificar las reglas fundamentales aplicables en los diferentes países a la responsabilidad derivada de estos daños. La indicada modificación referente al cambio de la unidad de compensación, se hace en relación a la responsabilidad del explotador, más no respecto a la responsabilidad de los Estados, por lo que, en puridad, no se trata de un referente positivo para un sistema de responsabilidad de los Estados por los daños transfronterizos, pues dicha modificación, debió también incluir a los Estados; v) el Protocolo adicional de la convención de París de 1 de febrero de 2004<sup>1909</sup> sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, destaca no solo porque la responsabilidad mínima del operador aumentó,<sup>1910</sup> sino también porque estableció una cuantía transitoria al explotador<sup>1911</sup>, aun cuando establece exoneraciones por actos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección, lo positivo, de dicho sistema es que obliga al explotador a tener y a mantener un seguro u otra garantía financiera, constituyendo un acierto importante, para el diseño de un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad de los Estados en materia de daños transfronterizos.

### **3.3.1.3.-El sistema global de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos, en materia de hidrocarburos**

**a) Daños ambientales transfronterizos por hidrocarburos.** El convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1969), es el que define en su preámbulo, que los daños ambientales por hidrocarburos, son aquellos causados por la contaminación resultante de derrames o descargas de hidrocarburos, procedentes del

---

<sup>1908</sup>In 1982, further Protocols to the I Paris Convention and the Brussels Supplementary Convention were adopted, which changed the unit of compensation to the 'special drawing rights' (SDR) of the IMF and increased the compensation. SANDS QC, Philippe, "Principles of International Environmental Law", Second Edition, Cambridge University Press, London, pág. 905-912.

<sup>1909</sup>El Protocolo del 01 de febrero del 2004 que modifica el convenio de 29 de julio de 1960 modificada por el protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el protocolo de 16 de noviembre de 1982. (en adelante el "Convenio"), que se conocerá como el "Convenio sobre la Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear de 29 de julio de 1960, modificado por el Protocolo Adicional de 28 de enero de 1964, por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982 y por el Protocolo de 12 de febrero 2004." Dentro del marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. (...) artículo 4. El coste de las medidas de restauración del medio ambiente degradado...5. El lucro cesante directamente relacionado con un uso o disfrute del medio ambiente que resulte de una degradación significativa del mismo, siempre que no esté incluido en el apartado 2 anterior;(...). EL PROTOCOLO DEL 12 DE FEBRERO DEL 2004 QUE MODIFICA EL CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 MODIFICADA POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964 Y POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982, París, el 12 de febrero 2004, ONU, [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/paris\\_convention.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/paris_convention.pdf).

<sup>1910</sup> Protocolo del 01 de febrero del 2004 que modifica el convenio de 29 de julio de 1960 modificada por el protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el protocolo de 16 de noviembre de 1982. Párrafo H. Limitación en la cuantía. El artículo 7 se reemplaza por el texto siguiente: a) Toda Parte Contratante debe prever en su legislación que la responsabilidad del explotador por los daños causados por cada accidente nuclear no sea inferior a 700 millones de euros. b) No obstante el párrafo (a) establecer una cuantía de responsabilidad menos elevada para esta instalación, sin que en ningún caso la cuantía establecida pueda ser inferior a 70 millones de euros (...). EL PROTOCOLO DEL 12 DE FEBRERO DEL 2004 QUE MODIFICA EL CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 MODIFICADA POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964 Y POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982, París, el 12 de febrero 2004, ONU, [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/paris\\_convention.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/paris_convention.pdf).

<sup>1911</sup>El Protocolo del 01 de febrero del 2004 que modifica el convenio de 29 de julio de 1960 modificada por el protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el protocolo de 16 de noviembre de 1982. Exoneraciones. El artículo 9 se reemplaza por el texto siguiente: El explotador no es responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear si este accidente se debe directamente a actos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. *Límite de la responsabilidad por la cuantía.* El artículo 10 se reemplaza por el texto siguiente: a) Para cubrir la responsabilidad civil prevista en el presente Convenio, todo explotador estará obligado a tener y mantener un seguro u otra garantía financiera por la cuantía establecida conforme al artículo 7(a) o 7(b) o al artículo 21(c), un máximo de 700 millones de euros y un mínimo 70 millones de euros y un monto transitorio de 350 millones de euros. EL PROTOCOLO DEL 12 DE FEBRERO DEL 2004 QUE MODIFICA EL CONVENIO DE 29 DE JULIO DE 1960 MODIFICADA POR EL PROTOCOLO ADICIONAL DE 28 DE ENERO DE 1964 Y POR EL PROTOCOLO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1982, París, el 12 de febrero 2004, ONU, [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/paris\\_convention.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/paris_convention.pdf).

transporte marítimo internacional de hidrocarburos a granel<sup>1912</sup>. Los daños por hidrocarburos, tienen como antecedente las numerosas catástrofes de hidrocarburos, en los finales de los sesenta, la preocupación internacional condujo a la introducción de la normativa internacional para compensar los daños ambientales<sup>1913</sup>, resultante de derrames o descargas de hidrocarburos<sup>1914</sup>. Los daños ambientales por hidrocarburos, es una realidad actual, que el derecho internacional trata de encararla a través de este convenio Internacional por Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos, que se pasa a analizar, pues constituye un avance considerable en materia de responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos.

**b) El sistema global en materia de hidrocarburos, es un referente en la búsqueda de un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional.**

Este sistema representa un importante referente en la búsqueda de un sistema general ,obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental, el mismo que ha sido impulsado positivamente, especialmente por las catástrofes ocasionados por la contaminación por hidrocarburos, las mismas que alertaron a la comunidad internacional, sobre la debilidad del sistema de responsabilidad internacional para encarar la problemática de la reparación de estos daños ambientales transnacionales. En ese sentido BLANCO apunta, que la consistencia en la regulación internacional sobre responsabilidad derivada de los vertidos de hidrocarburos en el mar fue puesta a prueba por una catástrofe económica y una tragedia humana como la desencadenada por el hundimiento del PRESTIGE<sup>1915</sup>. Como

---

<sup>1912</sup>Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1969). Los Estados partes del presente Convenio, conscientes de los peligros de contaminación creados por el transporte marítimo internacional de hidrocarburos a granel, y convencidos de la necesidad de garantizar una indemnización suficiente a las personas que sufran daños causados por la contaminación resultante de derrames o descargas de hidrocarburos procedentes de los barcos, y deseosos de adoptar a escala internacional reglas y procedimientos uniformes para dirimir toda cuestión de responsabilidad y prever una indemnización equitativa en tales casos, responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro. 3. Si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una *acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños*, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona. Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>.

<sup>1913</sup> In the wake of numerous oil disasters in the mid to late 1960s, international concern led to the introduction of legislation to compensate for damage from oil. IN: Stuart Bell LLB Hons, Barrister and Donald Mc GiUivrav LLB Hons, MA, “*Environmental Law-The law and Policy relating to the Protection of the Environment*”, Edited BALL & BELL ON, Fifth Edition, 1991, London-Great Britain, pág. 286- 287.

<sup>1914</sup>Los primeros buques específicamente construidos como tanques eran pequeños; el mayor podía transportar, hasta un máximo de 5,000 toneladas de petróleo crudo. La decisión de la Armada Británica en 1912 de abandonar el carbón como el combustible utilizado por sus buques, cambiando al combustóleo, fue seguida rápidamente por todas las armadas consideradas modernas en esa época. Este cambio originó el desarrollo y construcción de buques tanque más grandes, de entre 10,000 y 15,000 toneladas. (...). Actualmente los japoneses están construyendo un buque tanque que tendrá capacidad de transportar arriba de las 800,000 toneladas de petróleo. Imaginemos la capacidad contaminante de uno de éstos gigantes buques. ÁLVAREZ DEL CASTILLO BAEZA, Joaquín, “*La Responsabilidad Directa del Transporte que Hidrocarburos por el Mar*”, En: “*La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas Petróleos Mexicanos, Op. Cit, pág. 11-17.

<sup>1915</sup> i) El periplo del *Prestige*. Griegos y filipinos navegaban en un petrolero con bandera de conveniencia de Bahamas construido en 1976, hasta que ocurrió (...) el accidente del *Prestige* fue un naufragio a cámara lenta, que comenzó el 13 de noviembre con un SOS a las 15,15 horas y no concluyó hasta la mañana del día 19, cuando la popa y proa se hundieron caracteres mil metros de profundidad, a unas 30 millas en línea recta desde la bocana de la Ría de Vigo. (...) el barco estuvo moviéndose en un área de unas cinco millas, no iba hacia ninguna parte. Pues tanto Francia y el Reino Unido, denegaron la autorización para que el petrolero pusiera a tiro sus costados del fuel que iba a regando una estela que entonces tenía en la forma de una “v”. Portugal también denegó la entrada en sus aguas del petrolero por lo que el PRESTIGE no entraría en su jurisdicción marítima. Por la ley indivisible que divide las aguas gallegas y portuguesas, a las empresas de rescate y ya no les quedó otra opción que dirigirse hacia el centro del Atlántico. El periplo errático finaliza con el PRESTIGE partido en dos. Popa y proa hundidas a 120 millas al oeste de las Cíes, único parque nacional de Galicia (...) el tercer día, la grieta en el buque era de 40 metros. BLANCO, Luis,

en otros casos de desastres anteriores de similar magnitud sumará un grado de indignación al termómetro de la indignación histórica<sup>1916</sup>. Otros casos son: TORREY CANYON (1976)<sup>1917</sup>, OLYMPIC-BRAVERY (1976)<sup>1918</sup>, AMOCO CÁDIZ<sup>1919</sup>, EXXON.VALDEZ (1989)<sup>1920</sup> QUIMICA SANDOZ<sup>1921</sup>, ocasionadas por

---

*“Hundimiento del Prestige: exposición de los hechos desde el 13 de noviembre del 2002”*, En: *“La Responsabilidad por Daños Causados por el Hundimiento del Prestige”*, GARCÍA RUBIO, María Paz Y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. Op. Cit., pág. 28-29; **ii**) El PRESTIGE derramó en el mar una parte sustancial de su carga, consistente en una de 77000 toneladas de FUEL-OIL pesado. EL FUEL-OIL y restante tuvo que extraerse del casco cuando ya se encontraba a 3.850 metros de profundidad. La empresa encargada de esta tarea, REPSOL YPF, también se encargó de recoger y tratar unas 35000 toneladas de residuos. El fuel derramado afectó a la costa Atlántica desde Vigo hasta BREST y causó, además, la contaminación intermitente y de menor gravedad en la costa francesa e inglesas del Canal de la Mancha, hasta el estrecho del Dover. En total, los hidrocarburos han afectado aproximadamente a unos 1900 km de litoral en España y Francia. El número de playas afectadas es de unas 750, algunas de las cuales quedaron completamente cubiertas por los hidrocarburos. Le han recogido unas 141000 toneladas de desechos oleosos en España y unas 18300 toneladas en Francia. RUDA GONZALEZ, Albert, *“La tipología de los daños causales por el Prestige”* En: GARCIA RUBIO, María Paz; ALVARES GONZALES, Santiago y Otros, *“La Responsabilidad por Daños Causados por el Hundimiento del Prestige”*, Op. Cit., pág. 41-56.

<sup>1916</sup> GARCÍA RUBIO, MARIA PAZ y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO. *“La Responsabilidad por Daños Causados por el Hundimiento del Prestige”*, Op. Cit., pág. 17-18.

<sup>1917</sup> El caso TORREY CANYON. El 18 de marzo de 1967 el superpetrolero liberiano Torrey Canyon, de 120.000 T. P. M. embarrancó en el arrecife de Seven Stone (Archipiélago de la Scilly), situado al suroeste de las islas Cornwall, en Inglaterra, cuando se dirigía al Puerto Inglés de Milford Haven. El violento impacto rasgó y abrió 6 de sus tanques, dejando el resto maltrecho. Se derramaron 120.000 tn de crudo al medio marino, provocando una gran marea negra que llegó al litoral de Cornwall, la Isla de Guernsey y las costas de Francia. La mancha de Hidrocarburo alcanzó unas dimensiones de 70 kms de largo por 40 kms de ancho y provocó la muerte de más de 20.000 aves. <http://ingmaritima.blogspot.com/2016/05/desastre-del-buque-olympic-bravery.html>

<sup>1918</sup> 1976, L’olympic Bravery Et Le Boehlen: Une Année Tragique. Considéré comme le plus petite des marées noires en Bretagne, l’échouage de l’Olympic Bravery en janvier 1976 à quelques 100aine de mètres d’Ouessant a marqué les esprits. L’économie locale est basé sur le tourisme, et les 4km de mazout sur les côtes ouessantines ont fait du mal aux iliens lors de l’été 1976. En octobre, c’est au tour de l’île de Sein de subir une marée noire. Une tempête au large des côtes fait rage, et le pétrolier est-allemand Le Boehlen le prend de plein fouet. 400 tonnes de mazout toucheront l’île. Un moyen technologique innovant pour l’époque permettra cependant d’extraire 2 000 tonnes de l’épave. Pour le reste, tout sera dilué dans l’océan au fur et à mesure des années (...) Les sénans reprennent une vie normale rapidement mais n’oublent pas ce douloureux épisode ayant coûté la vie de 28 personnes. Dans ce macabre bilan, 25 membres de l’équipage et 3 personnes ont sacrifié leur vie pour éviter un désastre écologique. <https://portdattache.bzh/marees-noires-marquantes-bretagne/>

<sup>1919</sup> L’AMOCO CADIZ (Mars 1978): La Catastrophe Du Siècle. Cette catastrophe mériterait un article à part entière tant il y a de choses à dire dessus. Le bilan du naufrage de l’Amoco Cadiz est très lourd. 200 000 tonnes de pétrole et 4 000 tonnes de fioul atteignent 400km de côtes bretonnes. 10 000 oiseaux mourront, 35 espèces de poissons et des 100aines d’espèces de coquillages absorberont des substances polluantes. Il va falloir 7 ans pour que les espèces marines s’en remettent. C’est à cause de ce bilan que le naufrage porte le macabre nom de «catastrophe écologique du siècle». L’envie de l’armateur de faire toujours plus de profits pousse la population à être violemment en colère. En effet, le pétrolier devait se faire désarmer, mais la compagnie a souhaité faire un dernier voyage. L’affaire sera traînée en justice par les élus locaux dont Alphonse Arzel, maire de Ploudalmézeau, et tous les bretons. Un long combat judiciaire de 14 ans remporté pour la pression de toute une région sur les autorités internationales. <https://portdattache.bzh/marees-noires-marquantes-bretagne/>

<sup>1920</sup> EXXON-ALDEZ (1989) el petróleo derramado una superficie de 1.500 Km. Cuadrados, ocasionó daños al ecosistema ártico, casos que alertó a la comunidad internacional respecto a la normativa internacional en materia de responsabilidad internacional. El Exxon Valdez zarpo a las 21:00 horas del 23 de marzo de 1989 llevando a bordo al práctico del puerto, que fue desembarcado en el límite de las aguas donde estaban en vigor las normas federales de practicaaje. (...) *Las consecuencias*. La manta de petrolero derramada cubrió 1.300 millas de costa matando a cientos de especies marinas como focas, ballenas y pájaros. El petróleo derramado por el Exxon Valdez fue la quinta parte de su carga, pero se extendió, debido a la baja temperatura de las aguas, vientos intensos y mar agitada a través de casi 7000 kilómetros cuadrados de costa (el petróleo derramado fue tres veces superior al derramado por el petrolero Prestige en nuestras costas gallegas). [https://vadebarcos.files.wordpress.com/2018/11/desastre\\_1.jpg](https://vadebarcos.files.wordpress.com/2018/11/desastre_1.jpg)

<sup>1921</sup> CASO QUIMICA SANDOZ. Un grave incendio tuvo lugar en la empresa química Sandoz situada en Scheizerhalle, población cercana a Basilea (Suiza). Como resultado de las operaciones de extinción del fuego importantes cantidades de sustancias peligrosas, mezcladas con el agua utilizada para apagar el fuego, fueron a parar al RHIN causando daños de carácter económico a los Estados ribereños de Francia, Alemania y Países Bajos. (...) En este caso los Estados afectados, Francia, Alemania y los Países Bajos se reservaron el derecho de reclamar responsabilidades al Estado suizo, aunque finalmente ninguno de los Estados llego a ejercitarlo por no querer enturbiar sus buenas relaciones con el país vecino. La pasividad de los Estados afectados provoco que las propias víctimas a nivel privado interpusieran acciones de responsabilidad civil contra la empresa química Sandoz reclamando indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos. A mediados de 1988 el caso quedo resuelto a través de un acuerdo extrajudicial celebrado entre los respectivos. Estados afectados y la empresa SANDOZ por el que esta se

derramamiento de hidrocarburos los que constituyen una alerta constante para el derecho internacional, por los gravísimos efectos en el medio ambiente.

La Convención internacional sobre responsabilidad civil por contaminación de hidrocarburos, de Bruselas de 1969<sup>1922</sup>, fue un acuerdo que pretendió dar respuesta a la problemática de la reparación de los daños ambientales ocasionados por los hidrocarburos<sup>1923</sup>, sistema que estableció un régimen internacional de responsabilidad de naturaleza civil<sup>1924</sup>, el mismo que según autores como BIRNIE y otros, representaría una aproximación al de un régimen más satisfactorio para la responsabilidad por la contaminación por hidrocarburos<sup>1925</sup>. No obstante, dicho sistema es muy limitado en su aplicación, pues la satisfacción del régimen es solo respecto a la responsabilidad que asumen los privados, no así en relación a la responsabilidad directa de los Estados.

Observándose que si bien, la Convención internacional sobre responsabilidad civil por contaminación de hidrocarburos de 1969 y su protocolo de 1992, establecen el principio de la responsabilidad *objetiva* por

---

comprometía a indemnizar a las víctimas”. VINAIXA MIQUEL, Mónica, *La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza Derivada de Residuos*, Op. Cit., pág. 85 - 86.

<sup>1922</sup>Oil pollution by ships. Oil pollution by ships is regulated by the conventions of the International Maritime Organization, the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 1969, as amended by the Protocols of 1976, 1992 and 2000, and the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage 1971, as amended by the Protocols of 1976, 1992 and 2000. Most Western European countries (Belgium, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom) have ratified the 1969 Liability Convention, the 1971 Fund Convention and the 1992 Protocols thereto. By ratifying the 1992 Protocols, however, states ceased to be parties to the 1969 Liability Convention and the 1971 Fund Convention. The 1971 Fund Convention ceased to be in force on 24 May 2002 and the 1969 Liability Convention remains in force only for Member States that have not yet acceded to the 1992 Protocols. The 2000 Protocols, which entered into force on 1 November 2002, are considered to be tacitly accepted by the Member States. HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Op. Cit., page. 26-28.

<sup>1923</sup>Convenio Internacional Sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (1969), hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 dentro del marco de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (organización). Se aplica exclusivamente a los daños por contaminación causados en el territorio, inclusive el mar territorial, de un Estado Contratante y a las medidas preventivas tomadas para prevenir o minimizar esos daños, sin embargo, no será de aplicación de este convenio servicios no comerciales del Gobierno esto es, buques de guerra u otros barcos cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del Gobierno. Convenio Internacional Sobre Hidrocarburos (1969). CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>.

<sup>1924</sup>Civil liability for oil pollution from ships. The problems of jurisdiction, choice of law, standard of liability, and enforcement of judgments which typically affect trans - boundary claims for pollution damage are amplified in the case of ships and can result in protracted and unsatisfactory litigation when maritime accidents cause serious pollution. The *Torrey Canyon* disaster of 1967 showed the need for international agreement on a regime of civil liability for such accidents and prompted IMO to call an international conference in 1969. Resolving the difficulties confronting coastal states in securing adequate compensation was not simply a matter of removing jurisdictional obstacles, harmonizing liability, and ensuring the polluter would pay, however. Rather more important was the question how the loss should be distributed, given the long-standing tradition of permitting ship-owners to limit their liability in maritime claims and the argument that in the case of oil, the cargo owners might reasonably be expected to share in the burden. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, “*International Law and the Environment*”, Op. Cit., page.435.

<sup>1925</sup>The 1969 Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, in conjunction with the 1971 Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, represent one approach to the establishment of a more satisfactory regime for oil pollution liability. This scheme was partially based on the earlier nuclear liability conventions, which are considered in detail in Chapter 9 and which reference should be made. The Oil Pollution conventions enable claims for Pollution Damage to be brought in the courts of the state party where the damage occurs, regardless of where the ship causing the damage is registered. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, “*International Law and the Environment*”, Op. Cit, page. 434.

daños causados durante el transporte marítimo de hidrocarburos,<sup>1926</sup> la misma solo se canaliza al propietario del barco,<sup>1927</sup> quien asume la responsabilidad directa de todos los daños por contaminación causados por el derramamiento de hidrocarburos. En este aspecto, el referido convenio, es similar al convenio de responsabilidad nuclear, dado que se responsabiliza únicamente al propietario del barco, la misma no es extensiva a los demás intervinientes de dicha actividad, como a los capitanes de barco, el dueño del cargamento, las autoridades portuarias, y menos el Estado de origen, no obstante ser quien autoriza dicha actividad.

El problema, es que la responsabilidad es limitada en su aplicación, con respecto al reparto equitativo de los costes, y además porque el propietario de un barco puede excluir su responsabilidad en determinadas hipótesis<sup>1928</sup>, como por actos de guerra, ocurrencia de un fenómeno natural de carácter excepcional inevitable o irresistible, cuando un tercero haya actuado o dejado de actuar en una intención de causar daño, por negligencia de un gobierno responsable del mantenimiento de luces, o cuando se acredita la culpa de la víctima<sup>1929</sup>. Tal como se advierte, este sistema de responsabilidad internacional, pone en evidencia aún más la necesidad que los Estados deben asumir en un futuro inmediato la responsabilidad directa y absoluta por los daños ambientales transfronterizos.

Más aún, si también en el Protocolo de Londres de 1976, complementario al convenio internacional de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969<sup>1930</sup>, existe limitación en relación a la cuantía de la responsabilidad del propietario del barco<sup>1931</sup> y en función a cada siniestro<sup>1932</sup>, de acuerdo a los límites de responsabilidad indicados en el

---

<sup>1926</sup>El naviero es el responsable absoluto de los daños que cause, no cuenta con las deducciones permitidas (...). El naviero tiene derecho a limitar su responsabilidad a los montos fijado. ÁLVAREZ DEL CASTILLO BAEZA, Joaquín, “*La Responsabilidad Directa del Transporte que Hidrocarburos por el Mar*”, “*La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental*”, Op. Cit. pág. 41.

<sup>1927</sup>Convenio Internacional Sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (1969). Responsable del barco. Artículo III.1(...) el propietario de un barco al ocurrir un siniestro o al ocurrir el primer acontecimiento si el siniestro consistiera en una serie de acontecimientos, será responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>.

<sup>1928</sup>Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (1969). Excepciones. Artículo III.2. No podrá implicarse responsabilidad alguna al propietario si prueba que los daños por contaminación: a. Resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o b. Fue totalmente causado por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o c. Fue totalmente causada por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno u otra Autoridad responsable de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>.

<sup>1929</sup>Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (1969). *Atenuación de responsabilidad por culpa de la víctima*. Artículo III.3. Si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU. Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>.

<sup>1930</sup>PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL DE BRUSELAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS DE 1969, Londres, 19 de noviembre de 1976, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1982/02/04/pdfs/A02805-02806.pdf>

<sup>1931</sup> Protocolo Complementario al Convenio Internacional de Bruselas sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1969 (1976). *Artículo II* (...) En virtud del presente Convenio el



protocolo, por lo que no constituye un referente a seguir en la construcción de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general y obligatorio por los daños transfronterizos.

De igual manera, el Protocolo hecho en Londres en 1992, complementario al convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1969<sup>1933</sup>, en donde, si bien se establece la responsabilidad absoluta, la misma solo pesa sobre la cabeza del propietario del buque por los daños causados por el derrame de petróleo, razón por la que no se podrá promover ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación a los demás intervinientes de esta actividad, y menos se podrá hacerlo contra el Estado de origen. Además, se establece una responsabilidad limitada<sup>1934</sup> en relación a la cuantía que el propietario del buque tiene que pagar en caso de accidente, por lo que no cubre la reparación integral del daño, por lo que constituye, una debilidad en este sistema de responsabilidad.

---

propietario de un barco tendrá derecho a limitar su responsabilidad, con respecto a cada siniestro, a una cuantía total de 133 unidades de cuenta por tonelada de arqueo del barco. Esa cuantía no excederá en ningún caso de 14 millones de unidades de cuenta. PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL DE BRUSELAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS DE 1969, Londres, 19 de noviembre de 1976, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1982/02/04/pdfs/A02805-02806.pdf>

<sup>1932</sup> Protocolo Complementario al Convenio Internacional de Bruselas sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1969 (1976). Limitación de responsabilidad por la cuantía. Artículo 9, b) declarar que los límites de responsabilidad (...) aplicables en su territorio ascenderán respecto de *cada siniestro*, a un total de 2.000 unidades monetarias por tonelada de arqueo del barco, a condición de que esta cuantía total no exceda en ningún caso de 210 millones de unidades monetarias. PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL DE BRUSELAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS DE 1969, Londres, 19 de noviembre de 1976, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1982/02/04/pdfs/A02805-02806.pdf>

<sup>1933</sup> Protocolo Complementario al Convenio Internacional Sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1969. Se fundamenta en la necesidad de precisar disposiciones especiales en relación con la introducción de las enmiendas correspondientes al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos 1971. *Responsabilidad del propietario del buque*. Artículo 4. El Artículo III (...) no podrá promoverse ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación ajustado o no al presente Convenio, contra: a) los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes; b) el práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulantes, preste servicios para el buque; c) ningún fletador (...), gestor naval o armador. d) ninguna persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente; e) ninguna persona que tome medidas preventivas; f) ningún empleado o agente de las personas mencionadas en los sub. - párrafos c), d) y e); a menos que los daños hayan sido originados por una acción o una omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar esos daños, o *bien temerariamente* y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños". *Responsabilidad solidaria*. Artículo 5(...)"Cuando se produzca un suceso en el que participen dos o más buques y de él se deriven daños ocasionados por contaminación, los propietarios de todos los buques de que se trate, (...) *serán solidariamente* responsables respecto de todos los daños que no quepa asignar razonablemente a nadie por separado". PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS DE 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>

<sup>1934</sup> Protocolo del 1992, complementario al convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1969. Limitación de la responsabilidad por la cuantía. Artículo V.1. El propietario de un barco tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud de este Convenio, con respecto a cada siniestro, a una cuantía total de 2.000.00 Francos por tonelada de arqueo del barco. Esta cuantía no excederá en ningún caso de 210'000.000.00 de Francos. (...) Culpa del propietario. Artículo V. 2. Si el siniestro ha sido causado por *una falta concreta o culpa* del propietario, éste no podrá valerse del derecho a la limitación prevista en el párrafo 1 de este artículo. PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS de 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>; <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800a5777>

En igual sentido, este Protocolo adicional (1992) de la Convención de Bruselas (1969),<sup>1935</sup> si bien eleva los límites de responsabilidad e indemnización y extiende el concepto de daño a los daños ocasionados al medio ambiente<sup>1936</sup>, el problema es que limita expresamente los daños por contaminación respecto a la jurisdicción territorial y marítima<sup>1937</sup> a la cuantía en relación al tonelaje del buque<sup>1938</sup>, determinando que se trate de un sistema débil de responsabilidad internacional por los daños por hidrocarburos. Tal situación lleva a concluir, que, en este sistema sectorial de responsabilidad, las víctimas no puedan ser indemnizados integralmente por el daño, pues si la cantidad de daño excede el monto de la obligación, no es posible pagarlo.

El fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos del año 1971 (FIDAC)<sup>1939</sup> complementando con el protocolo de 1992<sup>1940</sup>, a pesar que se haya constituido un seguro tanto en el Convenio Internacional Sobre Hidrocarburos (1969)<sup>1941</sup>, por parte del propietario de un barco que esté

---

<sup>1935</sup>The 1969 and 1971 Conventions were amended by Protocols adopted in 1992, the principal effects of which are to raise liability and compensation limits, to include pollution damage in the EEZ as well as in the territory and territorial sea of a party to the Conventions, and to include the cost of. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, *"International Law and The Environment"*, Op. Cit, page.435.

<sup>1936</sup>Protocolo Complementario al Convenio Internacional Sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1969. Concepto de daño. Artículo 2. "6 Daños ocasionados por contaminación: a) pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultantes de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; b) el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas". PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS de 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>; <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800a5777>

<sup>1937</sup>Protocolo Complementario al Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1969. *Limitación territorial*. Artículo 3(...).El presente Convenio se aplicará exclusivamente a: a) Los daños ocasionados por contaminación: iii) en el territorio de un Estado Contratante, incluido su mar territorial, y iv) en la zona económica exclusiva de un Estado Contratante establecida de conformidad con el derecho internacional, o, si un Estado Contratante no ha establecido tal zona, en un área situada más allá del mar territorial de ese Estado y adyacente a dicho mar territorial determinada por ese Estado de conformidad con el derecho internacional y que no se extienda *más allá de doscientos millas marinas* contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de dicho Estado". PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS DE 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>; <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800a5777>

<sup>1938</sup>Protocolo hecho en Londres el día 27 de noviembre de 1992, complementario al convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1969. *Limitación de responsabilidad cuantía*.-Artículo 6: "1 El propietario de un buque tendrá derecho a limitar la responsabilidad que le corresponda en virtud del presente Convenio, respecto de cada suceso, a una cuantía total que se calculará del modo siguiente: 4.510.000 unidades de cuenta para buques cuyo arqueo no exceda de 5000 unidades de arqueo; a) para buque cuyo arqueo exceda del arriba indicado, por cada unidad de arqueo adicional se sumarán 631 unidades de cuenta a la cantidad mencionada en el sub. - párrafo a); si bien la cantidad total no excederá en ningún caso de 89.770.000 unidades de cuenta".

PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS de 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>; <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800a5777>

<sup>1939</sup> Véase, 1.4.3.B) Los fondos internacionales de indemnización de daños causados por la contaminación en los Convenios Internacionales Sectoriales de responsabilidad civil, de la presente investigación.

<sup>1940</sup>PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN DE HIDROCARBUROS DE BRUSELAS de 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>

<sup>1941</sup> Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos. Seguro (1969). Artículo VII.1. El propietario de un barco que esté matriculado en un Estado Contratante y transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento *tendrá que suscribir un seguro u otra garantía financiera*, como la garantía de un banco o un certificado expedido por un fondo internacional de indemnizaciones, por el importe al que asciendan los límites de responsabilidad previstos

matriculado en un Estado contratante, como en el Protocolo de 1992<sup>1942</sup>, en ambos casos se ve limitado en la cuantía<sup>1943</sup>. Aun cuando el referido fondo que se ha ido fortaleciendo, con la celebración de los acuerdos suplementarios, en los años: 1976, 1992, 2000, 2002,<sup>1944</sup>2003,<sup>1945</sup>2005,<sup>1946</sup>, determinando que no es suficiente para reparar íntegramente el daño ambiental transfronterizo pues no sólo es limitado en su cuantía, sino además no constituye un régimen universal para todo tipo de carga, tipos de barco, ni es totalmente protector. Este fondo, representa un importante intento de satisfacer la reparación de los daños ambientales por hidrocarburos, no obstante, al tener tope en su cuantía, no logra cubrir el costo de la magnitud de los desastres de contaminación por hidrocarburos a gran escala, lo que justifica aún más, la necesidad de que los Estados asuman la responsabilidad directa u absoluta en estos casos, pues la tendencia es limitar la responsabilidad en relación a varios indicadores, lo que determina que en puridad no sea de naturaleza absoluta.

No obstante las limitaciones advertidas en el sistema de responsabilidad civil por hidrocarburos, las mismas que, no permiten que se logre cubrir la totalidad de los daños ambientales por hidrocarburos, se puede afirmar que, el Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad civil por hidrocarburos y sus protocolos adicionales, en conjunción con la Convención sobre la constitución del fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1971<sup>1947</sup>, representan un referente

---

en el artículo 5, párrafo 1, para cubrir su responsabilidad por daños causados por la contaminación con arreglo a este Convenio. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1976/03/08/pdfs/A04789-04794.pdf>

<sup>1942</sup>Protocolo Complementario al Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1969 (1992). *Seguro*. Artículo 7: a cada buque se le expedirá un certificado que atestigüe que el seguro o la otra garantía financiera tienen plena vigencia de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio (...). PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS DE 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>

<sup>1943</sup>PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS DE 1969, Londres, 27 de noviembre de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1995/09/20/pdfs/A28081-28087.pdf>

<sup>1944</sup> Acuerdo Suplementario del 2002 suplementario al convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1992 y que a su vez enmienda el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por Hidrocarburos 1971, lo que permite una reparación más amplia acorde a la magnitud de los daños. <http://context.reverso.net/traduccion/espanol-ingles/fondo+suplementario>.

<sup>1945</sup> Protocolo Suplementario al Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1992, Londres, 16 de mayo del 2003, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2005/02/02/pdfs/A03629-03635.pdf>

<sup>1946</sup>Acuerdo Suplementario del 2005 suplementario al convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1992 y que a su vez enmienda el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por Hidrocarburos 1971. <http://context.reverso.net/traduccion/espanol-ingles/fondo+suplementario>.

<sup>1947</sup>The 1969 Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, in conjunction with the 1971 Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, represent one approach to the establishment of a more satisfactory regime for oil pollution liability. This scheme was partially based on the earlier nuclear liability conventions, which are considered in detail in Chapter 9 and to which reference should be made. The oil pollution conventions enable claims for 'pollution damage' to be brought in the courts of the state party where the damage occurs, regardless of where the ship<sup>261</sup> causing the damage is registered. Like port-state enforcement of the MARPOL Convention, the vessel does not have to be from a state party to the Liability Convention: the coastal state has jurisdiction because that is where the damage occurs. The 1969 and 1971 Conventions were amended by Protocols adopted in 1992, the principal effects of which are to raise liability and compensation limits, to include pollution damage in the EEZ as well as in the territory and territorial sea of a party to the Conventions, and to include the cost of BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, "International Law and the Environment", Op. Cit., page.435.

positivo en la construcción de un régimen general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

**3.3.1.4.- Sistemas objetivos de responsabilidad sobre la contaminación de aguas de mares, ríos y lagos.** Son convenios también de tipo sectorial que de alguna manera complementan el sistema global de responsabilidad sobre hidrocarburos, establecido en la Convención de Bruselas de 1969, entre los cuales se encuentran el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (SNP) <sup>1948</sup>, adoptado el 3 de mayo de 1996<sup>1949</sup>, en donde la responsabilidad se traslada a los privados, tal y como enfatiza BIRNIE<sup>1950</sup>, al igual que los otros convenios sectoriales, la responsabilidad se canaliza al propietario del buque. Coincidiendo con la doctrina que la referida responsabilidad es de naturaleza objetiva y limitada en la cuantía<sup>1951</sup>, en donde los Estados igualmente mantienen la tendencia de evadir dicho tipo de responsabilidad.

---

<sup>1948</sup> La pollution par d'autres substances nocives et potentiellement dangereuses. C'est en 1996 que fut adoptée, dans le cadre de l'OMI, la Convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses. Elle couvre non seulement les dommages de pollution (dommages dus à la contamination de l'environnement, coût des mesures de sauvegarde, perte ou dommages causés par les mesures de sauvegarde) mais aussi les décès et blessures corporelles à la suite d'accidents impliquant des substances chimiques. La liste de ces substances (hydrocarbures, gaz naturels liquéfiés, gaz de pétrole liquéfiés, etc.) est définie par référence aux conventions OMI. Bâtie selon la même philosophie que les conventions de 1969 et de 1992, la Convention retient *la responsabilité objective* du propriétaire du navire et limite cette responsabilité en fonction du tonnage du navire, le maximum prévu étant de 134 millions de dollars américains pour un événement. L'assurance est naturellement obligatoire et le certificat d'assurance doit se trouver à bord du navire. JEAN MAURICE Arbour Sophie Lavalée, « *Droit International De L'environnement* », Op. Cit., page. 734-736.

<sup>1949</sup> Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (SNP) (1996), Adoptado el 3 de mayo de 1996 (no está en vigor); sustituido por el Protocolo de 2010: Adopción: 30 de abril de 2010; todavía no ha entrado en vigor. Cubre no sólo los daños por contaminación (daños debidos a la contaminación del medio ambiente, cuestan las medidas de salvaguardia, la pérdida o daños ocasionados por tales medidas), pero también la muerte y accidentes con lesiones personales ha continuado la participación de productos químicos. La lista de estas sustancias (hidrocarburos, gas natural licuado, gases licuados del petróleo, etc.), se define por referencia a los convenios de la OMI. Al igual que la Convención de la contaminación por hidrocarburos, el Convenio SNP cubre reparación de daños ambientales que ocurren en el territorio, las aguas territoriales o exclusiva zona económica de cualquiera de las partes, no se incluye en alta mar los daños medio ambiente. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS EN RELACIÓN CON EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE SUSTANCIAS NOCIVAS Y POTENCIALMENTE PELIGROSAS, Londres, 03 de mayo de 1996, ONU, [https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/02/1996-HNS-Convention\\_s.pdf](https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/02/1996-HNS-Convention_s.pdf)

<sup>1950</sup>(e) Liability for other forms of pollution from ships. A more significant development is the adoption by IMO in 1996 of a Convention on Liability and Compensation for the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea. If it ever comes into force the key risks in international maritime transport will all have been covered. The legal regime created by this treaty is similar to the 1992 version of the Oil Pollution Liability and Fund Conventions in almost all respects. The strict liability of the shipowner is channeled and limited in the same way, and contributions to the HNS Fund come from the receivers off cargoes, or from governments on their behalf. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, "*International Law and The Environment*", Op. Cit., page. 440-441.

<sup>1951</sup> Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (SNP) (1996); Limita dicha responsabilidad en la cuantía, en relación al tonelaje del buque, que suministra el máximo de \$ 134 millones para un siniestro, siendo el seguro de naturaleza obligatorio A medida que el seguro privado no puede garantizar integralmente la indemnización por todos los daños, la convención creó un fondo de compensación que se produce tiene una altura máxima de \$ 336 millones por accidente, si el propietario está exonerado en última instancia, de la responsabilidad o sobrepasar los daños por la responsabilidad del propietario, el 31 de octubre 2005, el Convenio ha sido ratificado por sólo ocho Estados y aún no está en vigor. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS EN RELACIÓN CON EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE SUSTANCIAS NOCIVAS Y POTENCIALMENTE PELIGROSAS, Londres, 03 de mayo de 1996, ONU, [https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/02/1996-HNS-Convention\\_s.pdf](https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/02/1996-HNS-Convention_s.pdf)

Lo mismo sucede con la Convención de Helsinki sobre la protección y utilización de recursos de agua transfronterizos y lagos internacionales de 1992<sup>1952</sup>, el que no obstante ser de naturaleza preventiva<sup>1953</sup> de los daños ambientales transfronterizos, establece en el artículo 3 del citado Convenio, que las normas se aplicarán a las medidas preventivas, de preparación y de respuesta, incluidas las de rehabilitación, siendo lo destacable de este acuerdo, que las partes no solo tomarán las medidas preventivas, sino que también apoyarán los esfuerzos internacionales apropiados para elaborar normas, criterios y procedimientos en materia de responsabilidad internacional, cuyo objetivo central es la reparación de los daños ambientales.

También el protocolo sobre responsabilidad civil y compensación por daños causados por los efectos de los daños ambientales causados por los accidentes industriales en buques sobre aguas transfronterizas del año 2003<sup>1954</sup>, prevé un amplio régimen de responsabilidad civil por daños causados por los efectos de los accidentes industriales en las aguas transfronterizas.<sup>1955</sup> Tal como precisa, JEAN-MAURICE<sup>1956</sup>, dado que el principio central de dicho protocolo, es la introducción de un sistema de responsabilidad civil para las

---

<sup>1952</sup>Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales (1992). Artículo 3. Disposiciones generales.1. Las Partes tomarán las medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y financieras oportunas para prevenir los accidentes industriales, prepararse para ellos y hacerles frente. LA CONVENCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL USO DE LOS CURSOS DE AGUA TRANSFRONTERIZOS Y LOS LAGOS INTERNACIONALES, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2000/04/04/pdfs/A13849-13857.pdf>

<sup>1953</sup>Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales. *Artículo 2.* Ámbito de aplicación.1. El presente Convenio se aplicará a la prevención de los accidentes industriales que puedan tener efectos transfronterizos, incluidos los efectos de accidentes de dicho tipo provocados por desastres naturales, y a las medidas preparatorias y respuestas para hacerles frente, así como a la cooperación internacional en materia de asistencia mutua, investigación y desarrollo, intercambio de información y de tecnología con fines de prevención, preparación y respuesta. LA CONVENCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL USO DE LOS CURSOS DE AGUA TRANSFRONTERIZOS Y LOS LAGOS INTERNACIONALES, Helsinki, el 17 marzo de 1992, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/2000/04/04/pdfs/A13849-13857.pdf>

<sup>1954</sup>El protocolo sobre responsabilidad civil y compensación por daños causados por los efectos de los daños ambientales causados por los accidentes industriales en buques sobre aguas transfronterizas adoptado en Kiev en mayo de 2003. Prevé un amplio régimen de responsabilidad civil por daños causados por los efectos de los accidentes industriales en las aguas transfronterizas. La idea de este Protocolo, que se negoció en el marco del Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales y el Convenio sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, nace como resultado varios accidentes industriales que causen daños significativos en el territorio de otros Estados. Protocolo que complementa la Convención de Helsinki 1992 sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Convención de TELA) y la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convenio de protección de agua) Helsinki 1992). PROTOCOLO SOBRE REGISTRO, SOBRE EMISIONES Y TRANSFERENCIA DE CONTAMINANTES, Kiev, 21 de mayo de 2003, ONU, <https://www.dipublico.org/11375/protocolo-sobre-registro-sobre-emisiones-y-transferencia-de-contaminantes-kiev-21-de-mayo-de-2003/>

<sup>1955</sup>The Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Trans - boundary Effects of Industrial Accidents on Trans -boundary Waters to the 1992 Convention on the Protection and the Use of Trans -boundary Watercourses and International Lakes and to the 1992 Convention on the Trans - boundary Effects of Industrial Accidents was adopted in May 2003 in Kiev. The Protocol supplements the 1992 Helsinki Convention on the Trans -boundary Effects of Industrial Accidents (TELA Convention) and the 1992 Helsinki Convention on the Protection and Use of Trans -boundary Watercourses and International Lakes (Water Protection Convention) and provides for a comprehensive regime for civil liability for damage caused by the trans - boundary effects of industrial accidents on trans - boundary waters. It provides for strict liability of the operator and covers (i) damage to person and property, (ii) loss of income directly deriving from an impairment of a legally protected interest in the use of the trans -boundary waters for economic purposes, (iii) the cost of measures of reinstatement limited to the costs of measures actually taken or to be undertaken and (iv) the cost of response measures (Article 2d of the Protocol). HINTEREGGER, Monika, *“Environmental Liability and Ecological Damage in European Law”*, Op. Cit., page. 31-32.

<sup>1956</sup>Le principe central du Protocole vise l'instauration d'un système de responsabilité civile pour les entreprises dont les activités sont susceptibles de polluer l'environnement au-delà de leurs frontières nationale; il ne s'applique don qu'aux dommages subis sur le territoire d'un autre Etat et couvre la perte de vies humaines, la perte de revenus, le coût des mesures de remise en état et le coût des mesures de riposte. Son objectif vise donc à assurer une indemnisation rapide en case de dommages résultant d'évènements qui entrent dans le champ d'application des deux conventions précitées en obligeant les entreprises dont les activités risquent de polluer des cours d'eau transfrontières à se couvrir d'une police d'assurance contre les dommages transfrontières qu'elles pourraient causer. Le système est fondé sur la responsabilité objective de l'exploitant, mais à l'intérieur des limites financières prévues dans une annexe au Protocole. L'action en justice peut être engage soit sur le territoire du lieu du dommage, soit sur le territoire du lieu de l'accident, soit sur le territoire du lieu du siège social de l'entreprise. ARBOUR Jean Maurice, Sophie LAVALLEE, « *Droit International de L'environnement* », Op. Cit., page 734-735.

empresas cuyas actividades pueden contaminar el medio ambiente más allá de sus fronteras nacionales aplicable a los daños sufridos en territorio de otro Estado. El problema es que, en este sistema, los Estados tampoco asumen responsabilidad absoluta, ni solidaria, para cubrir los daños transfronterizos por los accidentes industriales en buques, aun cuando los buques sean estatales, por lo que, en puridad, es un sistema débil de responsabilidad que debe ser reforzado con la asunción de responsabilidad directa de los Estados, en un sistema internacional general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos.

### **3.3.1.5.- El sistema de responsabilidad sobre los daños causados por el movimiento transfronterizo de desechos y su eliminación.**

**a) Los daños causados por el movimiento transfronterizo de desechos y residuos peligrosos.** Un marco conceptual para comprender esta temática nos lo brinda la Agenda 21 en su Capítulo 20 sobre la Gestión ecológicamente racional de los desechos peligrosos,<sup>1957</sup> en donde el objetivo general consistirá en que, en el marco de la gestión integrada del ciclo vital, debe impedir en lo posible y reducir al mínimo la producción de desechos peligrosos, así como someter esos desechos a una gestión que impida que provoquen daños al medio ambiente.

Se entiende por daños causados por el “movimiento transfronterizo” de desechos, según el Convenio de Basilea, en el artículo 2.3<sup>1958</sup>, a todo movimiento de desechos peligrosos y otros desechos procedentes de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona o una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado o a través de una zona, siempre que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos”. En ese sentido, en el marco del convenio Basilea el concepto de movimiento transfronterizo es un concepto jurídico determinado según el cual por movimiento transfronterizo se entiende todo traslado de desechos o de otros desechos de una zona sometida a la jurisdicción de un Estado destinado a un espacio, sometido o no a la jurisdicción nacional de otro Estado, con el requisito insalvable de que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos<sup>1959</sup>. En lo que se refiere a la consideración de los “residuos peligrosos”, la

---

<sup>1957</sup>Se insistirá mucho en la prevención de la producción de desechos peligrosos y la rehabilitación de los lugares contaminados, y para ambas cosas se requieren conocimientos, personas con experiencia, instalaciones adecuadas, recursos financieros y capacidades técnicas y científicas”. Para tales propósitos considerará cuatro áreas de programas: a) Promoción de la prevención y la reducción al mínimo de los desechos peligrosos) Promoción y fortalecimiento de la capacidad institucional en materia de gestión de desechos peligrosos; c) Promoción y fortalecimiento de la cooperación internacional en materia de gestión de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos; d) Prevención del tráfico internacional ilícito de desechos peligrosos. FOY VALENCIA, Pierre, “*Gestión Ambiental y Empresa*”, Op. Cit, pág. 255-256.

<sup>1958</sup> Convenio de Basilea (1989): artículo 2.3 “por «movimiento transfronterizo» se entiende todo movimiento de desechos peligrosos y otros desechos procedentes de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona o una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado o a través de una zona, siempre que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos”. CONVENIO DE BASILEA SOBRE EL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE LOS DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN, Basilea, 22 de marzo de 1989, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1994/09/22/pdfs/A29047-29062.pdf>

<sup>1959</sup>Movimiento con origen en Estado A destinado a Estado C atravesando únicamente una zona sometida a la jurisdicción del Estado B. Por ejemplo, un movimiento de Canadá a México, a través del territorio de Estados Unidos. Movimiento con origen en Estado A destinado a Estado C atravesando únicamente una zona no sometida a la jurisdicción de ningún Estado. Por ejemplo, un movimiento de Canadá a España realizado de forma directa vía marítima, un movimiento con origen en estado A asignado a Estado C atravesando una zona sometida a la jurisdicción del Estado B una zona no sometida a la jurisdicción de ningún estado, o viceversa. Por ejemplo, un movimiento de Canadá Italia realizado vía marítima hasta Francia y posteriormente por vía férrea de Francia afectaría. Movimiento con origen en Estado A China una zona no sometida a la jurisdicción de ningún Estado atravesando una zona sometida a la jurisdicción de algún Estado. Por ejemplo, un movimiento de Italia a la zona de alta mar de océano Atlántico realizando el movimiento por vía férrea a través de Francia para después desplazar los desechos por buques hasta la altamar. CUBEI SANCHEZ, Pablo, “*Convenio Internacional De Residuos Peligrosos*”, Edit. Tirant la Blanch y Universidad de Valencia, Valencia -España, 2000, pág. 180-193; 186.

Convención de Basilea ofrece una definición mucho más detallada en artículo 1,<sup>1960</sup> que, aun manteniendo la noción jurídica de «residuo» abre paso a su consideración preferentemente técnica, a partir de un sistema de combinación de las varias listas que contienen los tres primeros anexos. La Convención de Basilea<sup>1961</sup>, es un tratado que incluye en su Anexo 1 un listado de desechos que por sus características intrínsecas deben ser considerados desechos peligrosos. Asimismo, su Anexo 3 considera una lista de características peligrosas que permitirían considerar a su desecho como peligroso.

El convenio de Basilea, tiene como antecedente la problemática de la gestión de residuos peligrosos, MAR CAMPINS,<sup>1962</sup> precisa, que la generación de residuos peligrosos puede tener un origen en tres fuentes principales. *En primer lugar*, se encuentran los residuos propiamente de producción, que son generados con la extracción de materias primas, así como los que se producen a lo largo del proceso de fabricación. *En segundo lugar*, se encuentran los residuos procedentes del consumo habitual de productos químicos domésticos, que contribuyen a la difusión de residuos peligrosos a partir del momento en que son depositados en vertederos. *Por último*, la propia actividad de gestión de la contaminación, genera residuos peligrosos: en las diversas actividades de lucha contra la contaminación. A la inversa, en el Estado final del tratamiento de los residuos peligrosos, existencia de sustancias peligrosas es fuente de contaminación.

En este sentido, BORRAS PENTINANT<sup>1963</sup>, sostiene que un mejor control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, actuará como incentivo para su manejo ambientalmente racional y para la reducción del volumen de tales movimientos transfronterizos. Por lo que el Convenio de Basilea, establece que los Estados deben adoptar medidas para el adecuado intercambio de información sobre los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y otros desechos que salen de esos Estados o entran en ellos, y para el adecuado control de tales movimientos.

Asimismo, en el Convenio de Basilea, precisa LOUKA, se establecen los principios de proximidad y la autosuficiencia, según los cuales cada país debe ser autosuficiente en la gestión de residuos y desechos debiendo eliminarse lo más cerca posible al lugar de generación, por lo que sólo puede haber exportación de residuos y desechos si los Estados exportadores, no tienen la capacidad de lidiar con sus propios

---

<sup>1960</sup> La Convención de Basilea (1989). Artículo 1: Alcance del Convenio: 1. Serán "desechos peligrosos" a los efectos del presente Convenio los siguientes desechos que sean objeto de movimientos transfronterizos: a) Los desechos que pertenezcan a cualquiera de las categorías enumeradas en el Anexo I, a menos que no tengan ninguna de las características descritas en el Anexo III; y b) Los desechos no incluidos en el apartado a), pero definidos o considerados peligrosos por la legislación interna de la Parte que sea Estado de exportación, de importación o de tránsito. 2. Los desechos que pertenezcan a cualquiera de las categorías contenidas en el Anexo II y que sean objeto de movimientos transfronterizos serán considerados "otros desechos" a los efectos del presente Convenio. 3. Los desechos que, por ser radiactivos, estén sometidos a otros sistemas de control internacional, incluidos instrumentos internacionales, que se apliquen específicamente a los materiales radiactivos, quedarán excluidos del ámbito del presente Convenio. 4. Los desechos derivados de las operaciones normales de los buques, cuya descarga esté regulada por otro instrumento internacional, quedarán excluidos del ámbito del presente Convenio. CONVENIO DE BASILEA SOBRE EL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE LOS DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN, Basilea, 22 de marzo de 1989, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1994/09/22/pdfs/A29047-29062.pdf>

<sup>1961</sup> Las precisiones acerca de bienes o actividades que deben entenderse riesgosos o peligrosos no son la regla. Lo usual es que la determinación de la naturaleza riesgosa o peligrosa de un bien quede librada a la interpretación del juez y de las partes. FERRANDO, Enrique, "La Responsabilidad por el daño ambiental en el Perú", Op. Cit., pág. 23-24

<sup>1962</sup> CAMPINS ERITJA, Mar, "La Gestión de los Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea", Edit. José M. Bosh, primera edición, Barcelona -España, 1994, pág. 56-52.

<sup>1963</sup> El Convenio también es resultado de la creciente preocupación internacional por la necesidad de controlar rigurosamente los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, así como de la entidad de reducir, en la medida de lo posible, esos movimientos al mínimo y erradicar el tráfico ilícito transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos. De manera que, los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos deben permitirse nulo cuando el transporte y la eliminación final de tales desechos sean ambientalmente racionales. BORRAS PENTINANT, Susana, "Los Regímenes Internacionales de Protección del Medio Ambiente", Edit. Tirant La Blanch, Primera Edición, Valencia -España, 2011, pág. 111-113.

desechos o residuos<sup>1964</sup>. Asimismo, el Convenio establece una serie de procedimientos, para poner límites a dicha actividad, como la notificación y consentimiento informado previo, del Estado exportador o el generador al país importador, asimismo cuando hay tráfico ilegal de desechos residuos o desechos peligrosos, se deben repatriar transferidos ilegalmente.

## **b) El sistema de responsabilidad sobre los daños causados por el movimiento transfronterizo de desechos y su eliminación y el establecimiento de un sistema de la responsabilidad absoluto**

Este sistema establecido en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989<sup>1965</sup> y suscrito por 117 países participantes<sup>1966</sup>, también hace referencia al espinoso tema de la responsabilidad internacional de los Estados<sup>1967</sup>, en donde se ha optado por la responsabilidad absoluta, la misma que recae sobre el “eliminador” de dichas sustancias peligrosas es responsable, sino también los generadores, exportadores, importadores y eliminadores de desechos, de dichas sustancias peligrosas, justificándose, por la renuencia de los Estados implicados en estos casos, de asumir responsabilidad directa, pese a que son los mismos Estados quienes han permitido que la generación de residuos incremente a nivel mundial. LOUKA<sup>1968</sup>

---

<sup>1964</sup> The Basel Convention adopts the proximity and self-sufficiency principles. Each country must become self-sufficient in waste management and wastes are to be disposed of as close as possible to the place of generation. However, there are qualifications to the adoption of proximity and self-sufficiency principles. The convention stipulates that state parties must ensure the availability of "adequate" waste facilities located "to the extent possible" within their jurisdiction. It also provides that waste shipments must be reduced to the minimum consistent with environmentally sound and efficient management. The proximity and self-sufficiency principles, thus, are not articulated in a way that would discourage a broader interpretation of the principles. The convention provides that states must ensure that waste movements are allowed only if the exporting state does not have the capacity to deal with its own wastes or if the exported wastes are to be recycled or recovered in the state of destination. Any other waste movements may still be allowed as long as they do not conflict with the goals of the convention. This reference to the convention's goals is circular and does not provide any further clarification on what appropriate waste management may involve. LOUKA, Elli, *International Environmental Law-Fairness, Effectiveness, and World Order*, Cambridge University Press, 2006, United States of America, page 428 -431.

<sup>1965</sup> Convenio de Basilea (1989). El Convenio de Basilea establece normas para el transporte y la disposición internacional de desechos peligrosos (radiactivos y tóxicos) entró en vigor el 5 de mayo de 1992, constituye un tratado ambiental global que regula los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, el mismo que ha estipulado obligaciones a las partes para asegurar el manejo ambientalmente racional de los mismos. El proceso de elaboración del convenio de Basilea se trata en atención a los estados diferenciados. En primer lugar, se analiza de forma somera el proceso negociador del texto del convenio; mientras que, en segundo lugar, se estudia la adopción del texto posterior entra en vigor. CONVENIO DE BASILEA SOBRE EL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE LOS DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN, Basilea, 22 de marzo de 1989, ONU, <https://www.boe.es/boe/dias/1994/09/22/pdfs/A29047-29062.pdf>

<sup>1966</sup> El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. Adoptada el 22 de marzo de 1989. Participaron en la Conferencia, ciento diez y siete Estados y el entonces, Comunidad Económica Europea. CUBEI SÁNCHEZ, Pablo, *Convenio Internacional de Residuos Peligrosos*, Edit. Tirant la Blanch y Universidad de Valencia, Valencia -España, 2000, pág. 129 -131; 134 -135.

<sup>1967</sup> En el momento de la aprobación del Acta Final, del convenio de Basilea, varios Estados formularon declaraciones cuyo texto se ha agregado a la misma, entre aquellas la resolución 3, que hace referencia al espinoso tema de la responsabilidad que invita al director ejecutivo del P.N.U.M.A a establezca un grupo de trabajo *ad hoc* expertos jurídicos y técnicos encargados de determinar elementos potencialmente incluibles en el protocolo sobre responsabilidad de limitación de los daños constantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos su eliminación. CUBEI SANCHEZ, Pablo, *Convenio Internacional de Residuos Peligrosos*, Op. Cit., pág. 129 -131; 134 -135.

<sup>1968</sup> Hazardous and Radioactive Wastes.I. State of International Waste Trade. Waste generation could be conceived a domestic problem that acquired global dimensions as countries started to export their wastes to other countries, especially developing countries. were' motivated by the high costs of waste disposal in developed countries. Such high costs were due to the Not-In-My Backyard (NIMBY) attitude that inhibited the construction of new waste disposal facilities in many developed countries. Current trends show that waste generation is on the increase. The biggest waste; generators continue to be the United States and member states of the EU. The amount of wastes traded internationally is increasing steadily. The main factor that has contributed to this increase in trade is the growth of trans. - boundary waste movements destined for recovery among the EU countries. Movements of wastes imaging developing countries show large fluctuations over time. The databases available, however, are still incomplete



advierte, que, por ejemplo, en los EEUU el problema es tan agudo que algunos Estados han intentado prohibir o controlar las importaciones de residuos en sus territorios provenientes de otros Estados de la Federación, alegando que esas importaciones son ecológicamente defectuosas<sup>1969</sup>. El asunto, es aún más trágico en los países en vías de desarrollo, en donde son “particularmente vulnerables al comercio ilegal de residuos”<sup>1970</sup>, pues soporta la mayor parte de los desechos peligrosos, lo que ha determinado incluso que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se haya pronunciado, en el sentido de que se trataría de una forma de “racismo ambiental”.

Es en este contexto que el haber optado por la responsabilidad absoluta asumida por parte del operador privado, si bien implementa el principio “quien contamina paga”,<sup>1971</sup> el problema es que no los aplica a los Estados, enfatizando esta posición en su preámbulo<sup>1972</sup>, justificando de esa manera, el establecimiento de un régimen de responsabilidad basado solo en la asunción de la responsabilidad en los operadores privados los que se ocupan de llevar a cabo las actividades relacionadas con los residuos, y “resultando excepcionales los casos en los que los Estados intervienen en dicha responsabilidad”<sup>1973</sup>. Todo ello, a pesar de ser los Estados, quienes han legitimado el comercio-movimiento de desechos peligrosos, especialmente desde países desarrollados a países subdesarrollados.

De la misma tendencia, es el Protocolo de Basilea(1999)<sup>1974</sup>, sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, el mismo

---

in terms of the data on waste generated and on waste traded. This is because not the same countries report annually on the amounts of wastes they generate and trade. Furthermore, there are still many differences in the national classifications of hazardous wastes. LOUKA, Elli, *“International Environmental Law-Fairness, Effectiveness, and World Order”*, Cambridge University Press, 2006, United States of America, page. 424.

<sup>1969</sup> The U.S. Supreme Court has underlined the notions of economic nationhood, community, and interdependence, and has cautioned against the economic isolationism of states. According to the Court, a state may not “isolate itself from a problem common to many by erecting a barrier against the movement of interstate trade,” even if that trade involves wastes. LOUKA, Elli, *“International Environmental Law-Fairness, Effectiveness, and World Order”*, Cambridge University Press, 2006, United States of America, page. 440-441.

<sup>1970</sup>An Assessment of the Basel Convention. The most serious criticisms of the Basel Convention are that it legitimizes trade which cannot adequately be monitored or controlled, and leaves developing states vulnerable to unsafe disposal practices. The adoption of the ban on waste exports from OECD to non-OECD countries goes some way towards addressing the second problem, even though it is not yet fully in force. Moreover, the Convention leaves open the possibility of import bans on a national or regional basis, and provides an effective mechanism for publicizing these or other restrictions. Developing countries remain particularly vulnerable to illegal waste trade, however. This is probably the biggest problem facing the Basel Convention. Indeed, it sufficiently serious to be characterized by the UN Human Rights Commission as a form of ‘environmental racism’ and a serious threat to the rights to life and health in Africa and developing nations elsewhere. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, *“International Law and The Environment”*, Third Edition, Oxford University Press- New York-USA, page. 484-485.

<sup>1971</sup>CUBEI SANCHEZ, Pablo, *“Convenio Internacional de Residuos Peligrosos”*, Op. Cit., pág. 149.

<sup>1972</sup>El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989. “El Preámbulo del Convenio establece que “(...) los Estados tienen la obligación de velar por que el generador cumpla con sus funciones con respecto al transporte y a la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos de forma compatible con la protección de la salud humana y el medio ambiente se cual fuere el lugar en el que efectúe la eliminación”. VAINAIXA MIQUEL, Mónica, *“La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza Derivado de Residuos”*, Op. Cit., pág. 114 - 118.

<sup>1973</sup> VAINAIXA MIQUEL, Mónica, *“La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronterizada Derivada por Residuos”*, Op. Cit., p. 99-100.

<sup>1974</sup> The Basel Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Trans - boundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, adopted on 10 December 1999, is a protocol to the 1989 Basel Convention on the Control of Trans - boundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal and governs liability for damage resulting from the trans - boundary movement of hazardous wastes and other waste and their disposal, including the illegal traffic in those wastes (Article 1). It provides for strict liability (Article 4) and covers (i) damage to persons and property, including loss of income directly deriving from an economic interest in the environment, (ii) the costs of measures of reinstatement of the impaired environment, limited to the costs of measures actually taken or to be undertaken, and (iii) the costs of preventive measures, including any loss

que tiene como objetivo, establecer un régimen de responsabilidad e indemnización por daños y perjuicios<sup>1975</sup>, mediante el cual el productor o exportador en su caso es quien se hace responsable *absoluto* de los daños ambientales, tal y como lo establece en su artículo 1 de indicado protocolo<sup>1976</sup>, responsabilidad que se aplica hasta que el eliminador haya tomado posesión de los desechos peligrosos y otros desechos, y cuyo rigor solo se atenúa por las causas comunes de la exoneración de responsabilidad como en el caso de delitos, guerra o catástrofe natural, y como sostiene PASTORINO <sup>1977</sup>, establece además límites en relación a la cuantía de la indemnización. Por lo que, en este aspecto, se trata de un sistema de naturaleza limitado, que contradice una aproximación a un sistema absoluto de responsabilidad al que se aspira en un sistema internacional por los daños ambientales transfronterizos.

La fortaleza de este sistema, es que no solo el “eliminador” de dichas sustancias peligrosas es responsable, sino también los generadores, exportadores, importadores y eliminadores de desechos, esto es, todos los intervinientes que realizan dicha actividad, en las diferentes etapas del viaje de los residuos hasta su destino final por lo que significa un avance jurídico y referente importante para el diseño de responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

Es importante destacar, que el artículo 16 del protocolo del convenio de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (1999)<sup>1978</sup>, norma de remisión al sistema general de responsabilidad internacional de los

---

or damage caused by such measures (Article 2 § 2c of the Protocol). HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Op. Cit., page. 31-32.

<sup>1975</sup>El protocolo del convenio de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, (1999). Artículo 2 cubre i) Muerte o lesiones corporales; ii) Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el presente Protocolo; iii) Pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en el uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos; iv) Costo de las medidas de restablecimiento del medio ambiente deteriorado, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse. PROTOCOLO DEL CONVENIO DE BASILEA SOBRE RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS RESULTANTES DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN, Basilea, 10 de diciembre de 1999 (Quinta Conferencia de las partes, decisión V/29), ONU, <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>

<sup>1976</sup>The Basel Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Trans - boundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, adopted on 10 December 1999, is a protocol to the 1989 Basel Convention on the Control of Trans - boundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal and governs liability for damage resulting from the trans - boundary movement of hazardous wastes and other waste and their disposal, including the illegal traffic in those wastes (Article 1). It provides for strict liability (Article 4) and covers (i) damage to persons and property, including loss of income directly deriving from an economic interest in the environment, (ii) the costs of measures of reinstatement of the impaired environment, limited to the costs of measures actually taken or to be undertaken, and (iii) the costs of preventive measures, including any loss or damage caused by such measures (Article 2 § 2c of the Protocol). HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Op. Cit., page. 31-32.

<sup>1977</sup>Así, en el protocolo de Basilea sobre Responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación adoptado el 10 de diciembre de 1999, establece una limitación de la responsabilidad en la cuantía en el anexo B del Protocolo, fijando un límite inferior de la responsabilidad del exportador cualquier incidente basado en el peso de la carga para la eliminatoria, este límite mínimo es de 2 millones de DEG para cualquier daño ocasionado. Así, como un seguro u otra garantía financiera obligatoria, y un fondo establecido por la conferencia de las partes y se financia con contribuciones voluntarias de las partes en la Convención. PASTORINO, Leonardo Fabio, “*El Daño al Ambiente*”, Op. Cit., pág. 119-120.

<sup>1978</sup>Protocolo del Convenio de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Responsabilidad del Estado. Artículo 16. El Protocolo no afectará a los derechos ni obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de las normas del derecho internacional general en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados. Este instrumento no afectara los derechos ni obligaciones de las partes contratantes en virtud de las normas de derecho internacional general en lo que respecta a la responsabilidad internacional del Estado. PROTOCOLO DEL CONVENIO DE BASILEA SOBRE RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS RESULTANTES DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN, Basilea, 10 de diciembre de

Estados, en los casos en que se comete un ilícito internacional, cuando los Estados no cumplen con lo establecido en este protocolo. Por lo que, como sostiene VANAIXA cualquier movimiento de residuos peligrosos realizado sin que alguno de los Estados, el de exportación o importación, respete las normas convencionales, es considerado un hecho ilícito<sup>1979</sup>. Por este supuesto normativo, entra en funcionamiento el sistema internacional de los Estados por comisión de un hecho internacionalmente ilícito, precedente sumamente positivo, pues es la única norma que establece un supuesto en el cual un daño ambiental transfronterizo, es considerado *un hecho ilícito*. En ese sentido, constituye un antecedente normativo obligado para la construcción de un sistema de responsabilidad general por daños transfronterizos, de donde necesariamente debe partirse, para que, en un futuro, todos los daños ambientales transfronterizos sean considerados por el derecho internacional, como hechos ilícitos.

Es importante señalar que en materia de daños ambientales transfronterizos por desechos peligrosos, se hace necesario el reconocimiento del principio de responsabilidad universal<sup>1980</sup>, en donde los Estados asuman responsabilidad directa, absoluta o estricta por los daños transfronterizos en materia de residuos peligrosos, por ser los mayores generadores de los desechos peligrosos, y los que incentivan las exportaciones de los mismos, especialmente de los países desarrollados a países en desarrollo. Este sistema de responsabilidad, debe conducir no solo a la adopción de instrumentos que imponen controles reglamentarios, prohibición de los movimientos residuales, sino debe centrarse además, en que los Estados asuman responsabilidad directa absoluta o estricta, teniendo en cuenta que son justamente los Estados quienes autorizan los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, con el fin de lograr en un futuro inmediato un sistema de responsabilidad acorde a la problemática de la gravedad de los daños ambientales ocasionados por los desechos y sustancias peligrosas.

### **3.3.1.6.- El sistema europeo de responsabilidad por los daños causados por las actividades peligrosas y el establecimiento de un sistema de responsabilidad absoluta e ilimitada, y solidaria en materia de daños ambientales**

Asimismo, en el ámbito regional destaca la labor del Consejo de Europa<sup>1981</sup>, estableció el sistema de responsabilidad por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente<sup>1982</sup>, a través

---

1999 (Quinta Conferencia de las partes, decisión V/29), ONU, <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>

<sup>1979</sup>VANAIXA, señala que el art. 16 del Protocolo de Basilea dispone expresamente que este instrumento no afectará a los derechos ni obligaciones de las Partes contratantes en virtud de las normas de derecho internacional general en lo que respecta a la responsabilidad internacional del Estado. El Convenio de Basilea (...) prevé el mecanismo de la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de las obligaciones previstas en el texto convencional. De este modo, cualquier movimiento de residuos peligrosos realizado sin que alguno de los Estados, el de exportación o importación, respete las normas convencionales será considerado un hecho ilícito (responsabilidad internacional del Estado por comisión de un hecho internacionalmente ilícito). VANAIXA MIQUEL, Mónica, *“La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronterizada Derivada por Residuos”*, Edit. Universidad Santiago de Compostela, Madrid, 2006, pág. 99-100.

<sup>1980</sup>FOY, precisa que uno de los rasgos característicos del convenio de Basilea es su vocación de universalidad, respondiendo a una característica constante en el derecho internacional del medio ambiente y la vez demuestra funcionalidad pues necesita para ser operativo poder cumplir su objetivo de protección de salud del medio ambiente abarca al máximo número de derechos bajo su cobertura normativa para sí sometida a su régimen normativo el mayor tonelaje posible del movimiento de desechos peligrosos, (...) “se basa en la máxima reducción de su generación en cantidad y/o en peligrosidad. Los principios básicos del Convenio de Basilea son: a) El movimiento transfronterizo de desechos peligrosos debe ser reducido al mínimo consistente con su manejo ambientalmente apropiado; b) Los desechos peligrosos deben ser tratados y dispuestos lo más cerca posible de la fuerza de su generación; c) Los desechos peligrosos deben ser reducidos y minimizados en su fuente. FOY VALENCIA, Pierre, *“Gestión Ambiental y Empresa”*, Edit. RODHAS, 1ra Edición, Lima-Perú, 2012, pág. 252.

<sup>1981</sup> Por lo que se refiere al ámbito regional, se destaca la labor del Consejo de Europa (...). Así fue como se adoptó el 21 de junio de 1993, en el seno de dicha organización internacional el Convenio de Lugano sobre responsabilidad civil por daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente cuyo objeto tal como advierte su artículo .0, consiste en asegurar una reparación

del sistema de responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente<sup>1983</sup>, establecido en el Convenio de Lugano<sup>1984</sup> del 21 de junio de 1993<sup>1985</sup>, sistema que determina la responsabilidad *absoluta e ilimitada*, y *solidaria* en materia de daños ambientales por residuos peligrosos<sup>1986</sup>, cuyos principios básicos están establecidos en los artículos 6 a 12 y contemplan que quien está en control de una actividad peligrosa, el operador de la planta es responsable por los daños causados

---

adecuada de los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, previendo así mismo unos medios de prevención y de arreglo. Valdría la pena finalizar este apartado con una reflexión acerca de la necesidad de desarrollar mecanismos jurídicos para hacer efectiva la responsabilidad penal del individuo en materia ambiental. De esta manera, al lado de mecanismos como la responsabilidad internacional del Estado por violación de obligaciones en materia ambiental o la responsabilidad civil, los Estados deberían comprometerse a desarrollar normas dirigidas a regular el derecho penal ambiental, por ser éste un mecanismo que puede contribuir en gran medida a la protección del ambiente. ROJAS QUIÑONES, Claudia María, “Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación en Colombia”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1ra Edición, 2004, Perú, pág. 157-164.

<sup>1982</sup>Conventions not yet in Force: Two Conventions, although not yet in force, are casting their shadows before them. They are the Convention of 1 February 1990 on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail, and Inland Navigation, developed within the framework of the Inland Waterways Committee of the UN Economic Commission for Europe (ECE), and the European (Lugano) Convention of 21 June 1993 on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment." Further Conventions not yet enforced are: The Basle Convention of 22 March 1989 on the Control of Trans -boundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal which promotes a special liability rule in Art. 12; two Conventions of the UN ECE: The Convention of 17 March 1992 on the Protection and Use of Trans - boundary Watercourses and International Lakes (Art. 7), and the Convention on Trans - boundary Effects of Industrial Wastes (Art. 13). VON BAR, Christian, “The Common European Law of Torts”, volume one, the core areas of tort law, its approximation in Europe, and its accommodation in the legal system, Edited, University of Oxford University Press, 1998, New York, page. 397-400.

<sup>1983</sup>VINAIXA, sostiene que los antecedentes del Convenio de Lugano, se remonta al 8 de marzo de 1993, a los pocos días antes de que la comisión presentara al Consejo y al Parlamento europeo el Libro Verde sobre la reparación del libro ecológico, en el Seno del Consejo de Europa se dieron por finalizados trabajos que durante cinco años había venido realizando el comité de expertos en materia de compensación por los daños causados al medio ambiente al aprobarse el Convenio de Lugano 21 de junio de 1993. Con este convenio el consejo de Europa vino a dar cumplimiento al principio número 13 de la Declaración del río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992, en virtud del cual los Estados deben cooperar en la elaboración de normas internacionales sobre responsabilidad civil por los daños por contaminación o ambientales causados por los actividades desarrolladas bajo su jurisdicción. VINAIXA MIQUEL, Mónica, “La Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza Derivada de Residuos”, Op. Cit., pág. 107 – 108.

<sup>1984</sup>The Council of Europe opened for signature on 21 June 1993 a Convention on Civil Liability for Damages Resulting from the Exercise of Activities Dangerous for the Environment that establishes general standards for indemnification of those injured by hazardous activities and products. Based on the polluter-pays principle and building upon earlier agreements on civil liability damage caused by nuclear substances and the transportation of dangerous merchandise, the Convention seeks to ease the burden of proof on persons seeking reparations and broadly to impose responsibility. Thus, within contracting states it applies to all persons and companies and state and all agencies exercising control over dangerous activities. ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, “Manual of European Environmental Law”, University Cambridge, University Press, Second edition, 1997, New York, page. 151-153.

<sup>1985</sup> i) The Lugano Convention, (...) has been open to accession since 21 June 1993, though it has not yet entered into force. So far, only nine states (Cyprus, Finland, Greece, Iceland, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, Portugal and the Netherlands) have signed the Convention, but not state has yet ratified it. HINTEREGGER, Monika, “Environmental Liability and Ecological Damage in European Law”, Edited by Cambridge University Press, 2008, New York, Page 31-32; ii) Esta convención de los estados miembros del consejo de Europa, a la que se invita a adherir a otros Estados no miembros tal como lo señala el artículo 33. PASTORINO, Leonardo Fabio, “El Daño al Ambiente”, Op. cit., pág. 354-37; iii) No obstante aún no ha entrado en vigor DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “Responsabilidad, Civil Ambiental”, En “Responsabilidad Ambiental Penal, Civil y Administrativa”, Op. Cit., pág. 116 -117.

<sup>1986</sup>Regional agreements also make some provision for civil liability. In Europe, the 1993 Lugano Convention on Civil Liability would apply insofar as waste disposal or recycling involves production, handling, storage, use, or discharge of dangerous substances. Article 4(3) (b) of the African Convention requires the parties to impose strict, unlimited liability as well as joint and several liabilities on hazardous waste generators'. Neither agreement is in force. The 1996 Mediterranean Protocol calls on the parties to develop liability rules, but ten years later they had still not been able to agree on a text. The 1986 US-Canada and US-Mexico Agreements allow for compulsory insurance as a condition of entry, and in the latter case also require the a where practicable to secure compensation through existing national law. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGWELL, Catherine, “International Law and the Environment”, Op. Cit., page. 482-484.

por esa actividad,<sup>1987</sup> quien asume responsabilidad objetiva<sup>1988</sup> proveniente de la relación entre causa y efecto<sup>1989</sup>, esto sin la necesidad de probar la culpa.

Además, este sistema de responsabilidad internacional, se fundamenta en el principio “quien contamina paga”,<sup>1990</sup> en donde los Estados no asumen su responsabilidad directa, determinando la debilidad de dicho sistema de responsabilidad, más aún si existe la negativa de los Estados a ratificar el Convenio<sup>1991</sup>. Se trata, además, de una responsabilidad extensa, en donde se define un concepto amplio del daño ambiental que incluye no solo la muerte, las lesiones personales, la pérdida de la propiedad, sino también la pérdida resultante de la alteración del medio ambiente. Por lo que, en este aspecto se trata de un referente importante en el diseño de responsabilidad internacional de los Estados general, obligatorio y absoluto por los daños ambientales transfronterizos.

Asimismo, dicha responsabilidad es de naturaleza solidaria por parte de los operadores de plantas; con el establecimiento de un seguro<sup>1992</sup>, cuyo ámbito de aplicación, rige prácticamente en todo el territorio europeo sin límites de cuestiones transfronterizas, aspecto también importante, que amerita ser tomado en cuenta a efectos, de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados en materia de responsabilidad internacional.

No obstante, el problema que existe es que tiene limitaciones en la aplicación, respecto a la responsabilidad del operador, similares a las establecidas en los otros convenios sectoriales, y otras normas que precisan su aplicación sobre exenciones<sup>1993</sup>, pues el operador no será responsable si prueba

---

<sup>1987</sup>The Lugano Convention, (...) Articles 6 to 12 set out the basic principles of responsibility. First, anyone who is in control of a dangerous activity is responsible for damages caused by that activity.<sup>18</sup> The problem of multiple or long-term sources is solved by placing the burden of proof on the various persons who were in control of the activity or activities to prove they were not responsible. If not, joint responsibility is imposed over all those in control for damage resulting from slow or continuous contamination or multiple sources. For waste-disposal sites, the person in control at the moment the damage occurs is responsible. In cases where the activity has ceased when the damage occurs, the last person in control will be liable unless he can show that the causative event took place before he was in control. ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, Op. Cit., page. 151-153.

<sup>1988</sup>En el seno de la Unión Europea, la propuesta de directa relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por los residuos y Libro Verde sobre reparación de daños, o bien el ámbito internacional el Convenio de Lugano, abogan por un sistema basado, por una parte, en la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva sin culpa por los daños causados al medio natural y, por otra, por el establecimiento de un mecanismo de compensación en caso de que no sea identificable el culpable. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “*La UE y la Responsabilidad por Daños Ambientales*”, En “*Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Op. Cit., pág. 1.11.

<sup>1989</sup>DUAYGUES, María Inés, “*Recomposición Ambiental Reparación Ambiental*”, Op. Cit., pág. 143- 144.

<sup>1990</sup>European Convention on Civil Liability. The Council of Europe opened for signature on 21 June 1993 a Convention on Civil Liability for Damages Resulting from the Exercise of Activities Dangerous for the Environment that establishes general standards for indemnification of those injured by hazardous activities and products. Based on the polluter-pays principle and building upon earlier agreements on civil liability damage caused by nuclear substances and the transportation of dangerous merchandise, the Convention seeks to ease the burden of proof on persons seeking reparations and broadly to impose responsibility. ALEXANDRE KISS, and DINAH SHELTON, “*Manual of European Environmental Law*”, University Cambridge University Press, Second edition, 1997, New York, page51-153.

<sup>1991</sup>JEAN MAURICE Arbour Sophie Lavalée, « *Droit International de L'environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, 2006, Québec Canada, page. 735-736.

<sup>1992</sup>Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment. Article 12 – Compulsory financial security scheme Each Party shall ensure that where appropriate, taking due account of the risks of the activity, operators conducting a dangerous activity on its territory be required to participate in a financial security scheme or to have and maintain a financial guarantee up to a certain limit, of such type and terms as specified by internal law, to cover the liability under this Convention.

Web: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007bf46>

<sup>1993</sup>Liability is not imposed if damage occurs as a result of armed conflict, a natural disaster, an intentional act of a third party, a state command, "pollution of a level acceptable having regard to the relevant local circumstances," or if the activity was taken for the benefit of the person damaged, to the extent it was reasonable for the latter to be exposed to the risks of the dangerous activity,

que el daño es el resultado<sup>1994</sup> tanto de: un acto de guerra, un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o de un acto cometido por un tercero con la intención de causar daño, esto es, es un sistema de responsabilidad limitado en su aplicación, aspecto que debe ser superado en la construcción de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados por los daños transfronterizos.

Es de precisar, que este convenio no se encuentra aún vigente, pues los Estados se niegan a hacerlo bajo el argumento principal de que tiene un alcance demasiado amplio, por lo que se temen los costos adicionales que ello implica, una señal más de la política de los Estados, consistente en evadir la responsabilidad directa en materia de daños ambientales transfronterizos por actividades peligrosas. Lo importante, es que constituye un precedente importante, en la construcción de un sistema general y obligatorio en materia de responsabilidad por los daños transfronterizos, porque es el único tratado que, por vez primera, cubre la totalidad de las actividades peligrosas en general.

### **3.3.2.- Los elementos más representativos, de los regímenes internacionales de responsabilidad civil de naturaleza sectorial, que contribuyen al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por el daño ambiental transfronterizo**

De todo lo anotado, se observa que los sistemas de responsabilidad, se han desarrollado mayormente en el ámbito del derecho internacional privado, no obstante, importa para nuestro estudio extraer sus elementos más representativos, en la medida que representen referentes importantes al diseño de un sistema de naturaleza general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por el daño ambiental transfronterizo, por lo que, estos sistemas de responsabilidad pueden trasladarse a un sistema de responsabilidad internacional general de derecho internacional público.

Los instrumentos internacionales han desarrollado mayormente, regímenes de responsabilidad objetiva que trasladan la responsabilidad a los operadores privados económicos, no obstante, es posible extraer algunas características, de estos sistemas de responsabilidad, y trasladarlas al diseño de un sistema de responsabilidad internacional, de naturaleza general, obligatorio y absoluto.

i) Una de las principales características de los instrumentos internacionales establecidos en los sistemas sectoriales en materia de responsabilidad civil por los daños transfronterizos, es que han optado por establecer la responsabilidad objetiva o absoluta de responsabilidad. Así tenemos que el sistema global de daños nucleares, la Convención de Viena sobre la responsabilidad civil en materia de daños nucleares(1963) constituye un importante referente, al haber establecido un sistema absoluto de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos nucleares, el problema radica en que está dirigido a los a los explotadores nucleares privados, observándose que los Estados mantienen su

---

or if the injured party was at fault. From the perspective of the plaintiff, there are several favorable provisions. ALEXANDER KISS, and DINAH SHELTON, *Manual of European Environmental Law*, Op. Cit., page. 151-153

<sup>1994</sup> Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment (1993). Article 8 – Exemptions

The operator shall not be liable under this Convention for damage which he proves: a) was caused by an act of war, hostilities, civil war, insurrection or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character; b) was caused by an act done with the intent to cause damage by a third party, despite safety measures appropriate to the type of dangerous activity in question; c) resulted necessarily from compliance with a specific order or compulsory measure of a public authority; d) was caused by pollution at tolerable levels under local relevant circumstances; or e) was caused by a dangerous activity taken lawfully in the interests of the person who suffered the damage, whereby it was reasonable towards this person to expose him to the risks of the dangerous activity. CONVENTION ON CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE RESULTING FROM ACTIVITIES DANGEROUS TO THE ENVIRONMENT, Lugano, June 21, 1993, OMI-ONU, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007bf46>

situación de privilegio, a pesar de tener mucha más posibilidad de asumir dicha responsabilidad, esta se traslada a los privados. Situación que se repite en los demás acuerdos complementarios del sistema global de daños nucleares, así tenemos, que: i) El Protocolo de Viena (1988), establece responsabilidad al explotador de una instalación nuclear; ii) la Convención de Viena de 1997 sobre responsabilidad civil por daños nucleares; iii) de igual forma, el Convenio sobre la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares(1971)responsabiliza de manera absoluta al operador de la instalación de energía nuclear. Por lo que, este sistema al optar porque todo el peso de la responsabilidad internacional en materia nuclear recaiga solo en el operador de la instalación de energía nuclear, obviamente se trata de un sistema débil de responsabilidad, pues es un imposible que los privados puedan lograr reparar los gravísimos daños que ocasiona la actividad nuclear sin la solidaridad de los Estados, quienes por su situación privilegiada están en mejores condiciones que los privados de asumir el referido tipo de responsabilidad.

Por su parte, el sistema europeo de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares, establecido en el Convenio de París (1960), también ha establecido un sistema de responsabilidad absoluta, a semejanza del sistema global por daños nucleares y dispone que el explotador de una instalación nuclear será responsable absoluto del daño nuclear ocasionado. Igualmente en los acuerdos complementarios del sistema europeo de daños nucleares, se observa que se ha optado por una responsabilidad absoluta, así tenemos que: i)El Protocolo que modifica el convenio de Paris de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear enmendado por el Protocolo Adicional de 28 de enero de 1964, hecho en París el 16 de noviembre de 1982, establece que el explotador de una instalación nuclear será responsable de cualquier daño a las personas y bienes y además la convención suplementaria de Bruselas, del 31 enero de 1963, y complementaria del Convenio de París de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, también establecen la responsabilidad absoluta del explotador, determinando que la tendencia, en esta materia es la asunción de este tipo de responsabilidad. En el sistema europeo de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares, tampoco el Estado asume responsabilidad directa, situación que debe superarse en un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos.

Observándose que, si bien la Convención internacional sobre responsabilidad civil por contaminación de hidrocarburos de 1969 y su protocolo en Londres en 1992, establecen el principio de la responsabilidad objetiva por daños causados durante el transporte marítimo de hidrocarburos, dicho sistema es muy limitado en su aplicación, pues la satisfacción del régimen es solo respecto a la responsabilidad que asumen los privados, no así en relación a la responsabilidad directa de los Estados, pues la responsabilidad objetiva solo se canaliza al propietario del barco, quien asume la responsabilidad directa de todos los daños por contaminación causados por el derramamiento de hidrocarburos.

Los sistemas objetivos de responsabilidad sobre la contaminación de aguas de mares, ríos y lagos establecidos en el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (SNP), adoptado el 3 de mayo de 1996, en donde la responsabilidad objetiva se canaliza al propietario del buque, mientras los Estados igualmente mantienen la tendencia de evadir dicho tipo de responsabilidad. Lo mismo sucede con la Convención de Helsinki sobre la protección y utilización de recursos de agua transfronterizos y lagos internacionales de 1992 y con el protocolo sobre responsabilidad civil y compensación por daños por los efectos de los daños ambientales causados por los accidentes industriales en buques sobre aguas transfronterizas del año 2003 el cual prevé un amplio régimen de responsabilidad civil. El problema es

que, en este sistema, los Estados tampoco asumen responsabilidad absoluta ni solidaria para cubrir los daños transfronterizos por los accidentes industriales en buques, aun cuando los buques sean estatales.

Por su parte, en el sistema de responsabilidad sobre los daños causados por el movimiento transfronterizo de desechos y su eliminación establecido el Convenio de Basilea (1989) se ha optado por la responsabilidad absoluta, la misma que recae sobre el “eliminador” de dichas sustancias peligrosas, el productor o exportador, sistema en que la renuencia, de los Estados de origen a no asumir dicha responsabilidad es injustificable, pues son quienes permiten que la generación de residuos incremente a nivel mundial, y legitiman el comercio-movimiento de desechos peligrosos, especialmente desde países desarrollados a países subdesarrollados.

El sistema de responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente establecido en el Convenio de Lugano (1993) determina la responsabilidad absoluta, en materia de daños ambientales por residuos peligrosos, de aquel que está en control de una actividad peligrosa, esto es, el operador de la planta es responsable por los daños causados por esa actividad, y es quien asume responsabilidad objetiva y en donde los Estados tampoco asumen su responsabilidad directa, determinando la debilidad de dicho sistema de responsabilidad, más aún si existe la negativa de los Estados a ratificar el Convenio.

ii) El aporte de los sistemas convencionales por responsabilidad civil, en relación a la reparación integral del daño ambiental transfronterizo en un sistema internacional de responsabilidad general, obligatorio, y de naturaleza absoluto o estricto. Uno de los temas más trascendentes de la responsabilidad civil por daño ambiental, sin duda cabe, es el referido a la reparación del daño ambiental, pues producido el perjuicio, como consecuencia de la realización de una actividad ultrarriesgosa, surge la obligación de reparar. Corresponde extraer las propuestas de los sistemas sectoriales internacionales de responsabilidad civil por el daño ambiental, partiendo de que los mismos, tienen de común que establecen un régimen limitado de reparación, no obstante, para los casos en los que no resulte operativo dicho mecanismo reparatorio, se establece un sistema complementario de fondos de compensación, en donde los Estados contribuyen a dichos fondos, que permiten reparar los daños ambientales transfronterizos, de manera complementaria, sin asumir los Estados la responsabilidad directa.

Se observa, asimismo, que se viene dando cada vez mayor protección al daño al medio ambiente *per se*, a través de la restauración o de la reinstalación de los elementos del medio ambiente que se hubieren efectivamente dañado, como por ejemplo la reintroducción en el ecosistema de ejemplares de especies en peligro, y la compensación por equivalente en el caso de destrucción total de cierto componente ambiental. Así, las convenciones se detienen generalmente allí, esto es, en las medidas de restauración, teniendo los siguientes parámetros : a) no se incluye la cesación del daño en la responsabilidad *sine delicto*, puesto que, precisamente su característica esencial es que la actividad en que el daño se origina es lícita y sólo se exige el pago de las indemnizaciones correspondientes; b) busca la reparación de todos los daños causados en la medida de lo posible; c) la reparación está limitada a un tope máximo; d) existe la constitución de fondos, seguros y garantías financieras, que tratan de acercarse a la restitución plena en circunstancias en que las indemnizaciones pueden alcanzar sumas muy altas, e) todas las convenciones de responsabilidad incluyen dentro de la definición del daño también al costo de las medidas preventivas, así como a cualquier daño o pérdida causados por estas medidas. Por lo que, corresponde analizar los convenios en relación a la reparación del daño ambiental.



Se advierte, que la aceptación de la reparación del daño ecológico puro, está en constante evolución, así, la Convención de Viena sobre la Responsabilidad Civil en Materia de Daños Nucleares del 21 de mayo de 1963, en un inicio, en su artículo 1, se limitó a reparar la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado del daño directo o indirecto de las propiedades radioactivas. Definición referida estrictamente a daños personales y no al medio ambiente, siendo que el mismo artículo permite que se agregue a la definición los demás daños y perjuicios que se produzcan u originen de esta manera en cuanto así lo disponga la legislación del tribunal competente. Posteriormente en el Protocolo de 1992 sobre responsabilidad civil por los daños debido a la contaminación por hidrocarburos, de los Convenios de París y Viena, es en donde se amplía la definición relativamente estrecha de “daño”, para incluir los costos de las medidas preventivas y de restauración del medio. Definición que proporciona un enfoque más realista a los daños, toda vez que, los costos ambientales también podrían ser objeto de reembolso contra los Estados en el derecho internacional. Adicionalmente, esta nueva visión sobre la inclusión del daño ambiental puro, se solucionó definitivamente con la celebración del Protocolo adicional de la Convención de Viena sobre la Responsabilidad Civil en Materia de Daños Nucleares del 21 de mayo de 1963, y la Convención de París de 2004, en donde, se incluye expresamente ciertos tipos de daños al medio ambiente, tales como costos de restauración, los costos de prevención y pérdidas económicas, en la definición de daños nucleares. En ese sentido, realizando una interpretación sistemática del Convenio de Viena, relacionándolo con el Convenio de París, y protocolos correspondientes, se puede concluir que actualmente en dicho sistema se encuentra protegido el daño ambiental puro como producto de los daños nucleares.

De igual manera el Convenio de Bruselas sobre la responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, en un inicio en su artículo 2, se limitó a cubrir la pérdida o daños causados fuera del buque y que se producen en el mar o en el territorio de una parte contratante territorial, esto es, no se refiere explícitamente a los daños al medio ambiente. No obstante, el artículo 1 (6) de la Convención de Responsabilidad Civil de 1992, representa una mejora en la Convención de 1969, pues deja claro que la indemnización por deterioro del medio ambiente es recuperable, y que dicha compensación se limita a los costos de las medidas razonables de restauración. Por lo que, amplió el concepto de daños por contaminación al medio ambiente, el mismo que cubre los costos incurridos en las operaciones de limpieza en el mar y en la playa.

Y si bien no se refiere explícitamente a los daños al medio ambiente, el FIDAC ha interpretado la expresión “daños por contaminación” en la Convención de 1969, para cubrir los costos incurridos en las operaciones de limpieza en el mar y en la playa, las medidas preventivas, los costes adicionales, y una parte de los costes fijos derivados de las autoridades públicas en el mantenimiento de una capacidad de respuesta de la contaminación. Así tenemos, que la reparación de los daños transfronterizos en el Convenio de Bruselas sobre la responsabilidad civil por daños debido a la contaminación por hidrocarburos, en relación a su regulación restauradora o reparadora comprende los mecanismos legales previstos para arreglar o disminuir las consecuencias derivadas de un accidente que contamine las aguas del mar con sustancias nocivas transportadas por buques. En ese sentido, el convenio establece que la reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior a su condición y en muchas ocasiones en el pago de daños y perjuicios. Estas dos opciones restaurar lo dañado o pagar una indemnización son a elección del afectado. La compensación consiste en que, si no se puede restaurar el elemento natural dañado, habrá que resarcirlo de una manera en que el medio ambiente quede mejor protegido.

Por su parte, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, protege no sólo la salud humana, sino también el medio ambiente contra los efectos nocivos que pueden derivarse de la generación y el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos. Se parte de la idea que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños no sólo a la salud humana, sino también al medio ambiente. En este convenio, expresamente se refiere a la responsabilidad por el daño ecológico puro, constituyendo un referente importante para un sistema de responsabilidad civil por daño ambiental transfronterizo.

El Convenio de Lugano, ha establecido la indemnización por el daño ecológico puro, sobre la responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente. Siendo que el alcance de los daños, se extiende a todas las muertes, lesiones corporales y daños a la propiedad y al medio ambiente. Asimismo, la reparación del daño directo al medio ambiente, se mide por el costo de las medidas preventivas o de recomposición, adoptadas para contener, minimizar o recomponer la situación precedente al evento dañoso. En este convenio se pretende asegurar una reparación adecuada de los daños resultantes de las actividades peligrosas para el ambiente y prever mecanismos de prevención y recomposición, entendiéndose por medidas de recomposición a las que tiendan a rehabilitar o restaurar los componentes dañados o destruidos del ambiente o a introducir, si esto fuese razonable, el equivalente de estos componentes en el ambiente, delegando en el derecho interno la fijación de la autoridad competente para tomar estas medidas.

La Convención de Lugano precisa que la reparación por el daño ambiental es limitada a los costes de las medidas razonables para restaurar o rehabilitar el ambiente a su estado previo. Para estos propósitos, el entorno se define en términos generales para incluir correctamente los recursos naturales bióticos y abióticos, tales como aire, agua, suelo, fauna y flora, la interacción entre ellos, cultural y los aspectos característicos de la campiña. La convención, establece que las medidas de recomposición tendrán por objeto los componentes ambientales degradados o destruidos y que cuando la *restitutio ad integrum* sea técnicamente imposible, puede ser impuesta la introducción al ambiente de recursos equivalentes a los destruidos. Por lo que, el Convenio de Lugano es en el que finalmente la extensión de la reparación por el daño ambiental es mucho más amplia, que los demás sistemas de responsabilidad civil por el daño ambiental, constituyendo por tanto el mejor referente a seguir en esta materia.

Tal como se observa, los convenios sectoriales en materia nuclear, hidrocarburos, residuos peligrosos, y actividades peligrosas, son mecanismos de solución del derecho internacional para la reparación de los daños transfronterizos en materia de responsabilidad civil, aun cuando no establecen la reparación integral de dichos daños, se trata de sistemas de responsabilidad que constituyen un paliativo significativo, para a la reparación del daño ambiental transfronterizo. Hay que argumentar en favor de los Sistemas de Responsabilidad por el daño al medio ambiente, que dichos Sistemas se vienen extendiendo a todos los efectos del daño ambiental, en donde se comprende, no sólo el daño a las personas, a su patrimonio, sino además en forma específica el daño ecológico puro.

El fundamento de un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental, debe ser la reparación integral del daño ambiental transfronterizo, y por tanto dicho sistema debe optar por un sistema que establezca una cuantía de reparación *ilimitada*. En este aspecto, es el sistema de responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente, establecido en el Convenio de Lugano (1993) sistema que determina la responsabilidad ilimitada. Por lo que, los esfuerzos internacionales apropiados para elaborar normas, criterios y

procedimientos en materia de responsabilidad internacional deben contribuir al objetivo central, que consiste en la reparación de los daños ambientales transfronterizos.

iii. En un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, todos los intervinientes de la actividad ambientalmente peligrosa, deberán asumir responsabilidad solidaria. Así, la Convención de Viena sobre la responsabilidad civil en materia de daños nucleares (1963), opta por la responsabilidad solidaria cuando la responsabilidad por los daños nucleares recaiga en más de un explotador. En el mismo sentido, la Convención de Viena sobre la responsabilidad civil en materia de daños nucleares (1963), estableció la responsabilidad solidaria por parte del Estado en el protocolo aprobado en Viena del 12 de septiembre de 1997. De igual manera el sistema europeo de responsabilidad sobre los daños ambientales transfronterizos nucleares, establecido en el Convenio de París (1960), el explotador de una instalación nuclear sea responsable solidario del daño nuclear ocasionado, contra quien se podrá ejercer el derecho a la indemnización por un daño nuclear, así como contra el asegurador o la persona que garantiza financieramente al explotador de la instalación nuclear.

Observándose que la Convención internacional sobre responsabilidad civil por contaminación de hidrocarburos de 1969 y su protocolo en Londres en 1992, se responsabiliza únicamente al propietario del barco, la misma que no es extensiva a los demás intervinientes de dicha actividad, razón por la que no es un buen referente en este asunto, como si lo es, el sistema de responsabilidad sobre los daños causados por el movimiento transfronterizo de desechos y su eliminación establecido en el Convenio de Basilea (1989), la fortaleza de este sistema, es que no solo el “eliminador” de dichas sustancias peligrosas es responsable, sino también los generadores, exportadores, importadores y eliminadores de desechos, esto es, todos los intervinientes que realizan dicha actividad, por lo que significa un avance jurídico y referente importante para el diseño de la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos. Así, también el sistema de responsabilidad civil por los daños causados por las actividades peligrosas para el medio ambiente, establecido en el Convenio de Lugano (1993), la responsabilidad es de naturaleza solidaria por parte de los operadores de plantas.

En un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, todos los intervinientes de la actividad ambientalmente peligrosa, deberán asumir responsabilidad y hacerse reparto equitativo de los costes de la reparación del daño (jefes de la instalación, al exportador, al gestor o al productor, operador de la actividad peligrosa, individuo o sociedad, el “eliminador” de sustancias peligrosas, los generadores, importadores y eliminadores de desechos, los que transportan sustancias peligrosas, y otros intervinientes de actividades ambientalmente riesgosas). Cuando los privados realicen la actividad ambientalmente riesgosa de manera conjunta, todos los participantes de dicha actividad, deben asumir responsabilidad mancomunada y deben estar obligados a contribuir solidariamente por los daños ambientales transfronterizos para la reparación del daño ambiental transfronterizo, conjuntamente con las autoridades del Estado de origen que permitió la realización de dicha actividad. Ello en atención a que en un sistema de responsabilidad del daño ambiental transfronterizo, general, obligatorio y absoluto deberá tomarse en cuenta que se comparta la responsabilidad sin exclusión de ningún participante potencial en la ocurrencia del mismo, conjuntamente con el Estado de origen. Solo de esta manera, un sistema de responsabilidad internacional responderá eficazmente, para enfrentar exitosamente la reparación de los daños ambientales transfronterizos.

En igual sentido, en el sistema de responsabilidad general, absoluto y obligatorio, será responsable del daño ambiental transfronterizo, no sólo quien está en control de una actividad peligrosa, sino también

incluso cuando haya cesado la actividad y se produce el daño, serán responsables por los daños causados por esa actividad todos los intervinientes en la actividad que estuvieron en control a menos que se pueda demostrar que el acto causante tuvo lugar antes de que se estuviera en control. Asimismo, el establecimiento de la responsabilidad absoluta debe ser recaída no sólo en los explotadores de las actividades ambientalmente riesgosas, sino también en los Estados, a través del cual, se crea un sistema común para la distribución de las pérdidas del explotador responsable, y con los Estados de origen del daño ambiental transfronterizo.

iv) Es menester precisar que, en un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general, obligatorio, y absoluto por los daños transfronterizos, se deben limitar las causas de exclusión de responsabilidad tanto del operador responsable como del Estado. Al respecto, constituye un importante paso que la Convención de Viena sobre la responsabilidad civil en materia de daños nucleares (1963), en donde se establece que la responsabilidad incluso alcanza en aquellos casos en donde los accidentes nucleares sean causados directamente por una catástrofe natural excepcional, como por ejemplo, el caso de un temblor, avance significativo en materia de responsabilidad internacional, dado que el hecho que exista la actividad ambientalmente peligrosa, es un coadyuvante para que una catástrofe natural sea mucha más gravosa para el medio ambiente.

v) En un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general, obligatorio, y absoluto por los daños transfronterizos, el fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación debe ser suficiente para reparar íntegramente el daño ambiental transfronterizo. Se observa, que los fondos internacionales de indemnización de daños causados por la contaminación establecidos en los Convenios Internacionales Sectoriales de responsabilidad civil, son un aporte importante de los Convenios sectoriales analizados, para los casos en los que no resulte operativo el mecanismo reparatorio establecido en el sistema de responsabilidad. Lo positivo, es que el pago de los privados, se hace a través de un sistema de reparto a prorrato para el otorgamiento de los fondos públicos, entre todas las partes contratantes y en función al número de las instalaciones nucleares cuyas entidades explotadoras sean responsables.

vi) En un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad internacional de los Estados por los daños transfronterizos, debe obligarse a los agentes privados que realizan actividades ambientalmente riesgosas a contar con un seguro obligatorio, u otra garantía financiera, en donde las víctimas tengan la posibilidad, de accionar en contra del asegurador o contra la persona que garantiza financieramente al explotador de la instalación nuclear.

Los sistemas de seguros en los Convenios Internacionales Sectoriales de responsabilidad civil, son un aporte importante a destacar, toda vez que los convenios analizados, optan por el sistema de seguro, institución íntimamente ligada a la responsabilidad civil, fundamentado en que, ocurrido un siniestro ambiental, es mejor que exista la posibilidad que el agente contaminante realmente pague y que el principio “quien contamina paga” sea una realidad y no una utopía. Por lo que el sistema de seguros establecido en los Convenios Internacionales Sectoriales de responsabilidad civil, constituyen un acierto importante, para el diseño de un sistema general, obligatorio y absoluto de responsabilidad de los Estados en materia de daños transfronterizos. Ello con el fin de materializar el principio de solidaridad internacional, entre los privados y los Estados intervinientes en materia de reparación de los daños ambientales transfronterizos, a través de los seguros, avales, garantías financieras, etc. antecedente positivo en la construcción de un sistema de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos.

Tal como se observa, los diversos convenios sectoriales por los daños ambientales de derecho privado constituyen referentes de suma importancia para el derecho internacional en materia de responsabilidad, pues ante la ausencia de una norma general que obligue a los Estados a asumir responsabilidad directa y absoluta en los casos de daños transfronterizos, estos esquemas de responsabilidad, constituyen un punto de partida, de donde es seguro que en un futuro se logre la anhelada reparación integral de los daños ambientales. En ello radica su importancia, porque representan precedentes relevantes para la construcción de un sistema general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos.

## CONCLUSIONES

### “La Responsabilidad Civil por el daño al medio ambiente”

#### CAPITULO I

#### “El daño ambiental”

**PRIMERA CONCLUSION:** La responsabilidad civil moderna como mecanismo útil para la reparación del daño ambiental y el reconocimiento del medio ambiente como un bien jurídicamente protegido. Nuestro planeta se encuentra sometido a gravísimas tensiones que ocasionan graves daños ambientales, los mismos que ameritan una respuesta del derecho civil desde el ángulo de su reparación. Se observa que, a nivel del derecho interno, la tendencia de los Estados de emitir normas mayormente de carácter público, por lo que, los esfuerzos legislativos se han centrado en dar solución al problema de la contaminación ambiental desde el punto de vista del derecho administrativo y regulatorio, dejando a un lado la utilidad de responsabilidad civil como mecanismo válido para resolver el problema de la reparación del daño ambiental. Tal situación ha determinado, que el sistema de responsabilidad civil por el daño ambiental peruano, como la mayoría de sistemas de responsabilidad ambiental analizados, no se hayan desarrollado a la par de la problemática de la reparación del daño ambiental. En atención a ello, se hace necesario valorizar la importancia del derecho civil, como un mecanismo útil para encarar con eficacia la problemática referente a la reparación de los daños ambientales a partir de un cambio de enfoque de la responsabilidad civil, tradicionalmente individualista, a un derecho de la utilidad social que responda a la naturaleza *suigéneris* del daño ambiental, el mismo que trasciende a los intereses o derechos privados, pues afectan, mayormente, intereses difusos o derechos colectivos; y de esta manera, sea un instrumento eficaz para lograr la reparación del daño ambiental.

El derecho civil debe reconocer que, lo que es normativamente apropiado para proteger los intereses individuales no “suele” dar los mismos resultados para la protección de los intereses de grupo, colectivos o difusos, escenario en el que se encuentra los bienes ambientales. Así, el daño ambiental, no puede ser encuadrado en los cánones clásicos del derecho de daños, porque se trata de la afección de *un bien jurídico diferente* a los reconocidos como tradicionales por esa disciplina; haciéndose necesario, considerar el “medio ambiente como un bien jurídico protegido”, a partir de una definición amplia -que sea útil- para efectos de la reparación integral del daño ambiental. En ese sentido, se define el medio ambiente como: “el conjunto de todos los componentes del medio ambiente (bióticos, abióticos, el aire, la atmósfera, el agua, la tierra, el suelo, los recursos minerales, la flora, la fauna, ecosistemas que lo integran y sus interrelaciones ecológicas entre estos componentes, etc.), así como, de circunstancias físicas, que constituyen el entorno vital del ser humano (valores culturales; sanitarias; urbanísticas; tecnológicas; servicios sociales básicos; el uso de la tecnología: radioactiva, electromagnética, lumínica, sonora, visual, etc.) con dimensión de “unidad universal”, susceptibles de ser modificados o alterados por causa de la acción humana.” Definición que acogemos, por su efecto altamente positivo para la reparación del medio ambiente, pues de lo que se trata es de diseñar un sistema de responsabilidad civil que proteja la real dimensión de la naturaleza del medio ambiente, y, a su vez, se proteja su dimensión como una unidad universal, con el objetivo de que no exista ningún componente del medio ambiente exento de reparación.

**SEGUNDA CONCLUSIÓN.** Concepto de daño ambiental o daño al medio ambiente puro. La definición de daño ambiental, en términos legales, coincide con el llamado daño ambiental puro, en el

entendido que se ha caracterizado regularmente por las lesiones al medio ambiente, esto es, que no afectan a los individuos y su patrimonio, sino exclusivamente el medio ambiente natural en sí mismo considerado; es decir, las “cosas comunes ambientales”, que en ocasiones hemos designado como “bienes ambientales”, tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Por lo que, el daño ambiental o el daño al medio ambiente puro, puede definirse como “aquel que se dirige al conjunto del medio natural - considerado como patrimonio colectivo- o a algunos de sus componentes, afectando, de forma permanente, las funciones que éstos cumplen en un sistema ecológico determinado, independientemente de sus repercusiones sobre las personas o las cosas” (daño por influjo medioambiental). Este daño afecta al medio ambiente puro o a alguno de sus componentes considerado en abstracto como patrimonio colectivo o unidad universal. es urgente, que la responsabilidad civil desde el punto de vista moderno, reconozca mayoritariamente que la esencia del daño ambiental puro tiene connotaciones jurídicas con interés colectivo, carente de materialidad y con efectos generales, el mismo que obliga a un tratamiento jurídico diferente, pues involucra a intereses colectivos y sociales. Siendo ello así, corresponde que el derecho peruano especifique en sus normas el concepto jurídico unitario de medio ambiente, y de esa manera se amplíe la protección jurídica del daño ambiental puro, lo que repercutirá positivamente en su reparación.

**TERCERA CONCLUSIÓN. Características esenciales del daño ambiental.** La responsabilidad civil por el daño ambiental, para responder eficazmente a la reparación del daño ambiental, debe acoger las características *sui generis* del daño ambiental, las mismas que sistematizadas son las siguientes: a) *Naturaleza difusa*. El daño por contaminación comprende un gran número de víctimas potenciales y de difícil identificación; b) *presencia de interés social*. Los daños producidos por contaminación son fenómenos de naturaleza colectiva que sobrepasa el ámbito de cada individuo, afectando a un número indeterminado de miembros de la sociedad; c) *carácter colectivo del daño ambiental*. En la mayoría de los casos, afectan a una pluralidad de personas, y suelen ser imputables a una colectividad de causantes; d) *son socialmente intolerables*, cuya prevención excede lo razonable; e) *efecto acumulativo*. Su origen se debe a un proceso acumulativo o deterioro continuo de las lesiones al medio ambiente; f) *la irreparabilidad o irreversibilidad del daño*. Generalmente los daños ambientales son irreversibles en sus consecuencias como la alteración definitiva de parámetros en la biosfera (capa de ozono efecto invernadero, cambio climático) o la desaparición de especies animales y vegetales indispensables para el equilibrio ecológico; g) *la universalidad o extraterritorialidad del daño ambiental*. Con gran frecuencia los efectos del daño se manifiestan en lugares distantes geográficamente del generador, por ejemplo: El fenómeno de la lluvia ácida o de la contaminación transfronteriza. Por lo que, cada una de las características deben tenerse en cuenta en el diseño del sistema peruano de responsabilidad social a fin de reparar en su real naturaleza el daño ambiental.

**CUARTA CONCLUSIÓN: Tipología de daños ambientales.** Se propone una tipología vasta de los daños ambientales, que comprende tanto el daño al medio ambiente puro, como los daños al medio ambiente social y que responda a la definición amplia del daño ambiental, a saber : A) *Los daños al medio ambiente puro*: comprende a todos los ambientes naturales, que comprenden el aire, la atmósfera, el agua, la tierra, el suelo, los recursos minerales, la flora, la fauna, elementos bióticos, abióticos, ecosistemas que lo integran y sus interrelaciones ecológicas entre estos componentes, los paisajes, etc. i) *daños a la atmósfera*: El deterioro y amenaza de la atmósfera afecta al conjunto del planeta y tiene alcance internacional, observándose que no existe un sistema internacional de responsabilidad civil medioambiental sobre los daños atmosféricos en donde tanto los Estados o la comunidad internacional

asuman responsabilidad por el daño ambiental; ii) *contaminación a las aguas*: La contaminación del agua es una de las tragedias ecológicas más graves que sucede día a día en el mundo entero, problemática, tratada en nivel de leyes internas, ejemplo de ello es la normativa española consistente en la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985 (Ley 29/1985), en su artículo 85, que se ocupa del daño ambiental ocasionado en el agua; iii) *daños al suelo*, a los bosques, fauna y flora, ecosistemas naturales: se observa que, en materia de responsabilidad civil, hacen falta mecanismos de solución específicos por los daños, debido a la contaminación de los ecosistemas naturales, al suelo, a los bosques; fauna y flora. A nivel del derecho peruano, debe emitirse una norma específica de responsabilidad civil que se ocupen de la reparación de los daños al medio ambiente puro.

B) *Los daños al medio ambiente social*. Los daños ambientales degradan las condiciones mínimas ambientales para un buen funcionamiento de la vida social, pues alteran al conjunto de circunstancias físicas que constituyen el entorno vital del ser humano, consistente en: valores culturales, sanitarios, urbanísticos, tecnológicos, servicios sociales básicos, el transporte, entre otros. El daño al medio ambiente social da origen a problemas como: daños ambientales tecnológicos, los radioactivos, electromagnéticos, lumínicos sonoro, o visual, la tugurización, la marginación de los servicios sociales básicos, la acumulación de basura y el mal tratamiento de su eliminación en las ciudades, los desperdicios y desechos sólidos no biodegradables, el abandono de elementos malolientes, la producción incontrolada de residuos migratorios, el uso y venta de productos que causen daños a la salud y/o a la vida humana, las prácticas publicitarias en cantidades sustantivas que causan contaminación visual, afectando gravemente el paisaje rural y urbano, las grandes concentraciones humanas en las ciudades, la contaminación ocasionada por los vehículos automotores( autos, naves o aeronaves), la contaminación química, y la contaminación acústica, entre otras causas, que alteran el medio ambiente social. Esta problemática aún no ha sido investigada en toda su magnitud, y no ha merecido atención legislativa peruana específica por parte de la responsabilidad civil ambiental, en ese sentido, queda una tarea pendiente, no obstante, puede accionarse por los *daños al medio ambiente social*, recurriendo al sistema general de responsabilidad civil.

**QUINTA CONCLUSION. - La antijuricidad y la ilicitud del daño ambiental.** La antijuricidad es considerada como el primer presupuesto de la responsabilidad civil clásica, consistente en que la actividad del hombre que genera un daño sea *ilícita*, injustificada, y contraria al ordenamiento jurídico, da lugar a una responsabilidad, por lo que su fin es poner límite *a la conducta del hombre de no hacer daño*. Así, en la antijuricidad, tradicional presupuesto general de la responsabilidad civil, sólo se es responsable por conductas ilícitas, por lo que no se adecua a la naturaleza *sui generis* del daño ambiental, teniendo en cuenta que este es producto en su mayoría de actividades lícitas. El problema, se suscita porque los agentes contaminantes, aún cumpliendo con las disposiciones legales y contando con las autorizaciones necesarias para realizar una actividad, genera un daño ambiental.

Se observa que el concepto clásico de antijuricidad no explica por qué la conducta de los agentes contaminantes, *pese a ser lícitos*, sin contravenir normas prohibitivas, ni violar el ordenamiento jurídico, deben generar obligación de repararlos a cargo de quien los irroga. En atención a ello, la responsabilidad civil ambiental moderna, debe considerar que una conducta inicialmente lícita, frente a un hecho relevante como lo es el daño ambiental, debe hacerse merecedora de consecuencias jurídicas gravosas, esto es la sola ocurrencia de un daño ambiental, debe considerarse un acto ilícito o antijurídico. La responsabilidad civil ambiental moderna, debe tener como fundamento, que si bien los agentes contaminantes están legitimados para realizar sus actividades no lo están para ocasionar daños ambientales, y, por tanto, no pueden evadir su responsabilidad bajo el argumento de que no existe *ilicitud*



*alguna*, porque la actividad ambientalmente riesgosa está autorizada, pues las gravísimas consecuencias del daño ambiental en la salud, el patrimonio y el medio ambiente, determinan que dicha conducta se encuentre ya en el campo de la anormalidad jurídica. En consecuencia, en materia de responsabilidad ambiental en el derecho peruano la ocurrencia de un daño ambiental debe ser considerado *per se* una conducta ilícita y merecedora de las consecuencias jurídicas que ello implica, en especial, la obligación de reparar el daño ocasionado. Así el daño ambiental debe ser fuente de responsabilidad del agente contaminante, aun cuando haya cumplido con la normatividad vigente.

## CAPITULO II

### “La Relación de Causalidad en el Daño Ambiental”

**PRIMERA CONCLUSION. - Teoría de la causa adecuada y la problemática causal del daño ambiental.** El sistema de responsabilidad civil en el derecho peruano, al igual que la mayoría del derecho comparado se mueve en el escenario de *la teoría de la causa adecuada*, la misma que no es apropiada para resolver la problemática de la relación de causalidad del daño ambiental. El problema se origina porque al tratar de aplicarse la teoría de la causa adecuada para resolver el nexo causal del daño ambiental, ocasiona serias dificultades prácticas y jurídicas, pues los daños ambientales no suceden en una situación de normalidad, escenario en el que se mueven los daños tradicionales, pues la naturaleza *sui generis* de los daños ambientales, imposibilita conocer con certeza absoluta el curso normal de su causa. Ello se explica, porque *la teoría de la causa adecuada*, resuelve el nexo causal, a partir de la premisa de que la ocurrencia del daño era de esperarse en el ámbito del curso normal de los acontecimientos, caso contrario, queda fuera de este posible cálculo, así, a causa de daño, será únicamente la condición que “según el curso natural y ordinario de las cosas” es idónea para producir por sí misma ese resultado. Para esta opción teórica, el daño ambiental debe corresponder con la actividad que lo originó, esto es, el resultado ambientalmente lesivo debe ser adecuado a esa actuación, sólo en esta situación de correspondencia entre la causa y el resultado, esto es, entre la conducta del agente contaminante y el daño ambiental, habrá nexo causal.

El problema es que, es imposible conocer con certeza el nexo causal del daño ambiental, por las circunstancias *sui generis*: desconocimiento en el tiempo o de incerteza temporal de los daños ambientales, la imprevisibilidad científica de los daños, la concatenación en el tiempo de los hechos, la pluralidad de agentes contaminantes, la polución progresiva, la participación o cuota de cada una de las causas en la efectiva producción del daño, el conocimiento imperfecto que aún se tiene del medio ambiente, la dificultad de determinar la causa de las alteraciones ecológicas, la «contaminación por sinergia», los efectos acumulativos de varios sujetos contaminantes en diferentes tiempos, los daños que se hacen manifiestos sólo después de un largo período de latencia, las agresiones paulatinas o “crónicas” al medio ambiente, entre otros factores; lo que determinan que sea sumamente imposible enlazar de manera perfecta la cadena causal, entre la conducta del agente contaminante y el daño ambiental. Siendo ello así, la teoría de la causa adecuada, debe ser dejada a un lado por el derecho peruano, en materia de responsabilidad civil moderna, partiendo por reconocer las peculiaridades del daño ambiental y que existe incertidumbre científica para conocer con exactitud el nexo causal, se hace necesario, optar por soluciones jurídicas modernas como la teoría de la causalidad jurídica, la teoría de la causalidad probabilística, y la flexibilización de los mecanismos procesales de la prueba y la causalidad del daño ambiental, entre otras soluciones y no dejar en indefensión a las víctimas de los daños ambientales.

**SEGUNDA CONCLUSION. - Hacia una causalidad jurídica en la responsabilidad objetiva de los daños ambientales.** En aplicación de la teoría de la causalidad jurídica, para determinar el nexo causal del daño ambiental, de la causalidad en “sentido estricto”, “natural” o “científica” se pasa a un plano distinto, en el que se imputa o atribuye desde un punto de vista jurídico, la responsabilidad de los daños ambientales al agente contaminante, través del criterio de imputación automática y objetiva. La *teoría de la causalidad jurídica* propone que es necesario renunciar a la utilización de la idea “física” de la “causa”, tal y como proviene del campo de las ciencias de la naturaleza y de la lógica, dando paso a la causalidad jurídica en mayor grado que la certidumbre científica, como criterio de atribución de responsabilidad intersubjetivamente controlable, en cuanto, lo que se valora es “su aptitud para poder imputársele el daño ocasionado”. Esta teoría, no es una teoría científica, pues lo que se valora es la aptitud para poder imputársele el daño ocasionado al agente contaminante, de acuerdo con criterios de mayor o menor probabilidad.

Se trata de una solución vía modificación del tratamiento jurídico dominante, de la causalidad “fáctica” a la “jurídica”, como criterio para determinar el nexo causal del daño ambiental, de esta manera, la responsabilidad civil ambiental, tiene una herramienta valiosa para encarar el problema de la dificultad práctica para el establecimiento de la relación de causalidad de los agentes contaminantes: *estimando el concepto del nexo causal como un término jurídico*; y, no como un dato puramente fáctico, pues la finalidad se centra en encontrar un título jurídico para imputar a un sujeto responsable del daño ambiental y no tanto la causa física del resultado. Dentro de esta tendencia, se encuentran comprendidas la teoría de *la responsabilidad probabilística, la flexibilización de la prueba indiciaria, la inversión de la carga de la prueba, las presunciones del nexo causal*, etc.) que posibilitan jurídicamente el establecimiento de la relación del daño ambiental, opciones jurídicas que deben ser acogidas por el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental, con el fin de solucionar positivamente el problema de la dificultad práctica para el establecer el nexo causal del daño ambiental.

**TERCERA CONCLUSION. - Hacia una causalidad probabilística en la responsabilidad objetiva de los daños ambientales.** *La causalidad probabilística*, es una forma óptima de determinar la causalidad, la misma que consiste que cuando no sea posible lograr certeza o exactitud científica o no fuera posible una prueba directa para determinar el nexo causal del daño ambiental se debe optar por la probabilidad de su existencia. Para lograr dicho objetivo, se hace necesario tener la convicción de que existe una “*probabilidad*” determinante, pues lo que se busca, no es la certeza o exactitud de la relación de causalidad, sino una razonable probabilidad de su existencia. El estándar de la probabilidad prevalente, asimilado al fundamento para establecer la relación de causalidad, parte por reconocer la inevitabilidad de la incertidumbre causal, esto es, de aceptar la responsabilidad *meramente probabilística*; y su fundamento se centra en el hecho de que en materia ambiental, la evidencia de una relación causal entre el daño causado y el generador de hecho es particularmente difícil y por tanto, el atractivo de esa presunción probabilística es necesaria a tener en cuenta por el grado de incertidumbre que caracteriza el establecer el nexo causal del daño ambiental.

*La causalidad probabilística*, resulta de suma utilidad para establecer el nexo causal del daño ambiental, el juez en base a razonamientos lógicos, racionales, inferencias, y sin establecer de manera irrefutable, y solo con un grado de probabilidad predominante puede llegar de establecer con plena validez el nexo causal a través del cálculo de probabilidades. En este contexto, es suficiente que se aprecie que existe un cierto grado de verosimilitud en relación con las pruebas suministradas por las partes, con las máximas de la experiencia y con el dictamen de los peritos, comprobando que el supuesto se ajusta al grado de

verosimilitud o probabilidad, ante la ausencia de la certeza absoluta. Por lo que el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental, debe optar por *la responsabilidad probabilística* porque soluciona positivamente el problema de la dificultad práctica para el establecimiento del nexo causal, de acuerdo con criterios de mayor o menor probabilidad considerándose, es suficiente para establecer su razonable existencia.

**CUARTA CONCLUSION. - La flexibilización de los mecanismos procesales de la prueba y la causalidad del daño ambiental.** La prueba exigida para establecer el nexo causal de la responsabilidad civil por el daño ambiental, no puede tener la misma rigidez que tiene para determinar la responsabilidad ordinaria, debido a que el daño ambiental por sus características especiales difiere del daño común. Ello obliga a introducir significativas modulaciones en el tratamiento de los principios procesales de la prueba establecidos en el derecho peruano, aplicables a la actividad probatoria a fin de recomponer de algún modo el equilibrio entre las partes, lo cual obliga a alejarse de la versión clásica de probanza del nexo de causalidad, recurriendo para ello a la facilitación de la prueba del nexo causal y recurrir a instituciones procesales como: i) Se debe *invertir de la carga de la prueba del nexo causal* en favor de las víctimas de los daños ambientales, como mecanismo de solución para lograr con eficacia la prueba del nexo causal del daño ambiental y dejando dicha obligación al agente contaminante; ii) es necesario legislar *la presunción del nexo causal del daño ambiental*, mediante la cual a través de la probanza de un hecho en base a la presunción de otro hecho, sea posible construir la historia real de los sucesos, a partir de razonamientos lógicos y pruebas directas o indirectas, permitiendo de esa manera resolver la situación de incertidumbre, del nexo causal por el daño ambiental. Para ello, es necesario que entre el hecho admitido o demostrado y el presunto exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, debiendo implementarse e las presunciones específicas del nexo causal del derecho comparado moderno consistentes en que: a) Se presuma la relación de causalidad entre el daño ambiental y el agente contaminante; b) que se presuma por cierto un *hecho* cuando otro distinto, también se ha determinado y además quede probado; c) se presuma un *hecho demostrado* y un *hecho presunto*, y que por tanto exista un enlace preciso y directo según las reglas del buen criterio, el mismo que haya sido admitido o probado; d) la presunción rebatible *iuria tantum, praesumptio iuris* que admite prueba en contrario, entre otras, para lograr establecer el nexo causal de los daños ambientales.

*iii) La prueba indiciaria y el nexo causal del daño ambiental.* Se debe admitir la prueba por indicios o prueba indiciaria, en los casos que exista opacidad probatoria, o sea imposible contar con una prueba directa y concluyente para probar el nexo causal. Partiendo del daño ambiental como un hecho cierto, debe obtenerse a través de una operación lógico-crítica, un argumento probatorio que permite inducir la causa del mismo, que sería el hecho desconocido y que se trata de probar justamente a través de un nexo inferencial; iv) *La prueba científica, técnica y el nexo causal del daño Ambiental.* Ante la complejidad de la naturaleza del fenómeno del daño ambiental, es un imperativo recurrir a la técnica y a la ciencia para probar su nexo causal. Sólo de esa manera se podrá medir la variación del clima, el nivel de ruido, las variables de aire, la luminosidad, temperatura, el nivel de ruido, las emisiones tóxicas, la contaminación ambiental, las variables de aire, la luminosidad, entre otros fenómenos ambientales, y su incidencia sobre las personas, el patrimonio, o el medio ambiente. Es preciso implementar en la legislación peruana la existencia de peritos expertos en temas ambientales asignados al Poder Judicial para lograr establecer el nexo causal del daño ambiental de manera eficiente.

**QUINTA CONCLUSION. - La posibilidad de limitar los supuestos de ruptura del nexo causal en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.** En materia de responsabilidad civil por daño ambiental, es posible prescindir de las exoneraciones y justificaciones de la ruptura causal tradicionales, fundado en que el bien jurídico que se pretende proteger es el medio ambiente y por tanto el derecho debe limitar las instituciones jurídicas que contribuyan a evadir la responsabilidad por el daño ambiental. Así es posible excluir las siguientes exoneraciones de responsabilidad: i) *El caso fortuito eximente de responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* Su presencia puede permitir inadvertidamente regresar al sistema subjetivo de responsabilidad, y por tanto todas las situaciones comprendidas en el caso fortuito se hallarán excluidas de tal responsabilidad por el simple hecho de que carecen de culpa, por lo que, se debe rechazar su alegación en materia de daño ambiental; ii) *La fuerza mayor en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* Esta exoneración es de formulación variada, por lo que, debe detallarse de manera específica las situaciones que producen esta exoneración, a fin de dar menos margen para admitir las no previstas específicamente.

La posibilidad de limitar las siguientes causas justificantes de responsabilidad: i) *el hecho determinante de tercero.* Las actividades causantes del daño ambiental son en sí mismas riesgosas y, por tanto, no toda intervención de un tercero puede eximir de responsabilidad sino sólo aquel que aniquile la propia capacidad de acción. Caso contrario, aplicarse la solidaridad de la responsabilidad entre el agente contaminante y el tercero; ii) *conurrencia o existencia de culpa de la víctima en la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* En los casos de daños a la persona no se debe excluir la responsabilidad del demandado cuando hay culpa de la víctima con efectos en la salud y en la integridad física; iii) *imprudencia de la víctima en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* El daño a las personas por un daño al medio ambiente, por la imprudencia de la víctima, no debe liberar de la responsabilidad al agente contaminante. Así, en el caso del daño ecológico puro, si el Estado, es imprudente y contribuye a la comisión del daño, debe incluirse como causal de la responsabilidad y no para eximirla; iv) *en relación al consentimiento de la víctima, en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* La exoneración sólo cabe bajo presupuestos estrictos: a) cuando la víctima ha aceptado el riesgo del daño voluntariamente y b) cuando el consentimiento de la víctima es válido. En los casos de daños ecológicos puros, el Estado es el sujeto legitimado para su representación y no debe ser exonerado de su reparación; v) *la predisposición de la víctima en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* El autor del daño debe responder del daño, aún si la víctima, sea más vulnerable que otra persona a sufrir un daño ambiental; vi) *el estado de necesidad en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* El estado de necesidad supone siempre que se ponderen los intereses en conflicto, sólo se debe aplicar cuando el interés en peligro sea superior al medio ambiente, en relación al ser humano; vii) *Cuando el demandado haya actuado en interés de la víctima en el caso de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* El hecho de que la actividad que cause los daños ambientales sea socialmente útil no es suficiente para exonerar o justificar la responsabilidad del agente contaminante; viii) *la actuación amparada por la ley o una autorización en el caso de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* La actuación puede estar concedida, no obstante, si se causa un daño al medio ambiente, no deben permitirse las exoneraciones. Por lo que, el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental, debe optar por limitar las exoneraciones y justificaciones de la ruptura causal, causas eximentes de responsabilidad, a fin de lograr un sistema eficaz para lograr la reparación de los daños ambientales.

### CAPITULO III

#### *“El Factor de Atribución en la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental”*

**PRIMERA CONCLUSIÓN. -La inadecuación del sistema subjetivo tradicional para encarar la problemática del daño ambiental en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.** El problema mayor que se observa en el sistema peruano de responsabilidad ambiental es que aún se inspira en el sistema subjetivo de responsabilidad civil tradicional, cuyo fundamento de responsabilidad es el llamado “principio de la culpa”, establecido en el artículo 1969° del Código Civil de 1984 y en el artículo 145 de la LGA, aplicadas ambas normas para las actividades que no son *riesgosas, ni peligrosas*, que son la mayoría de actividades contaminantes. Tendencia que se observa, a nivel latinoamericano en el artículo 1109 del Código Civil argentino, artículo 1645 del Código Civil de Guatemala, artículo 2314 del Código Civil Chileno y en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile 19300-1994). A nivel europeo, en el artículo 192 del Código Civil español, en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, entre otros sistemas de responsabilidad ambiental.

Sostenemos la tesis consistente en que la responsabilidad subjetiva no es un sistema adecuado para encarar eficazmente la problemática de la reparación de los daños ambientales, y que debe desterrarse de la legislación peruana, en razón a que considera que el agente contaminante sólo es responsable por los daños que ha causado si ha actuado con *dolo o culpa*, liberándolo en los demás casos de la responsabilidad de reparar el daño ambiental ocasionado por haber realizado una actividad ambientalmente riesgosa. Este juicio lo apoyamos en las siguientes ideas fuerza: i) Este dogma no es aplicable a los daños ambientales, pues corresponden a ideas liberales individualistas del siglo XVIII, que responden a los daños tradicionales, que surgieron antes del desarrollo moderno de las grandes industrias nacionales y transnacionales; ii) no considera que sea el agente contaminante es quien obtiene los beneficios de su actividad riesgosa, a costa de someter a la sociedad a los daños ambientales; iii) se trata de una responsabilidad limitada, toda vez que los daños producidos en ejercicio regular de un derecho no generan el deber de reparar, dejando en impunidad el grueso de daños ambientales; v) no permite una adecuada reparación de los daños ambientales, pues se requiere que por las graves repercusiones que tienen en las personas en el medio ambiente, exista un sistema de atribución eficaz y expedito para su reparación, en donde el agente contaminante debe ser responsable del daño ambiental, independientemente de su grado de culpabilidad o dolo; en donde el agente contaminante asuma su responsabilidad directa. Las contemplaciones que el derecho civil ha tenido a lo largo del tiempo, ponen en grave peligro la sostenibilidad del medio ambiente, pues la pretendida justicia que constituye la base conceptual del sistema subjetivo de responsabilidad, se circunscribe a la protección del agente contaminante y no de la víctima.

**SEGUNDA CONCLUSIÓN. La inadecuación del sistema dual para encarar la problemática del daño ambiental en el sistema peruano de responsabilidad ambiental.** Un problema que se observa tanto en el sistema peruano de responsabilidad ambiental, como en la mayoría de sistemas analizados, es que se tratan de esquemas duales de responsabilidad, en donde prima la incertidumbre jurídica, al yuxtaponer factores de atribución de culpa, dolo y por otro lado la responsabilidad objetiva, se trata de sistemas de responsabilidad incoherentes, en razón a que da respuestas diferenciadas a un mismo supuesto de hecho: el daño ambiental. En estos sistemas de responsabilidad se insiste en establecer como regla general de responsabilidad para estos casos la responsabilidad subjetiva, y sólo excepcionalmente para las

actividades riesgosas y peligrosas el sistema objetivo de responsabilidad. Así, en el derecho peruano, se establece un sistema dual de responsabilidad ambiental, tanto en el Código Civil de 1984, como en la Ley General del Ambiente del 2006 (LGA), sustentado en dos grandes columnas vertebrales: *el sistema de responsabilidad subjetivo*, basado en la culpa para actividades no riesgosas y peligrosas, contenidos en el artículo 1969 del Código Civil (responsabilidad civil subjetiva) y el artículo 145 de la LGA (responsabilidad administrativa subjetiva); y *el sistema de responsabilidad objetivo* basado en el riesgo creado, actividades riesgosas y peligrosas, establecido en el artículo 1970 del Código Civil (responsabilidad objetiva para las actividades “riesgosas o peligrosas”) y en el artículo 144 de la LGA (responsabilidad administrativa objetiva). Aun cuando merece destacarse como positivo dentro de la tendencia de superar el sistema subjetivo de responsabilidad ambiental, en el derecho peruano, la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 1969° del Código Civil, no es suficiente, pues es necesario insistir en el desarrollo de un sistema objetivo, por ser más adecuado a la naturaleza peculiar de los daños ambientales.

El problema es que, el sistema peruano de responsabilidad ambiental no se viene desarrollando en la misma dimensión que los diversos sistemas duales de responsabilidad tanto en el ámbito europeo, como en el derecho latinoamericano, en donde se observa, una franca evolución hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, demostrando una profunda crisis en la elaboración jurídica, que va más allá que el simple paso del sistema subjetivo o de culpa al sistema objetivo. Ello es así porque, se constata que los sistemas duales de responsabilidad modernos están en tránsito a implementarse como sistemas objetivos, unos con más énfasis que otros. Así, el sistema de responsabilidad ambiental español con la emisión de la Ley Española de Responsabilidad Ambiental 26/2007, del 23 de octubre del 2007, demuestra un avance positivo que ha dado la legislación española al consagrar un régimen de responsabilidad objetiva para los daños ambientales en un grueso de actividades económicas o profesionales, especificadas en el Anexo III de la LRM, más aún si la responsabilidad establecida es de naturaleza ilimitada, pues obliga al operador responsable a reparar el daño ambiental de manera integral, lo que implica que deberá restaurar los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes que las acciones preventivas o reparadoras asciendan, aspecto en el que, es un referente obligado para el derecho peruano en materia de responsabilidad ambiental. A nivel del derecho latinoamericano, la Ley colombiana 23/1973, Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, establece la regla que cuando el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de normas administrativas, establecidas en la citada norma, se opta por una *responsabilidad objetiva*. El derecho peruano, debe acogerse a esta tendencia, más aún si se tiene en cuenta que el daño ambiental golpea tanto a la comunidad internacional, y más aún, a los países latinos considerados por los científicos ambientalistas como altamente vulnerables al daño ambiental, y, por tanto, debe optar por una mejor protección jurídica frente a la reparación del daño ambiental.

**TERCERA CONCLUSIÓN. -El sistema objetivo, como una opción para el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental.** La objetivización de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad ambiental, se fundamenta, en que el devenir de los años y la realidad social suelen demostrar que las construcciones jurídicas tienen valor temporáneo, y están condicionadas a las circunstancias de orden histórico, como lo prueba la irrupción del fenómeno de industrialización que generó profundas transformaciones en toda la estructura social, y que obligó a “cuestionar los fundamentos teóricos y prácticos de la concepción individualista”. Estas mismas razones motivan repensar los sistemas jurídicos de responsabilidad civil tradicionales, y adecuarlos a la nueva realidad,

como lo es, el fenómeno del daño ambiental, razón suficiente para que el derecho civil asuma un rol protagónico ante este nuevo panorama, debiendo esforzarse por dar solución al problema del daño ambiental producto del progresivo desarrollo de las nuevas tecnologías y de actividades industriales con un alto potencial de causar daños masivos, colectivos ambientales, con trascendencia mundial y de dimensiones inimaginables. Efectivamente, la teoría del riesgo y el sistema objetivo de responsabilidad, de manera privilegiada encajan en esta realidad, por lo que el derecho civil debe despojarse de dogmas tradicionales de la responsabilidad civil de naturaleza individual; como es el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, que no permite dar respuesta eficaz frente a la problemática del resarcimiento del daño ambiental.

En atención a lo expuesto es importante reconocer que uno de los avances del derecho civil moderno en materia de responsabilidad civil por daño ambiental, lo constituye sin lugar a dudas, el establecimiento legal del sistema objetivo de responsabilidad civil extracontractual fundado en la idea del riesgo, que se caracteriza por hacer abstracción del factor efectivo del causante del daño y centrar su atención únicamente en los aspectos objetivos, el propio daño causado y la relación de causalidad. La teoría del riesgo constituye la base teórica para encarar la responsabilidad por el daño ambiental, pues el giro encuentra su fundamento en que se entiende que aquella persona que dentro de la vida social crea, en su propio beneficio, una situación de riesgo de peligro, debe estar obligado a reparar los daños ambientales, que ocasione. Se puede afirmar, por tanto, que el agente que emprende una actividad ambientalmente peligrosa, a la vez permitida por el derecho, y que pueda crear o mantener una fuente de peligros para el medio ambiente y para los individuos, carga sobre si una responsabilidad especial, consistiendo en la obligación de reparar los daños que cause. Asimismo, se explica perfectamente la responsabilidad objetiva del agente contaminante, en razón a que económicamente está en superioridad de condiciones para asumir la reparación del daño ambiental, máxime si el propio sistema contiene implícita una advertencia en ese sentido, por lo que, la falta de solvencia económica del agente no es excusa para dejar de reparar el daño, ya que esa consideración debió tenerse presente antes de crear el riesgo o peligro y no después. Y además porque está en mejor posición de diluir socialmente el costo de la reparación a través del traslado del costo de las externalidades negativas en la producción, lo cual es justo, toda vez que el agente contaminante no sólo debe asumir las ventajas económicas de sus actividades, sino también asumir los costos de los daños ambientales que ocasionan. Por estas excelentes razones, el sistema objetivo, debe ser el fundamento central de los sistemas de responsabilidad ambiental y en específico para el derecho peruano.

**CUARTA CONCLUSION: El sistema alemán de responsabilidad objetivo y el sistema americano de responsabilidad objetivo en materia ambiental como una opción para el sistema peruano de responsabilidad ambiental.** Un tratamiento especial merece el sistema alemán, el cual, a nivel del derecho europeo constituye un importante referente en materia de responsabilidad ambiental, el mismo que unido al sistema americano, aun cuando no se trata de un sistema de responsabilidad desde el ángulo de la responsabilidad civil, sino más bien regulatorio, tiene características perfectamente adaptables al sistema de responsabilidad ambiental; constituyéndose ambos esquemas de responsabilidad, en referentes importantes en el avance del derecho civil en materia de responsabilidad por los daños ambientales y en especial para el derecho peruano. Los países europeos tienen una legislación sobre responsabilidad por el daño ambiental que no es unánime sobre la cuestión de la responsabilidad objetiva aplicada a esta materia, no obstante, la doctrina europea reconoce que el ordenamiento jurídico alemán constituye un modelo sin parangón entre los países de dicho entorno, en cuanto a la normativa de protección del medio

ambiente se refiere. Concretamente, en el ámbito de la responsabilidad se ha llevado a cabo una progresiva adaptación jurisprudencial de los principios básicos de la responsabilidad por daños, para aplicarlos al sector medio ambiental, paralelamente han ido surgiendo leyes especiales en este ámbito y, por último, Ley general sobre Responsabilidad por Daño Ambiental Alemana, emitida el 10 de diciembre de 1990, que regula ampliamente el tema de la responsabilidad ambiental, y adopta un régimen especial de responsabilidad objetiva aplicable a las actividades de instalaciones industriales que presentan un riesgo para el medio ambiente, con características que tratan de adecuarse a la naturaleza del daño ambiental. La citada ley alemana, ha sido reconocida por parte de la doctrina moderna como la modificación legislativa civil más importante de los últimos años, principalmente por que endurece la responsabilidad por daños personales y materiales, causados a terceros, que provengan de determinadas instalaciones, basando la misma en la simple causación del daño, imputando responsabilidad objetiva al titular de la instalación. Asimismo, establece la reparación del daño ocasionado no sólo a los individuos, sino también al medio ambiente puro, establece la presunción de causalidad, el acceso a la información medioambiental, entre otros factores positivos. El sistema objetivo de responsabilidad por el daño ambiental, establecido en el derecho alemán, constituye uno de los referentes más adecuados en materia de protección del medio ambiente, para los sistemas de responsabilidad ambiental y en especial para el derecho peruano.

Otro modelo paradigmático de responsabilidad objetivo en materia ambiental, a seguir es *el sistema americano de responsabilidad objetivo en materia ambiental*, implantado a través del sistema de responsabilidad C.E.R.C.L.A. (The Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act), el mismo que a diferencia de la ley alemana no regula la responsabilidad civil tradicional entendida como el deber de reparación que provoca el daño frente a un tercero que lo sufre, sino que se centra en la obligación de descontaminar el bien contaminado frente a la autoridad pública E.P.A. (The Environmental Protection Agency). Lo positivo de este sistema radica en la exigencia de que las empresas que ocasionen un daño ambiental sean responsables de la reparación de los sitios contaminados, a su vez que, autoriza al gobierno federal, gobiernos estatales y a las tribus indias a reclamar indemnizaciones a los responsables de destrucción o pérdida de los recursos naturales, incluyendo costos razonables de reparación (tierra, peces, vida silvestre, aire, agua subterránea, suministro de agua potable y otros recursos). Y de igual manera, que el sistema de responsabilidad objetivo alemán, ha normado la responsabilidad conjunta y solidaria entre múltiples contaminadores causantes del daño ambiental. No obstante, el C.E.R.C.L.A no crea ninguna acción frente a los perjuicios personales, únicamente permite la recuperación de los gastos de limpieza y los daños del medio ambiente, por lo que las relaciones patrimoniales se resolverán mediante la aplicación de los principios del *Common Law*. Lo destacable de dicho sistema es que impone una responsabilidad objetiva sobre los agentes contaminadores que operaron en donde sucedido un daño ambiental o amenaza con surgir. Tal como se observa, C.E.R.C.L.A. es un complejo sistema para la imposición de responsabilidad por daños al medio ambiente, pues a diferencia del esquema tradicional de responsabilidad rompe con el estándar de responsabilidad basado en la culpa, optando por la responsabilidad absoluta, retroactiva y solidaria, sistema que constituye un referente para el diseño de un sistema objetivo de responsabilidad ambiental.

**QUINTA CONCLUSIÓN. - Hacia un sistema de responsabilidad civil objetivo, absoluto o estricto por el daño ambiental.** Partimos de la tesis consistente en que el sistema de responsabilidad que más se adecua para resolver la problemática de la responsabilidad civil ambiental, es el sistema de *responsabilidad objetiva, en su versión absoluta*, en razón a que es la que más se adecúa para resolver la



problemática de la reparación del daño ambiental, la misma que debe aplicarse a las actividades que ocasionan daños ambientales. Las ventajas de este sistema son vastas: i) Internaliza los riesgos ambientales; ii) es un instrumento eficaz capaz de reparar el medio ambiente pues se fundamenta en un doble argumento de justicia distributiva, a saber, de la teoría de la responsabilidad por riesgo y el principio quien contamina paga; iii) permite la internalización de costes externos como de compensación del daño, provocando en el sujeto potencialmente contaminante una actitud respetuosa con el medio ambiente; iv) la apreciación de la prueba conforme al principio del “pro perjudicado” beneficia a la víctima de un daño ambiental ; v) no permite la exoneración de la responsabilidad por la adopción de las medidas usuales o reglamentarias; vi) es una responsabilidad que tiene su origen en actividades ambientalmente riesgosas, frecuentemente de tipo industriales o fabriles, por tanto de carácter lucrativo, generadoras de un riesgo causantes de la mayoría de los daños ambientales; vii) los daños ambientales causados deben ser imputados a su autor sobre la base de parámetros de justicia distributiva o social, porque “*aquel que, en el ejercicio de una actividad obtiene resultados beneficiosos, debe sufrir al tiempo las eventuales consecuencias dañosas que se deriven de la misma*”; viii) el agente contaminante está obligado a adoptar todas las medidas de diligencia posibles para prevenir o evitar el daño; ix) la inversión de la carga de la prueba del dolo y del nexo causal, en beneficio de perjudicado, de modo que el agente causante se presume culpable del daño y asume la carga de la prueba del nexo causal; x) la valorización y apreciación de la misma se rige por los principios “*pro damnato*”; xi) La responsabilidad se funda sobre una prohibición inflexible que reprime un resultado dañoso; xii) la causalidad en la responsabilidad objetiva, se rige por la teoría jurídica del nexo causal, de la probabilidad, la flexibilización de la prueba; xiii) la responsabilidad sin culpa está caracterizada por la reducción del número y alcance de los medios de defensa; xiv) el sistema se basa en un sistema de adjudicación de caso por caso; xv) se debe aplicar a todos los tipos de daños ambientales y no sólo a los daños resultado de actividades peligrosas; xvi) provoca en el sujeto potencialmente contaminante una actitud respetuosa con el medio ambiente; xvii) la responsabilidad objetiva, se definiría como absoluta la que no concede ningún medio de defensa al eventual responsable, lo que es de suma importancia en un sistema de responsabilidad ambiental, en donde la tendencia es a limitar las causales de exención y de justificación de la responsabilidad; xviii) la regla de la responsabilidad absoluta o estricta, hace que el causante del daño pague por los daños ambientales inevitables, xix) internaliza los riesgos ambientales de los incentivos y los puntos de vista de compensación, con el único objetivo de que el daño ambiental se repare integralmente; xx) desde el punto de vista económico, la objetivación de la responsabilidad ambiental se ha planteado como la opción más eficiente, ya que, el agente o empresa se verá forzado a internalizar todos los efectos de su actividad en forma de indemnizaciones por daño ambiental e inducido a adoptar el nivel de actividad productiva socialmente óptimo. Ventajas que implica la responsabilidad objetiva en la responsabilidad civil por daño al ambiente, son suficientes para convencer que, en materia de responsabilidad civil ambiental, se trata del sistema más idóneo para encarar la reparación del daño ambiental, frente a la insuficiencia del sistema subjetivo de responsabilidad, lo que contribuye a construir un *Sistema Peruano Absoluto de Responsabilidad Ambiental*.

#### CAPITULO IV

##### *“La obligación jurídica de reparar el daño ambiental”*

**PRIMERA CONCLUSION. Formas y alcance de la reparación del daño ambiental.** Desde, el punto de vista del derecho civil moderno existen nuevas formas de reparación del daño ambiental, las mismas que deben acogerse en las legislaciones para encarar con eficacia la reparación del daño ambiental, y en especial por el derecho civil peruano, las mismas que sistematizadas son las siguientes: i) *Medidas*

*reparatorias primarias*, a través de las cuales se restituyan los recursos naturales a su estado básico; ii) *medidas reparatorias complementarias*, son las medidas reparatorias adoptadas para compensar la reparación primaria no haya dado lugar a la restitución de los bienes ambientales dañados; iii) *medidas reparatorias compensatorias*, son las acciones adoptada para compensar las pérdidas provisionales de los recursos naturales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto; iv) *perdidas provisionales*, son las derivadas del hecho de que los recursos naturales y/o servicios dañados no puedan desempeñar sus funciones económicas o prestan servicios para otros recursos naturales o el público o que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias; v) *la reconstitución, restablecimiento o restauración*, medida que exige el monitoreo constante de los bienes ambientales y la práctica regular de los estudios de impacto ambiental, a fin de conocer con detalle el *statu quo* antes del daño; vi) *la reparación de bienes equivalentes*, es el mecanismo sustituto ideal del anterior, cuando es imposible retomar los bienes ambientales al estado anterior; vii) *la evaluación "forfaitaire"* del daño ambiental destinado a los casos de poca gravedad, similar a las multas administrativas; ix) *la valuación realizada por los organismos encargados de la gestión de bienes ambientales*, a través de agencias especializadas en la valuación de los bienes ambientales; x) *la negociación directa*, realizada con el responsable del daño ambiental; xii) *la asignación de valores económicos* a bienes y servicios no comerciales, utilizando métodos de valoración desarrollados por la economía ambiental que permitirían medir las repercusiones sobre el valor no comercial de los bienes ambientales, entre los cuales están: a) El método del coste de viaje; b) el método de los precios hedónicos; c) el método de valoración contingente (MVC); d) la teoría del bienestar; e) la internalización de los costes ambientales. Todos los criterios son perfectamente asimilables a la naturaleza de los bienes ambientales, los mismos que deben ir desarrollándose en la legislación peruana, para lograr la reparación eficaz de los daños ambientales.

Estos mecanismos modernos de reparación del *daño ecológico puro*, deben ser complementarios, a las formas de reparación que establece el derecho civil tradicional, a saber: i) *Reparación in natura o restableciendo materialmente el estado de cosas que existía antes del acto daños*. La posibilidad de aplicación de la reparación *in natura* en materia de reparación del daño ambiental puro, resulta de limitada aplicación, porque frecuentemente el daño al medio ambiente supone una alteración de los elementos ambientales cuyo restablecimiento es poco menos que imposible. Ello, no implica abandonar el anhelo de la reparación *in natura*, por lo que exige llevar a cabo otras acciones complementarias, siempre teniendo presente que los ecosistemas son interactuados a través de la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con el objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad; ii) *La reparación por equivalencia del daño ambiental*. La reparación de un daño ambiental puro, nunca podrá *ser por equivalencia*, porque el dinero no se puede dar a cambio de un bien ambiental. No obstante, dado que en estos casos lo que se requiere es *la recomposición de los ecosistemas lesionados*, el resarcimiento que el responsable tiene la obligación de pagar en dinero, en de suma importancia, y debe calcularse sobre la base del coste real de esa restauración, o recomposición de los bienes ambientales lesionados, para ello se deberá recurrir a los métodos modernos de reparación antes anotados; iii) *La compensación del daño al medio ambiente puro*. La compensación como tal es también una meta de la responsabilidad civil, pues considerando que restablecer los bienes ambientales al estado anterior del daño no es técnicamente posible, o sólo lo es en parte, en consecuencia la valuación de los recursos naturales tiene que basarse en el coste de soluciones alternativas que tengan como meta recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad, llevando acabo otras acciones, teniendo en cuenta que *el ecosistema es interactuado*.

**SEGUNDA CONCLUSION. La extensión de los daños ambientales.** A fin de lograr reparar el daño ambiental en toda su extensión, el mismo debe comprender: *daños a los individuos* (daño patrimonial, extra-patrimonial y daño moral) y el *daño ambiental puro*. **A) En relación a los daños individuales ocasionados por un daño ambiental:** existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: patrimonial y extra patrimonial. **a) El daño patrimonial** comprende los conceptos clásicos de “daño emergente” y de “lucro cesante”: i) *el daño emergente* en relación al daño ambiental con efecto en el patrimonio de las personas, constituye la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, a consecuencia de un daño ambiental, aplicándose para dicho efecto los criterios de reparación de los daños tradicionales; no ofreciendo mayor dificultad, pues muchas veces son claros los daños patrimoniales causados; ii) *el lucro cesante* comprende aquello que ha sido o será la ganancia dejada de ganar a causa del acto dañino y que afecta un bien o un interés que todavía no es del patrimonio de la persona al momento de daño ambiental, concepto que encaja perfectamente en la naturaleza del daño ambiental, por sus matices futuristas; **b) El daño extra patrimonial:** comprende los daños personales extra-patrimoniales ocasionado por los daños ambientales: i) *el daño biológico o físico causado por el daño ambiental*, afecta a la vida o la integridad física o corporal, tanto de manera individual, como colectiva. Es la consecuencia más sensible de los daños ambientales, pues mayormente son las poblaciones más desprotegidas las que sufren el impacto de los daños ambientales. Se observa que, tanto en la doctrina como la jurisprudencia, no se duda en reconocer que el daño biológico o físico causado por el daño ambiental; ii) *daños morales espirituales o psíquicos por el daño ambiental*. Partiendo del concepto clásico del daño moral, estimado en función al “valor espiritual, psicológico, inmaterial, dolor de afección, pena, sufrimiento”, los daños ambientales ocasionan también estos daños en razón a que el medio ambiente es, nada menos que, el hábitat del ser humano, y al ser dañado, repercute en la calidad de vida del mismo, ocasionando incomodidades, alteraciones o sufrimiento, depresiones, etc. No obstante, no es común el registro de casuística referida a enfermedades psicóticas por efecto del daño ambiental; iii) *Los daños morales por el truncamiento de las expectativas personales o pérdida de oportunidad*, ocasionan perjuicios que aminoran las capacidades personales o impiden obtener ingresos económicos. Ello repercute en el truncamiento de las *expectativas personales o pérdida de oportunidad, o proyecto de vida*, los mismos que situación que, debe ser evaluada por la responsabilidad civil por el daño ambiental, a fin que también estos daños sean reparados pues repercuten indirectamente en la economía de los individuos.

**B) En relación a la reparación del daño ambiental puro:** La reparación del *daño ambiental puro* implica el restablecimiento del normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y sus componentes, los mismos que son bienes que no pertenecen a la esfera estrictamente individual, en el sentido de bienes apropiables, sino que son bienes colectivos, que obligan al derecho civil, despojarse de su visión individualista para lograr criterios jurídicos que permitan su eficaz reparación. En ese sentido, el concepto del daño ambiental puro, está ligado a los derechos colectivos o difusos, cuya extensión de reparación comprende *el daño patrimonial en el medio ambiente puro* (daño emergente y el lucro cesante del daño ambiental) y *el daño moral por el daño ambiental*. **a) En relación al daño patrimonial del medio ambiente puro,** comprende a su vez: i) *el daño emergente del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro*. El medio ambiente no es considerado jurídicamente como un patrimonio, desde el punto de vista del derecho civil clásico, no obstante, dicha posición tradicional debe ser superada, el derecho debe reconocer por ficción jurídica que los mismos deben ser considerados como bienes patrimoniales colectivos, pues si tienen una connotación económica cuando dichos bienes son dañados; ii) *El lucro cesante del daño ambiental con efecto patrimonial en el medio ambiente puro*. El lucro cesante es un concepto que se refiere al futuro con respecto al momento del daño, por lo que

consiste en valorar el valor del daño ambiental que afecte la posibilidad de gozar a futuro de un ambiente sano y equilibrado. Este concepto no se ha desarrollado en la doctrina, ni en la jurisprudencia, el mismo se debe ser llenado de contenido, por la legislación civil moderna; **b) *En relación a la reparación del daño moral por el daño ambiental***, comprende a su vez: i) *el daño moral individual por el daño ambiental puro*. El daño moral derivado del deterioro del medio ambiente, es aquel que se puede sufrir como cualquier otro daño tradicional. Este tipo de daño, no ha tenido mayor desarrollo tanto en la doctrina, en la normatividad, como en la jurisprudencia, por lo que corresponde al derecho civil moderno, llenar este vacío normativo; ii) *la reparación del daño moral ecológico*. Este tipo de daño, consiste en aquel sufrimiento causado a un conjunto de personas, ocasionado por un daño ambiental puro, por la pérdida de un ambiente adecuado y equilibrado para vivir. El *daño moral ecológico* tiene efectos en la vida de las personas, y se manifestó a través de verdaderas incomodidades, alteraciones o sufrimiento, los mismos que muchas veces son obvios, incluso que no requieren prueba para reconocer su existencia, y por tanto se trata de un daño que debe ser reparado. Por todo lo anotado, se hace necesario, que los sistemas de respetabilidad acojan la extensión de la reparación propuesta y en especial que el legislador peruano, integre de manera específica la presente extensión daño ambiental que permite la reparación amplia del daño.

**TERCERA CONCLUSION. Posibilidad jurídica de reparar otros daños extra-patrimoniales por el daño al medio ambiente.** Existen otros daños no patrimoniales ocasionados por efectos del daño al medio ambiente, consistentes en incomodidades que causan a terceros, como emanaciones tóxicas, contaminación olfativa, olores desagradables, inundaciones, contaminación acústica o ruidos molestos, que hacen insostenible la vida de las personas, y que muchas veces ocasionan indirectamente daños patrimoniales a los vecinos, estas pueden manifestarse en: **A) *Las molestias a consecuencia del daño ambiental***. El tema de las molestias se somete a la regulación de las llamadas inmisiones, algunas deben tolerarse sin derecho a indemnización, otras se toleran, pero dan derecho a reparar, otras conllevan el fin de la actuación y la reparación. Así, los daños que producen las inmisiones *no siempre se indemnizan*, situación ha determinado que, con carácter general, el resarcimiento de los perjuicios que estamos analizando se ampare en los preceptos que regulan la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana y además, realizar una interpretación indirecta de los derechos al medio ambiente, tal y como lo ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al tutelar determinados derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*Asunto López Ostra Contra España*, TED, 1994), como la inviolabilidad del domicilio o el respeto a la intimidad personal y familiar, para poder amparar indirectamente el derecho a la reparación por las molestias ocasionadas por los daños ambientales; interpretación que constituye referente en materia de protección de los daños ambientales no patrimoniales. Frente a tal situación se hace necesario legislar directamente la protección de los daños no patrimoniales ambientales, para lo cual se debe realizar principalmente lo siguiente: i) Identificar la relación de vecindad entre la víctima y el agente contaminante; ii) definir la amplitud de la normal tolerancia tomando en cuenta las condiciones del lugar; iii) disponer la indemnización del daño y además la cesación de las molestias; iv) contemporizar las exigencias de la producción con el uso regular de la propiedad, entre otros indicadores. Por lo que la tendencia actual, es que el derecho repare las molestias privadas a consecuencia del daño ambiental

**B) *El daño estético al medio ambiente***. Un grupo particularmente complicado de daños ambientales no materiales es el que se relaciona con los aspectos estéticos del medio ambiente. Se observa que el perjuicio estético origina muchas veces una disminución del valor de la propiedad y también ocasiona

daño al medio ambiente puro, que el responsable debe indemnizar. Este daño es la consecuencia lógica del daño ambiental, el mismo que casi siempre va aparejado de un daño a la estética del medio ambiente, pues lo afea, lo destruye, lo que determina su urgente reparación. Esta situación debe ser revertida, si no es posible en su totalidad, si debe ser compensada, por la capacidad de resiliencia que tienen los ecosistemas. Sobre este tema no existen todavía criterios definidos en el derecho comparado, siendo que en algunas legislaciones admiten en mayor o menor grado que el hecho de arruinar la estética del lugar es un daño reparable y que los damnificados pueden ejercitar la correspondiente acción de daños y perjuicios. No obstante, otras han visto el problema con extrema precaución y aún con abierta desconfianza, por lo que el derecho civil moderno y en específico el derecho peruano debe establecer la reparación del daño estético al medio ambiente.

**CUARTA CONCLUSION: El sistema de responsabilidad ambiental y los seguros ambientales.** *La responsabilidad civil y los seguros* son instituciones estrechamente relacionadas desde un punto de vista jurídico, observándose que el derecho comparado viene implementado los sistemas de responsabilidad del daño ambiental, y que el derecho peruano debe emular, basadas en el principio de solidaridad colectiva. Ello ha determinado la “socialización de la responsabilidad civil”, “la socialización del seguro”, o “socialización de los riesgos” como una manifestación práctica de la justicia distributiva a través de diversas fórmulas para el aseguramiento de los daños ocasionados al medio ambiente como: a) *El seguro voluntario*; b) *el seguro obligatorio*; c) *el pool de aseguradoras*. Las ventajas de los seguros ambientales como mecanismo de apoyo para la reparación del daño ambiental, consiste en que la víctima, tendrá garantizado de alguna manera la compensación del daño. Así el *responsable* se ve liberado del pago de sumas normalmente impagables por la mayoría de las empresas y para la política ambiental constituye un mecanismo eficaz de gestión de riesgos. En atención a ello, los postulados clásicos de los seguros deben adecuarse a la naturaleza *suigeneris* del daño y de esa manera superar las dificultades prácticas de aplicación de las pólizas de seguros ambientales, para lo cual debe considerarse los siguientes criterios: i) Comprender la posibilidad de implementar un seguro ambiental amplio, que debe cubrir: daños a las personas, daños físicos, daños a la propiedad, el daño ambiental puro ( costo de la remoción de medidas de limpieza, costos de restauración, etc.); ii) posibilitar la irretroactividad de la póliza, y de esa manera evitar el límite temporal e incluir los casos de contaminación continuada y permanente, manifestada algunos años después de la emisión de una cierta sustancia y extenderse el ámbito temporal la cobertura de la póliza; iii) limitación de las exclusiones propias de cualquier contrato de seguro ambiental, respecto a los daños causados dolosamente, voluntariamente, o derivado de una situación defectuosa conocida y mantenida conscientemente por éste, iv) limitación de las de exenciones o justificaciones del nexo causal; v) evitar las prescripciones legales y reglamentariamente “establecidas para el tipo de actividad que desarrollar” que deben cumplirse, y que limitan la cobertura del seguro; vi) garantizarse el posible daño ambiental a través de pólizas específicas, denominadas *Environmental Impairment Liability* (EIL ); vii) cubrir las coberturas accidentales y no accidentales; viii) evitar la limitación cuantitativa de las cantidades a indemnizar, en aquellos sectores de la actividad económica que se consideran de especial importancia para la sociedad como la energía nuclear; ix) realizar las auditorías ambientales con carácter obligatorio; x) aceptar que la cobertura gradual y la cobertura por contaminación “súbita y accidental; xi) aplicar un criterio amplio respecto a la cobertura del impacto futuro del riesgo ambiental; xii) establecerse en las pólizas, los diversos tipos de daños ambientales (humo, hollín, polvo, vertido de abonos, desechos sólidos, residuos tóxicos y peligrosos; los daños producidos en la experimentación de técnicas de investigación, los daños de carácter genético, lluvia acida; residuos tóxicos, los daños producidos por industrias dedicadas a sondeos petrolíferos o actividades conexas tales como transporte,

almacenamiento y refinado del crudo, etc.), que permita cubrir ampliamente los seguros el posible daño ambiental. De todo lo anotado, no queda dudas de que el sistema de seguros aplicado a la responsabilidad civil en materia ambiental es de suma trascendencia, y en razón a ello, los sistemas de responsabilidad ambiental deben acogerlos y de manera puntual, el derecho peruano debe incentivar la implementación de los seguros ambientales específicos, obligatorios pues es lo más idóneo para reparar este tipo de daños, y además incentivar a los *pools de aseguradoras* con el fin de que las empresas aseguradoras estén en posibilidad de cubrir las pólizas de seguros que responda a la posibilidad de un daño ambiental, y que los agentes contaminantes estén en mejores condiciones de reparar los daños ambientales, más si nuestro país, es considerado vulnerable desde el punto de vista ambiental.

**QUINTA CONCLUSION: Otros mecanismos de garantías, para reparar el daño ambiental.** La llamada “*socialización de los riesgos*” intenta que la obligación de reparar los daños ambientales, venga dada a través del establecimiento no sólo de seguros, sino también los fondos, avales, garantías financieras, etc. los mismos que son sistemas complementarios de responsabilidad, que se adaptan perfectamente a la naturaleza *suigeneris* de los daños ambientales. Se observa que es difícil y lento el proceso de contratación de este tipo de mecanismos complementarios de reparación del daño ambiental, por la complejidad de los riesgos, lo costoso de las indemnizaciones, no obstante, se trata sin lugar a dudas de mecanismos de vital importancia para un sistema de responsabilidad por el daño ambiental. Así, tenemos que: a) **La creación de fondos en materia ambiental** se fundamenta en el hecho que las indemnizaciones en materia ambiental “exigen frecuentemente garantías de solvencia superiores a las que puede ofrecer un patrimonio individual”, por lo que, es necesario dotar de mecanismos complementarios a fin de lograr finalmente la reparación del daño ambiental. Entre las modalidades de fondos en el derecho comparado principalmente están: i) *Fondos complementarios* (complementarios al sistema de responsabilidad civil por el daño ambiental); ii) *fondos administrativos* (funcionamiento cuando no es posible la compensación a través del sistema de responsabilidad civil); iii) *fondos mixtos* (creados por los agentes privados, y asimismo por los Estados); iv) *fondos de sistemas nacionales* (fondo de compensación de apoyo personas que han sufrido algún daño en su salud, causado por la contaminación); v) *superfund norteamericano* (CERCLA). Las ventajas de la creación de fondos en materia ambiental, son las siguientes: i) La mayor ventaja que presentan los fondos es la de ser un sistema complementario de responsabilidad, el mismo que opera ante la ausencia de responsabilidad, la imposibilidad de demostrar el nexo causal, cuando se presente una causa de exención de responsabilidad, en los casos insolvencia del responsable o la economía del agente contaminador no cubra la magnitud del daño, asimismo, si el seguro no es suficiente, o si el agente contaminante no es ubicable y cuando la acción de responsabilidad no pueda ser ejercitada por motivos diversos, entre otras situaciones ; ii) la sencillez en el planteamiento de la reclamación; iii) no pesan sobre la víctima los gastos, a veces significativos, de una eventual prueba pericial. De todo lo anotado, los sistemas complementarios de los fondos son sumamente importantes a la hora de reparar el daño ambiental, ya que es imposible encarar la magnitud de los mismos, de manera individual y por tanto deben implantarse fondos en el derecho peruano; b) **El aval para el daño ambiental.** Por el aval, se anticipa los costes en el caso de que el avalado no asuma tal obligación para después ser reembolsado por éste. Se debe considerar el aval, como un sistema complementario de responsabilidad en los sistemas de responsabilidad civil ambiental, y en específico en el derecho peruano, como lo ha establecido la Ley de responsabilidad ambiental española 26/2007, pues constituye avance positivo para posibilitar que los agentes contaminantes estén posibilitados de anticipar financieramente los costes, ante la eventualidad de que sean responsables de reparar un daño ambiental; c) **las garantías financieras de la responsabilidad por el daño ambiental.** Consistente en que los operadores deberán

disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad o actividades que pueden desarrollar. Así la Directiva de la Unión Europea de 2004/35, sobre responsabilidad ambiental, ha establecido garantías financieras bancarias, y de igual manera en la Ley de Responsabilidad Medioambiental española 26/2007. El sistema de garantía financieras, es un sistema complementario a la responsabilidad civil ambiental, para la reparación y restauración del medio ambiente afectado, ya que permite hacer frente al riesgo de pérdidas económicas por parte de las empresas y asegura la percepción del importe íntegro de la indemnización, al hallarse cubierta por una garantía financiera. Los sistemas de responsabilidad ambiental deben acogerlas y en especial el legislador peruano debe normarlas de manera específica, con el fin de que las víctimas de los daños ambientales estén protegidas de mejor manera ante la ocurrencia de un daño ambiental.

### CONCLUSION FINAL DE DERECHO INTERNO

La responsabilidad civil, es un instrumento útil en materia de reparación del daño ambiental, por las grandes posibilidades que nos brinda para la reparación del daño ambiental para lo cual es necesario que el sistema peruano de responsabilidad por el daño ambiental, se modernice, a través de un ensanchamiento conceptual creativo y flexible de las principales instituciones clásicas de la responsabilidad civil, en relación con la naturaleza del daño ambiental, y opte por un *sistema absoluto de responsabilidad civil por el daño ambiental*, debe tener los siguientes elementos: i) Un definición amplia de daño ambiental; ii) la canalización de responsabilidad tanto a los privados, como a los Estados; iii) el factor de atribución de tipo objetivo, en su categoría “absoluta”; iv) la relación de causalidad desde el punto de vista jurídico y probabilístico; v) la limitación de los supuestos de ruptura del nexo causal y de limitar las causas eximentes de responsabilidad; vi) la reparación amplia del daño ambiental; vii) la asegurabilidad de los daños ambientales; viii) la posibilidad de la compensación de fondos financiados por los operadores privados y por el Estado, y demás instrumentos financieros.

## CAPITULO V

### “La Responsabilidad Internacional por los Daños Transfronterizos”

**PRIMERA CONCLUSIÓN:** Los retos de la responsabilidad internacional por los daños ambientales. La respuesta que articula actualmente el derecho internacional para encarar la problemática referida a la reparación de los daños ambientales transfronterizos es inadecuada, en razón a que no existe un sistema de responsabilidad internacional general y obligatorio por los daños transfronterizos. La filosofía imperante en esta materia, se fundamenta prioritariamente en las exigencias de protección ambiental en el ámbito de la obligación de prevención, más que en el contexto de la obligación de la responsabilidad internacional y de reparación de los daños. A ello se une, la práctica constante por parte de los Estados en emitir normas a nivel “primaria”, puramente declarativas, redactadas de manera indeterminada, y exentas de instrumentos efectivos de coacción, en donde los Estados, se aseguran un importante margen de discrecionalidad respecto a su cumplimiento. Se observa, además, que los Estados prefieren establecer sistemas de responsabilidad ambiental, a nivel de derecho internacional privado de naturaleza sectorial, en donde los privados *asumen el peso de la responsabilidad internacional ambiental*, y los Estados sólo actúan como sujetos de derecho privado, desprovistos de las prerrogativas soberanas y facultades que tienen a su favor para reparar eficazmente los daños ambientales transfronterizos, demostrando una conducta evasiva para cumplir con la obligación de responsabilidad internacional en

materia ambiental. En contraste, se observa que es a nivel de la jurisprudencia internacional en donde se viene cimentando casi todos los elementos de la obligación de responsabilidad internacional contenida en la norma consuetudinaria *sic utere tuo ut alienum non laedas* (*Asunto de la Fundación de Trail*, 1928), constituyendo, las sentencias emitidas en esta materia, en el referente obligado para el desarrollo de la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

Esta problemática ha determinado la necesidad de diseñar un nuevo sistema de responsabilidad internacional, a partir de un cambio conceptual del derecho internacional puramente declarativo y preventivo, hacia el establecimiento de un sistema jurídico de naturaleza obligatorio y reparador del daño ambiental transfronterizo. El corolario lógico de los daños ambientales generados por las actividades de riesgo debe ser la responsabilidad absoluta o estricta, partiendo de la tesis, absolutamente comprobable, consistente en que existe un vacío normativo en materia de responsabilidad internacional que es necesario llenar de contenido a través de una norma internacional general y obligatoria que establezca responsabilidad “directa”, “absoluta” o “estricta” del Estado por daños ambientales transfronterizos. Para ello, se hace necesario optar por un *concepto amplio de daño ambiental transfronterizo*, considerado como aquel “daño sensible”, causado por las actividades ambientalmente peligrosas y “no peligrosas”, realizadas en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de un Estado o “en los espacios fuera de la jurisdicción internacional”, con efectos lesivos no sólo en el Estado víctima, sino también en las «zonas comunes» de la humanidad”. El carácter «sensible», «grave» o «sustancial» del daño ambiental transfronterizo supone el uso de criterios fácticos y objetivos de acreditación, de concreción material o física y de la envergadura de los efectos perjudiciales que produce. El “umbral”, del daño debe ser superior a los niveles de contaminación tolerables por la comunidad internacional, concepto relevante para determinar cuándo se está o no frente a un daño ambiental transfronterizo. El daño ambiental transfronterizo debe ser considerado como tal, independientemente de si es producto de actividades ultrarriesgosas, o de actividades que no responden a esta categoría, con el fin de no dejar en indefensión a las víctimas frente a los mismos. Asimismo, la responsabilidad internacional debe ampliar su margen de aplicación, no sólo a la responsabilidad de los Estados de origen, respecto a aquellos daños que suceden en su territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control, sino que, la “comunidad internacional” también debe asumir la responsabilidad conjunta respecto de los daños ambientales que afectan las «zonas comunes» de la humanidad, no dependientes de las jurisdicciones nacionales; asunto sobre el cual, el derecho internacional injustificadamente no ha insistido en su desarrollo y en donde existe un vacío normativo.

**SEGUNDA CONCLUSION. Las normas internacionales, con incidencia en materia de responsabilidad internacional por los daños ambientales transfronterizos.** Las normas internacionales, en esta materia generalmente son normas de naturaleza “flexible”, o “indeterminadas”, no obstante, es posible rescatar el “núcleo duro” de la normativa ambiental, que constituye fuente de responsabilidad internacional, desarrollada mayormente a través la práctica convencional, de las normas consuetudinarias, los principios generales del derecho internacional y los actos unilaterales de los Estados en donde asumen responsabilidad internacional. El fundamento de su existencia, es la necesidad de una convivencia pacífica entre los Estados, la misma que exige el cumplimiento de la normativa jurídica internacional ambiental, pues representa los intereses fundamentales de la humanidad y que son reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto. Ello ha obligado a los Estados al establecimiento de un esquema de responsabilidad ambiental, a través del cual -de alguna manera- limita el comportamiento de los Estados.



Se observa, que, a nivel de la práctica convencional, se han establecido sistemas de responsabilidad civil de naturaleza sectorial por los daños causados por actividades ambientalmente riesgosas, (hidrocarburos; contaminación de las aguas marítimas, lagos y ríos; transporte internacional de sustancias o residuos peligrosos, y por las actividades peligrosas para el medio ambiente), los mismos que son limitados, pues los Estados no asumen responsabilidad directa, no obstante, son las principales fuentes de responsabilidad internacional por los daños transfronterizos, en razón a que contienen compromisos expresos asumidos por los sujetos, destinados a producir determinados efectos jurídicos y de los cuales es posible extraer elementos trascendentes que contribuyen a desarrollar un nuevo sistema de responsabilidad internacional general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos. Asimismo, es importante destacar que el tratado sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, hecho en Londres, Moscú y Washington, el 29 de mayo de 1972, aunque de manera excepcional, establece por vez primera la “responsabilidad “directa”, “absoluta”, e “independiente” de la licitud o ilicitud del acto que dio origen al daño ambiental transfronterizo. En atención a ello es necesario la multiplicación de este tipo tratados, pues constituye un referente sumamente importante a seguir en la construcción de un futuro sistema de responsabilidad internacional de los Estados general y obligatorio, directa y absoluto por los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

Las presuntas violaciones de obligaciones sustantivas por parte del Estado de origen se imponen no sólo en las convenciones internacionales aplicables, sino también en *el derecho internacional consuetudinario*, respecto a decidir si las actividades han causado un daño significativo al Estado víctima (*Asunto relativo a determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan*, 2015). Así la norma consuetudinaria *sic utere tuo ut alienum non laedas* (*Asunto de la Fundación de Trail*, 1928), y la norma consuetudinaria de *restitución* como una de las formas de reparación del daño ambiental (*Asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay*, 2010), son normas consuetudinarias que representan el soporte de la responsabilidad internacional ambiental y contribuyen significativamente al desarrollo del derecho internacional en materia de responsabilidad internacional ambiental. Por su parte, los actos unilaterales, también son fuente de responsabilidad internacional cuando el Estado *de origen acepta unilateralmente su responsabilidad* (*Asunto del Settlement Gut Dam Claims* 1968), aun cuando no es usual esta práctica, constituyen antecedentes importantes, para el desarrollo de la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.

**TERCERA CONCLUSION. Los principios generales del derecho internacional.** Los principios generales del derecho internacional en materia de responsabilidad ambiental, también pertenecen al “núcleo duro” de la responsabilidad internacional (*Asunto del Estrecho de Corfú*, 1949), contienen obligaciones internacionales de responsabilidad ambiental, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional y allí radica su importancia jurídica. Así, *el principio de soberanía* de los recursos naturales y el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, complementarios uno del otro, constituyen el fundamento más importante de la responsabilidad internacional en materia de responsabilidad ambiental (Primera y Segunda parte respectivamente del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo del año 1972 y cuya obligatoriedad se ha desarrollado en el *Asunto del Estrecho de Corfú* (1949). El principio de soberanía sobre los recursos naturales implica no sólo el derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos naturales; sino, también la obligación a no causar daños al territorio de otros Estados o espacios fuera de la soberanía; y a ser diligente en el control de las actividades que se realizan bajo su control o dentro de su jurisdicción. En ese sentido el concepto absoluto de soberanía según el cual un

Estado está facultado a realizar o autorizar cualquier acción en su territorio, sin asumir las consecuencias lesivas ocasionadas en el territorio de otros Estados, es incompatible con el principio de soberanía sobre los recursos naturales, pues tiene como límite la obligación *sic utere tuo ut alienum non laedas*, cuya violación desencadena la responsabilidad internacional.

Por su parte, *el principio de prevención*, y el principio de *debida diligencia* son actualmente el fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental. Por el principio preventivo los Estados, y además los particulares, deben tomar acciones que permitan reducir, limitar o controlar de manera adecuada los daños ambientales (artículo 6, la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales de Helsinki de 1992) y por la obligación de debida diligencia, los Estados de origen de las actividades ambientalmente peligrosas, tienen la obligación de *prevenir el daño transfronterizo sensible* o en su caso, *minimizar el riesgo causado*. En atención a ello, si el Estado de origen en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan actividades perjudiciales incumple con la obligación de prevención, y la de debida diligencia es pasible de ser responsable internacionalmente, siempre que se pruebe, con criterios objetivos, que se incumplió con dichas obligaciones. El principio preventivo es uno de los principios más consolidados del derecho internacional, ello se explica porque en materia de protección ambiental existe el dogma universalmente aceptado consistente en que es mejor prevenir que condenar, sancionar y reparar un daño ambiental transfronterizo. Se argumenta en favor de este dogma, que es mejor proteger y salvaguardar el medio ambiente, pues se considera que la excelente forma de preservarlo no es reprimir su deterioro, sino tratar por todos los medios de que tal deterioro no se produzca. El problema es que la filosofía expuesta no da una respuesta adecuada a la frecuente ocurrencia de los daños ambientales transfronterizos, y, no resuelve positivamente la reparación del daño ambiental. Tal situación, determina que la inclusión del principio de prevención, como fundamento principal de la responsabilidad internacional en materia ambiental, es criticable, debiendo centrar su atención en la obligación *sic utere tuo ut alienum non laedas*, esto es en la obligación de responsabilidad internacional.

El fundamento del principio *precautorio*, consiste en que cuando haya peligro de un daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse por los Estados como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente (principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992). Tal como se observa, la aplicación del principio precautorio, tiene amplios objetivos de protección del medio ambiente, y asume posiciones cautelares aparentemente exageradas, ello ha repercutido en que la condición jurídica del principio de precaución carezca de consenso pleno, y que no existe consenso mundial sobre su contenido obligatorio, por lo que su incumplimiento no es fuente de responsabilidad internacional.

**CUARTA CONCLUSIÓN: La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, basada en la prevención de daños transfronterizos, en los trabajos de la CDI.** El sistema de responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de “actos no prohibidos por el derecho internacional” ha sido objeto de estudio de manera significativa en los trabajos de la CDI, habiéndose diseñado dos sistemas totalmente diferenciados para encarar la problemática de los daños ambientales transfronterizos. Así la filosofía del *proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la CDI (2001)*, es priorizar la prevención del daño, y, sólo se aplicaría a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño

transfronterizo sensible. La libertad de desarrollar por parte de los Estados sus recursos naturales en ejercicio de su soberanía, y de realizar o autorizar actividades en el ámbito de su jurisdicción o control tiene como límite los intereses de los otros Estados y el deber de prevenir los daños transfronterizos o en todo caso minimizar el riesgo. Este sistema permite -al Estado que pueda resultar afectado por una actividad que entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible- exigir al Estado de origen que cumpla con las obligaciones de prevención. Siendo ello así, el incumplimiento de la obligación de prevención, en este caso, es fuente de responsabilidad internacional, por lo que es un sistema limitado de responsabilidad, pues el Estado asume sólo responsabilidad subsidiaria y no directa por los daños ambientales transfronterizo. A ello se une, el problema que su aplicación se limita a las actividades peligrosas y a medidas específicas que debe adoptar el Estado de origen para prevenir o minimizar el riesgo de daño consistentes en: i) la autorización; ii) la evaluación del riesgo; iii) la cooperación; iv) la notificación e información. El proyecto, así diseñado, no da una respuesta adecuada a la problemática de la reparación de los daños ambientales transfronterizos, pues su preocupación se ha centrado sólo en el deber de prevención desde el ángulo procedimental, limitado a ciertas conductas por parte de los Estados, pues no está obligado a realizar "todas las medidas necesarias" de prevención, sino solamente aquellas obligaciones procedimentales que se contemplan específicamente en el proyecto de artículos, lo que determina un sistema débil de responsabilidad.

Por su parte, el *Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)*. Merece ser destacado como referente positivo, pues se inclinó por desarrollar un esquema de avanzada, estableciendo que un sistema de “*responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa*”, esto es, una responsabilidad causal u objetiva cuyo objetivo es la reparación del daño transfronterizo. Las ideas principales sobre la aplicación *del principio de la responsabilidad objetiva* (principio 4), comprenden cuatro elementos relacionados entre sí: i) el Estado debería velar por una indemnización pronta y adecuada y con ese fin debería *establecer un régimen de responsabilidad apropiado*; ii) cualquier régimen de responsabilidad así establecido, puede hacer recaer la responsabilidad principal en el explotador y *no debería exigir prueba de culpa*; iii) *las condiciones, limitaciones o excepciones* que puedan imponerse a esa responsabilidad *no deberían frustrar el propósito del principio de una pronta y adecuada indemnización*, iv) el régimen es de carácter general, supletorio y *objetivo*. Los problemas que se observan en dicho régimen, es que el Estado de origen sólo debe responder indirecta o supletoriamente por el daño ocasionado en su territorio o en un espacio bajo su jurisdicción o control, además que no establece la reparación integral del daño ambiental transfronterizo y no elimina las dificultades que entraña el establecimiento del nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad. De todo lo anotado, se observa que el progreso de la CDI en sus esfuerzos para desarrollar los principios de la responsabilidad del Estado por los daños ambientales de aplicación general, sigue siendo limitada. No obstante, el Proyecto de la CDI del 2006, representa un intento positivo por lograr darle contenido material al principio internacional de responsabilidad, consistente en no causar daño transfronterizo al medio ambiente de los Estados, y, en relación a la posibilidad de que los Estados asuman responsabilidad *absoluta o estricta* por los daños ambientales transfronterizos, constituye una importante evolución para el derecho internacional en materia de responsabilidad ambiental.

**QUINTA CONCLUSION: Las limitaciones que plantea la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos para reparar el daño ambiental transfronterizo.** Sostenemos la tesis consistente en que, existe un problema de inadecuación de los mecanismos clásicos del sistema general de responsabilidad de los Estado para resolver la problemática referida a la reparación de los

daños ambientales transfronterizos. Ello se explica, porque desde el *punto de vista del elemento objetivo*, en el sistema general de responsabilidad internacional, el hecho ilícito ocurre cuando hay violación total o parcial entre «una obligación internacional del Estado» y la conducta efectivamente realizada por el Estado (artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001). Bajo la lógica de este esquema de responsabilidad, observamos las siguientes dificultades: i) En *primer lugar la inexistencia de una norma general, obligatoria y directa, que contenga una obligación internacional de los Estados por los daños ambientales transfronterizos* determina que los Estados no estén obligados a reparar inmediatamente un daño ambiental transfronterizo, ante el vacío de una norma que los obligue en ese sentido, por lo que urge llenar de contenido este vacío normativo advertido. Ante esta situación, actualmente, acorde a la filosofía preventiva imperante en materia ambiental, sólo puede atribuirse responsabilidad a un Estado, de manera indirecta y vía incumplimiento de la obligación de “prevención” y “debida diligencia”, poniéndose en evidencia, la debilidad de este sistema de responsabilidad; ii) en *segundo lugar*, existe *dificultad de aplicación de las normas generales ambientales* al ámbito del sistema de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, en razón a que las referidas normas mayormente tienen naturaleza “primaria”, remiten genérica y programáticamente a futuros desarrollos normativos; sin ninguna aclaración complementaria en cuanto a las procedimientos correspondientes de cumplimiento; entre otras indeterminaciones. En este escenario de incertidumbre jurídica, es difícil afirmar que se ha producido «la violación una obligación internacional por parte de un Estado», por la visible ambigüedad en la formulación de las obligaciones, lo que determina la limitación de la aplicación de este esquema de responsabilidad, en materia de responsabilidad ambiental, situación que hace necesario erradicar esta práctica normativa por parte de los Estados ; iii) En *tercer lugar*, nos topamos con la dificultad para superar satisfactoriamente la probanza del *doble test* de la *diligencia debida* de los órganos del Estado, lo que equivale a superar el “grado de cuidado que se espera de un buen gobierno”, no sólo de los órganos del Estado, sino, en relación al particular que desarrolla la actividad que ha causado un perjuicio para el medio ambiente. Ello unido a la generalidad del principio de prevención y de debida diligencia, hace difícil que su exigencia puede resultar operativa en los diferentes casos concretos. La probanza del cumplimiento de la obligación de debida diligencia, debe ser superada a través de la exigencia de indicadores concretos denominados por la doctrina “eco-estándares”, (Asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (2010), como: el estudio de impacto ambiental, la determinación de que las concentraciones de contaminantes deben estar dentro de los *límites regulatorios* en comparación con los estándares regulatorios de las Partes, la realización de informes sobre la tecnología a ser utilizada, etc. Un respaldo adicional, lo proveen las obligaciones generales de información, notificación y consulta, derivadas del principio de cooperación, que se hacen especialmente exigibles en lo que respecta a las actividades autorizadas por un Estado, que pueden tener efectos transfronterizos perjudiciales para el medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional.

iv) En *cuarto lugar*, la problemática relacionada con la “obligación primaria” de no dañar al medio ambiente de otros Estados y la necesidad de establecer “normas secundarias” en el mecanismo de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito”. La intensidad de las obligaciones de un Estado deben medirse en relación con la norma expresada en la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*, precisando que dicha norma es de naturaleza primaria, norma tan general, que exige del derecho internacional no solo el grado de apreciación cuando se aplica a situaciones particulares, sino también un correlato de obligatoriedad establecida a través de una «obligación de naturaleza secundaria» y procedimental con las consecuencias jurídicas correspondientes como la de reparar en su integridad el

daño causado. Tal situación ha determinado la dificultad de imputar la violación de la obligación de responsabilidad internacional en materia ambiental a un Estado, en el mecanismo del sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos. El derecho internacional debe superar este problema, realizando las tareas pendientes consistentes en: a) *Llenar de contenido una norma secundaria general y obligatoria* que estipule las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la norma primaria de obligación internacional, que hipotéticamente estipule: “el Estado de origen que ocasiona un daño ambiental transfronterizo a otro Estado es responsable absoluto y directo de su reparación y demás consecuencias jurídicas”; b) *ejercer presión social internacional por parte de al menos la mayoría de los Estados*, para que asuman la responsabilidad internacional directa y absoluta por el daño ambiental transfronterizo; c) *lograr concertación por parte de la comunidad internacional de Estados*; sino de la totalidad de Estados, al menos de una gran mayoría de ellos para lograr una regla de reconocimiento que especifique consecuencias drásticas en caso de ocasionar un daño ambiental transfronterizo. Todo ello con el fin de llenar de contenido el vacío existente respecto de una norma general y obligatoria en el sistema general de responsabilidad ambiental.

**SEXTA CONCLUSIÓN: Las dificultades que presenta la atribución de un comportamiento al Estado como responsable “autor” del resultado de un daño ambiental transfronterizo.** El sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos presenta dificultades para atribuir un comportamiento al Estado como responsable “autor” del resultado de un daño ambiental transfronterizo, por las siguientes razones: i) En *primer lugar*, el limitado criterio de atribución al Estado de la responsabilidad internacional ambiental ha generado el mayor problema a efectos de encarar con satisfacción la reparación de los daños ambientales transfronterizos. Ello se debe porque en el sistema general de responsabilidad internacional, para calificar un comportamiento determinado de hecho internacionalmente ilícito, debe ser necesariamente atribuible al Estado, como sujeto de derecho internacional (apartado “a” del artículo 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001) esto es, el hecho ilícito sólo debe ser cometido directamente por el Estado, y por tanto no puede ser extendida por actos de un tercero. La dificultad estriba en que, en la mayoría de casos, los daños al medio ambiente son provocados por la actividad de particulares y no por actividades directas del Estado, situación que motiva la evasión de responsabilidad por parte de los Estados, pues estos responden sólo por sus actos propios. No obstante, los Estados, no pueden dejar de cumplir con la obligación de prevención y de debida diligencia, de todo daño ambiental, independientemente de quién realizó la actividad, públicos o privados. Por lo que, actualmente la responsabilidad de los Estados por los actos de los privados, sólo es posible vía incumplimiento de la obligación de prevención y debida diligencia, demostrando la debilidad del mecanismo clásico de responsabilidad de los Estados para encarar la reparación de los daños ambientales. Esta situación, hace necesario un cambio de enfoque, de este esquema de responsabilidad, en donde los Estados asuman su responsabilidad directa, también por los actos de los privados, en atención a que son los Estados quienes autorizan la realización de actividades ambientalmente riesgosas, de las cuales obtienen beneficios, y en atención al cumplimiento de la obligación de responsabilidad internacional en materia ambiental ; ii) En *segundo lugar*, respecto al *interés de los Estados en limitar la asunción de la responsabilidad internacional por “los daños transfronterizos”*. Se observa de la normativa internacional y de la práctica de los Estados “el interés compartido por los Estados para restringir la asunción de responsabilidades” demostrada por que los Estados prefieren asumir la responsabilidad “indirecta”, “subsidiaria”, “limitada” cuando se trata de asumir la responsabilidad por los daños ambientales transfronterizos. Las razones que argumentan los sostenedores de la limitación responsabilidad internacional de los Estados en caso de

ocurrencia de un daño ambiental, se basan, principalmente, en las siguientes: a) la base de la responsabilidad es la obligación de prevención y no la obligación de responsabilidad internacional y de reparación; b) las obligaciones de comportamiento de cualquier actividad ambientalmente riesgosa, no deben entorpecer la libertad de iniciativa en el territorio de los Estados de origen; c) los Estados, deben asumir responsabilidad sólo en los casos que no es posible encarar con éxito la reparación del daño ambiental, sobre la base de la idea prioritaria que la reparación es exclusiva de los privados; d) garantizar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción y control no le van a ocasionar mayores gastos por la reparación de los daños ambientales que ocasionen los mismos; e) establecer la responsabilidad objetiva de naturaleza civil a cargo de una persona o personas privadas. Los Estados son reacios a establecer normas con restricciones significativas y es muy difícil que se le pueda responsabilizar a un Estado por los daños ambientales transfronterizos, por lo que, es necesario que el derecho internacional opte por un nuevo sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos adecuado para encarar con eficacia la reparación de los daños ambientales transfronterizos.

iii) En *tercer lugar*, la *responsabilidad de los supuestos de contaminación transfronteriza derivada de accidentes y los de daños no accidentales*. En el sistema general de responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos, la responsabilidad es limitada a supuestos de contaminación transfronteriza derivada de accidentes, en que se pueda atribuir culpa al Estado bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad, es decir, en los que este Estado no haya tenido la debida diligencia para evitar la producción de tal accidente (*fault liability*). La desventaja de que un sistema de responsabilidad se base en negligencia es que es un *sistema de culpa*; y para tener éxito, tiene que probarse la culpa del responsable, siendo que, en el caso de daños ambientales esto puede ser difícil, lento y costoso, y más aún lo será si es a nivel de daños ambientales transfronterizos, en donde se tiene que probar la culpa de un Estado. En los casos de daños no accidentales, no hay manera de atribuírsele responsabilidad alguna a un Estado porque no hay una obligación que cumplir, pues en todo caso, se tratarían de daños ocasionados por la naturaleza. Siendo ello así, la responsabilidad está limitada a supuestos de contaminación transfronteriza derivada de un accidente, dejándose en indefensión los daños ambientales transfronterizos no accidentales. En estos casos, la doctrina actual, sugiere recurrir a otras soluciones, como aplicarse el principio de responsabilidad universal, así como *la socialización de la responsabilidad*, las mismas que se podrían aplicar a la responsabilidad a fin de resolver la problemática de la reparación no sólo de los daños ambientales transfronterizos accidentales, sino también de los daños no accidentales.

**SÉTIMA CONCLUSIÓN: La ilicitud del daño ambiental transfronterizo y la responsabilidad absoluta.** En el sistema de responsabilidad internacional general, uno de los principios rectores de la responsabilidad internacional es que el hecho ilícito internacional de un Estado determina su responsabilidad internacional; el mismo que debe ser calificado como tal por el derecho internacional. Este sistema de responsabilidad, así diseñado, no se adecua para resolver la problemática de la responsabilidad ambiental, en parte porque existe el dogma aceptado por el derecho internacional, consistente en que las actividades ambientalmente riesgosas que ocasionan los daños ambientales transfronterizos, al ser mayormente producto de “*actividades autorizadas*”, o “*no prohibidas por el derecho internacional*”, se encuentran en el umbral de actividades lícitas, situación que imposibilita atribuir dicho comportamiento a los Estados, pues solo son responsables internacionalmente por los hechos ilícitos, así considerados por el derecho internacional.

En contra de esta posición, sostenemos la tesis consistente en que las actividades ambientalmente riesgosas, que en un principio nacen lícitas, dejan de serlo una vez que ha sucedido el fenómeno del daño ambiental

transfronterizo, debiendo ser las mismas consideradas por el derecho internacional como un hecho ilícito internacional, pasible de responsabilidad internacional de los Estados. El fundamento de esta tesis se basa en que las actividades ambientalmente riesgosas, considerados con justicia lícitas, pues se realizan en base al principio de la soberanía de los recursos naturales por parte de los Estados de origen, no obstante, cuando producto de esas actividades se ocasiona un daño ambiental transfronterizo sensible, este hecho ya no está en el campo de la normalidad jurídica, por su grave efecto lesivo, en los individuos y en el medio ambiente. El derecho internacional, no puede dejar de reconocer esta nueva situación de hecho relevante: “ *el fenómeno del daño ambiental transfronterizo sensible*”, cuyo componente material lesivo, permite transferirle jurídicamente la noción de ilicitud, presuntamente ausente de la actividad misma, por lo que, *la ilicitud será inherente a la realización efectiva de un daño ambiental transfronterizo* importante o significativo, y en donde precisamente encontramos el componente para responsabilizar a los Estados por la violación de la obligación internacional de responsabilidad internacional y de reparación de los daños. En el campo jurídico, una conducta puede tener dos consecuencias jurídicas diferentes, dependiendo de que suceda o no un hecho jurídicamente relevante, en este caso, la ocurrencia de un *daño ambiental transfronterizo sensible*, será el indicador que hará necesario y merecedor de respuestas jurídicas diferenciadas por parte del derecho internacional, respecto a si, la misma actividad autorizada ocasionaría o no el referido fenómeno ambiental, pues el ejercicio de una libertad, no deja de serlo porque la conducta sea también subsumible en el supuesto de hecho de una norma limitadora, en este caso, el límite a esa libertad es el ocasionar un daño ambiental transfronterizo. Por lo que, una actividad que en un inicio se encuentra en el campo de la licitud, si ocasiona un daño ambiental transfronterizo sensible, debe adecuarse a un supuesto de hecho que lo considere en el campo de la anormalidad jurídica, esto es, dicha conducta debe ser reconocido por el sistema general de responsabilidad como un hecho internacionalmente ilícito, pues lo justo es que el Estado de origen, que realizó directa o indirectamente el hecho ilícito, debe asumir la responsabilidad por el daño ambiental transfronterizo ocasionado. Y ello debe ser así, en cumplimiento, de la obligación internacional de los Estados consistente en no causar daños ambientales transfronterizos en perjuicio de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional, y además porque son los Estados los otorgan las autorizaciones para la realización de las actividades ambientalmente peligrosas y por tanto es razonable, que asuman también las consecuencias negativas de dichas actividades, que la mayoría de las veces les otorga beneficios económicos.

Asimismo, el planteamiento teórico sostenido por la doctrina, consistente en que *la ilicitud* del daño y la responsabilidad *estricta o absoluta* son conceptos fundamentales en los que se basan dos regímenes de responsabilidad muy distintos, y, a la vez, los únicos posibles que admite el razonamiento jurídico del derecho internacional, lo consideramos errado. El argumento, es que no se trata en puridad de dos tipos de responsabilidad, sino de conceptos que pueden ser perfectamente complementarios, pues la tesis sobre la ilicitud de los daños ambientales, contenido en un hipotética norma primaria (el Estado de origen que ocasiona un daño ambiental transfronterizo a otro Estado, comete un hecho ilícito), es independiente del tipo de responsabilidad con la que se sancione el “hecho ilícito”, la misma que puede ser asumir una responsabilidad de tipo “objetiva”, “absoluta”, o “estricta”, o también puede ser responsabilidad naturaleza “subjetiva”. En consecuencia, el tipo de responsabilidad viene a ser la consecuencia jurídica establecida hipotéticamente en una norma secundaria de responsabilidad internacional, consistente en que “el Estado de origen que ocasiona un daño ambiental transfronterizo comete un hecho ilícito y deberá asumir responsabilidad absoluta y directa”. De tal manera que, la responsabilidad “absoluta” pueda ser el complemento jurídico óptimo de un futuro régimen de responsabilidad internacional, en donde un daño ambiental transfronterizo debería ser considerado como un hecho ilícito.

**OCTAVA CONCLUSIÓN: El reconocimiento de un sistema de responsabilidad internacional general y obligatorio, absoluto y directo de los Estados por los daños ambientales transfronterizos.**

El sistema que articula el derecho internacional en materia de responsabilidad internacional de los Estados es inadecuado para resolver eficazmente la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo. Partimos de la premisa que el derecho internacional, en la materia que nos ocupa, en gran medida, es un sistema de normas permisivas y facultativas que respaldan las actividades ambientalmente riesgosas, las mismas que no pueden ser prohibidas, en razón a que representan el ejercicio del principio de la libertad de acción de los Estados, de soberanía de los recursos naturales y de decidir sus políticas de desarrollo económico. El asunto es que se debe encarar la irremediable potencialidad lesiva del daño ambiental transfronterizo, siendo que, la única la forma adecuada y viable de reducir o limitar el referido daño, es a través de la responsabilidad objetiva, ya sea en su forma de “*strict liability*” o en su forma extrema de “*absolute liability*”, categoría que no admite excluyentes de responsabilidad, el mismo que sanciona enérgicamente la ocurrencia de un daño. El fundamento principal de la responsabilidad absoluta, se basa en que es justo que el Estado de origen, que ocasione un daño ambiental transfronterizo en contra del territorio de otro Estado, o jurisdicción universal, sea quien asuma la responsabilidad de reparar dicho daño, pues sería injusto que quien lo sufre, sin obtener ventaja alguna, sea el obligado a soportar los daños. Este tipo de responsabilidad entra en funcionamiento ante la sola ocurrencia de un daño ambiental transfronterizo, sin importar si el Estado de origen actuó o no, con culpa o dolo, e independientemente de la licitud o ilicitud del hecho que le dio origen. De tal manera que, brindará mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales, pues procura por parte de los Estados de origen una garantía absoluta frente a la ocurrencia de los daños ambientales transfronterizos y por lo drástico de las sanciones desalentará su comisión. Además, evitará la proliferación de acuerdos, convenios o tratados internacionales perniciosos y evasivos de la responsabilidad internacional ambiental por parte de los Estados, compromisos que no sólo compensan insuficientemente a las víctimas de los daños ambientales transfronterizos, sino que ponen en peligro el medio ambiente.

Los cuestionamientos imperantes en el mundo jurídico internacional, respecto a que implementación de la responsabilidad estricta o absoluta, en el terreno de la responsabilidad internacional ambiental, resulta ser demasiado rígida para el principio de la libertad de acción de los Estados, la explotación de sus recursos y la elaboración de sus propias políticas de desarrollo económico, no tiene asidero en la realidad jurídica actual. En principio, porque los Estados por su situación privilegiada están en mejores condiciones que los privados de asumir la responsabilidad absoluta o estricta, basada en su soberanía, su capacidad económica, social y política, a diferencia de los privados, que muchas veces ven imposible reparar en su integridad dichos daños. Asimismo, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, nada impide la configuración en el ordenamiento internacional de la existencia de un principio general de responsabilidad internacional ambiental de tipo objetivo, en su categoría “estricta” o “absoluta”, aplicado para lograr la reparación de los daños ambientales transfronterizos, ocasionados por una actividad ambientalmente riesgosa autorizada. Aun cuando no se observa una específica norma consuetudinaria, manifestada en todas sus formas y aplicaciones en el ordenamiento internacional, no quiere decir que no exista en dicho campo, en atención a la aplicación de la obligación internacional sic *utere tuo ut alienum non laedas*, en especial a través de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional. A ello se agrega que, la responsabilidad objetiva, en su versión absoluta o estricta, es operante en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos e internacionales más evolucionados. Así, a nivel de derecho interno se observa que la mayoría de ordenamientos han optado por la responsabilidad objetiva de manera excepcional, aplicado para las actividades riesgosas y peligrosas; y en otros ordenamientos, como en el sistema de responsabilidad ambiental alemán, se viene aplicando de manera general. A nivel



internacional, los sistemas de responsabilidad establecidos en los convenios internacionales sobre responsabilidad civil de tipo sectoriales, de derecho privado, han optado por considerar que la responsabilidad derivada de daños al medio ambiente debe ser de tipo objetiva. Y lo más importante es que, el Tratado sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales hecho en Londres, Moscú y Washington, 29 de mayo de 1972 específicamente rige la responsabilidad absoluta y directa por los daños ambientales derivados de actividades espaciales. Por lo que, en cumplimiento de la obligación de responsabilidad internacional, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, los Estados deben asumir responsabilidad absoluta y directa por los daños ambientales transfronterizos, pues no hay razón jurídica alguna para que los Estados no opten por este tipo de responsabilidad para sí mismos, sino más bien existen razones extrajurídicas, basadas en proteger sus intereses económicos y no los del medio ambiente que vienen deteniendo su implementación.

**NOVENA CONCLUSIÓN. Los elementos esenciales de un sistema de responsabilidad internacional de los Estados general y obligatorio por los daños ambientales transfronterizos directo y absoluto.** El corolario lógico de las actividades de riesgo es la responsabilidad absoluta, y, partiendo de la tesis, absolutamente comprobable, consistente en que existe un vacío normativo en materia de responsabilidad internacional que es necesario llenar de contenido a través de un “*sistema de responsabilidad internacional de los Estados general, obligatorio, directo y absoluto, por los daños ambientales transfronterizos*”, el mismo que debe responder a las siguientes características:

En *relación al tipo de responsabilidad*, se opta por un responsabilidad objetiva, en su categoría *absoluta o estricta*, y *directa* responde a los siguientes peculiaridades: i) La responsabilidad absoluta se basa en la obligación de responsabilidad internacional, contenido en el principio internacional, consistente en que ningún Estado debe permitir el uso de su territorio, en perjuicio de otro Estado, ni tampoco en perjuicio de territorios en donde no ejerce jurisdicción; se justifica, porque son los Estados, quienes otorgan las autorizaciones para la realización de las actividades ambientalmente peligrosas; pues sería injusto que quien lo sufre, sin obtener ventaja alguna, sea el obligado a asumir la referida responsabilidad; ii) la responsabilidad absoluta, es independiente de cuál sea el grado de culpa o diligencia que tuvo el Estado de origen para evitar dicho daño, por lo que los Estados no podrán ser exonerados o liberados de su obligación jurídica de reparación aduciendo que se habrían adoptado todas las precauciones requeridas y las debidas diligencias; iii) es independiente de la licitud o ilicitud del acto que causó el daño ambiental transfronterizo; iv) se aplica sin considerar la culpabilidad o no del causante del daño, v) es una responsabilidad directa, por lo que, el sólo conocimiento del acontecimiento de un daño ambiental transfronterizo por parte del Estado de origen del mismo debe acarrear responsabilidad automática, pues se presume que el Estado de origen conoce la existencia de dicho daño; vi) al establecerse la responsabilidad absoluta de los Estados, se refuerza el Estado víctima, al tiempo que se proporciona la máxima protección para el medio ambiente; vii) hay exención de la carga de la prueba por el reclamante del dolo o la culpa y de la infracción del deber de diligencia debida en que habría incurrido el Estado.

En *relación al daño ambiental transfronterizo*, responde a un concepto amplio del daño, y a una extensión amplia para su reparación, dando cada vez mayor protección al daño al medio ambiente *per se*, o daño ecológico puro, a través de la restauración o de reinstalación de los elementos del medio ambiente, además de los daños ocasionados a los individuos. El mismo que debe comprender: i) Los daños ocasionados a los individuos, ya sea personales o colectivos, ii) los daños y perjuicios materiales que se produzcan a los bienes privados o públicos; iii) los daños al medio ambiente puro o pérdida patrimonial resultante de la alteración del

medio ambiente; iv) los demás daños y perjuicios que se produzcan u originen por el daño ambiental transfronterizo ocasionados por diversas actividades ambientalmente riesgosas.

*En relación al nexo de causalidad:* i) lo único que importa es el nexo de causalidad entre el daño y la actividad contaminante del Estado de origen y por tanto deben eliminarse las dificultades que entraña el establecimiento del nexo causal recurriéndose a criterios de previsibilidad, de proximidad, de pérdida directa, la causa próxima, y además de la probabilidad del daño, entre otros criterios de flexibilidad de la prueba; ii) en este tipo de hipótesis la víctima estará eximida de tener que aportar la prueba del nexo causal del daño y una eventual negligencia por parte del autor del daño; iii) debe haber inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima entre el daño producido y la actividad realizada.

*En relación al establecimiento de la responsabilidad solidaria,* todos los intervinientes de la actividad ambientalmente peligrosa deberán asumir responsabilidad solidaria y hacerse reparto equitativo de los costes de la reparación del daño. En atención a que en un sistema de responsabilidad del daño ambiental transfronterizo, general, obligatorio y absoluto deberá tomarse en cuenta que se comparta la responsabilidad sin exclusión de ningún participante potencial en la ocurrencia del mismo, conjuntamente con el Estado de origen. Se trata de una expresión de un grado de solidaridad internacional no reconocible aún en la actual comunidad de naciones, y que amerita ser adoptada, a fin de dar una respuesta adecuada a la magnitud de la problemática de la reparación del daño ambiental transfronterizo.

*En relación a la reparación* opta por la reparación integral del daño ambiental transfronterizo: i) Implica, por parte de los Estados la obligación de reparar un daño de manera inmediata, sin tener en cuenta la relación jerárquica, territorial o no, con el causante de las consecuencias perjudiciales; ii) proclama el deber de reparar, con sujeción a determinados factores previamente establecidos en el sistema de responsabilidad, por lo que, sin pretender llegar a alcanzar la perfección del principio de la responsabilidad estricta, es un intento que puede funcionar en la práctica en favor de su realización; iii) para la reparación del daño ambiental transfronterizo, en los casos que no resulte operativo el sistema general y obligatorio, se debe establecer *un sistema complementario de fondos de compensación*, en donde los Estados contribuyen a dichos fondos, que permiten reparar los daños ambientales transfronterizos, de manera complementaria. Además, se debe obligar a los agentes privados que realizan actividades ambientalmente riesgosas a contar con *un seguro obligatorio, u otra garantía financiera*, en donde las víctimas tengan la posibilidad, de accionar en contra del asegurador o contra la persona que garantiza financieramente al explotador de la instalación nuclear, materializándose el principio de solidaridad internacional.

Todas las ideas vertidas, son una contribución al diseño de “*sistema de responsabilidad internacional de los Estados general, obligatorio, directo y absoluto, por los daños ambientales transfronterizos*” que esperamos, en un futuro cercano, el derecho internacional lo materialice, en beneficio de los individuos del medio ambiente que lo habita. Con el fin de lograr dicho objetivo, se hace necesario que los organismos internacionales relevantes para el derecho internacional, como lo es la CDI de las Naciones Unidas u organismos similares y los Estados, se comprometan -seria y responsablemente- a canalizar dicho compromiso internacional. Solo de esa manera se podrá lograr en un futuro el establecimiento de un sistema internacional general, obligatorio y absoluto en materia de responsabilidad internacional de los Estados por los daños ambientes transfronterizos.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. ACKERMAN, Mario E., ÁVILA, Juan J, MUGILLO, Roberto A., DIEZ, Fabiana, HISE, Mónica, LOVECE, Graciela, LUPETTI, Gustavo, PETRONE, Aldo, ROSELLO Graciela, SOBRINO, Augusto R., TOSTI Silvia, WEINCARTEN, Celia, YANNADUONI, Graciela, *“Teoría General de la Reparación de Daños”*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, 1997, 330 pp.
2. AIZENSTATD LAISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos", En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XII, Edit Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F, 2012, 1058 pp.
3. ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *“Los Daños Indemnizables en la Responsabilidad Contractual en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Diez – Picazo”*, Thompson – Civitas, Madrid, 2003, 1272 pp.
4. ALBALADEJO, Manuel, *“Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”* 10º Ed. Edisofer, Madrid, 2003, pp. 926.
5. ÁLVAREZ DEL CASTILLO BAEZA, Joaquín, *“La Responsabilidad Directa del Transporte que Hidrocarburos por el Mar”*, En: *“La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental”*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídica, Primera Edición, 1998, México D.F, pág. 87 pp.
6. ALONZO GARCIA, Enrique, *“Comentarios a la ley de Responsabilidad Medioambiental”*, Edit. ARANZADI S.A., Primera Edición, Pamplona-España, 2008, pp. 38-40.
7. ALONSO SOTO, Ricardo, *“Responsabilidad Civil y Seguro”*, en *“La Responsabilidad en el Derecho”*, Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2001, Madrid, 204 pp.
8. ALTERINI, Atílio A-ASMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto M., *“Curso de Obligaciones”*, Buenos Aires, 1989, 4ta Edición, Edit. Abeledo - Perrot, Nro. 590, 285 pp.
9. AGENDA PERÚ, *“Gestión del Medio Ambiente y Recursos Naturales”*. *Agenda Perú: Agenda y Estrategia para el Siglo 21*. Informe final del Programa Ayuda., Perú, Lima, 2000.
10. ALPA, Guido, *“Responsabilidad Civil y daño. Lineamientos y Cuestiones”*, Traducido por Juan Espinoza Espinoza, Edit. Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2001, 563 pp.

11. ÁLVAREZ DEL CASTILLO BAEZA, Joaquín, *“La Responsabilidad Ambiental en el Transporte de Hidrocarburos por el Mar”* En: *“La Responsabilidad Jurídica En El Daño Ambiental”*, Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, 87 pp.
12. ALVAREZ LATA, Natalia, *“La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente, Tratado de Responsabilidad Civil, coordinado por Luis Fernando Reglero Campos, Segunda Edición, Edit. THOMSOM- Aranzadi, Navarra-España, 2003, 1910 pp.*
13. AMBROSE B., Nelly, *“Contaminación y Seguro. 5º Congreso Mundial de Derecho de Seguros (AIDA) Tema II”*, Editorial MAPFRE, S.A, Madrid, 391 pp.
14. AMAYA NAVAS, Oscar Darío y otros, *“Marco Legal en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente en Colombia – Una propuesta normativa”*, En: *“Responsabilidad civil por daño al medio ambiente”*, Editorial Cordillera S.A.C., Primera edición: agosto de 2000; reimpr.: noviembre del 2005, impreso en Perú, 420 pp.
15. AMOR, José Ramón. *“Ecología”, En: 10 palabras claves en Ecología”, Navarra, Editorial Verbo Divino, Director Javier Gafo; España, 1999.*
16. ANDALUZ WESTREICHER Carlos, *“Manual de Derecho Ambiental”*, Editorial IUSTITIA S.A.C., Perú, 2011, 1014 pp.
17. ANDER-EGG, Ezequiel, *“Para Salvar la tierra” – “El desafío ecológico”*, Edit. Lumen, 8º Edición, Buenos Aires- República Argentina, 1994, 240 pp.
18. ANDÍA CHAVEZ, Juan, *“Manual de Derecho Ambiental”*, Edit. El Saber, Primera Edición, Lima-Perú, 2010, 375 pp.
19. ALTERINI, ATILIO, Aníbal, *“Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil.”*, Editorial Abeledo- Perrot, Segunda edición, 3ª Reimpresión, Buenos Aires-Argentina, 1969, 336 pp.
20. ALTERINI, Atilio A., *“Responsabilidad Civil Ambiental”*, GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (compilador), *“Responsabilidad Ambiental”*, Fundación Editorial de Belgrado, Argentina, 1999.
21. AUSTIN, Txetxu y PEÑA, Lorenzo *“La deducción normativa”*, Universidad de Alicante, Publicado en Doxa, 2000, 481 pp.
22. ANKE MEYER, Mark Nerlove, *“Población y Medio Ambiente: Una Parábola Sobre la Leña y Otras Historias”*, Economía, fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen XV, N° 29, 1993, pp 31.
23. AOLBIN GUADALUPE, Augusto J., *“La Responsabilidad Extracontractual”*, Primera Edición, Editorial Inkari, Lima- Perú, 1985, 326 pp.

24. ARBUÉS SALAZAR, Juan José, *“El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: El pool español de riesgos medioambientales”*, Editorial Dykinson, S.L., 1ra edición: Noviembre, Madrid-España, 1998, 53 pp.
25. ARENAS CABELLO, José, *“Análisis Retrospectivo seis Años Después del Vertido Minero de Aznalcollar. ¿Un Accidente Superado? En Responsabilidad Medio Ambiental: Aspectos Civiles y Riesgos Laborales”*, Salinas Molina F., Editorial Consejo General del Poder Judicial, España, 2005, pp 35 a 52
26. ASUA GONZALES, Clara I., *“La Responsabilidad en Manual de Derecho Civil”*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Marcial Pons, Madrid, 2000, 470 pp.
27. BARRAGÁN ROMERO, Gil, *“Elementos del daño moral”*, Editorial EDINO, segunda edición, Guayaquil-Ecuador, 1995, 200 pp.
28. BARRACHINA JUAN, Eduardo, *“La Responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho de Medio Ambiente”*, Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, N°12, junio-1991, Madrid-España, pp 21.
29. BARRANTES, Roxana, *“Cuentas Nacionales, Medio Ambiente, Recursos Naturales”*, Revista el Debate Agrario, Análisis y Alternativa, N°33, Lima-Perú, pp 64.
30. BELLOTTI, Mirtha; BENITEZ, Oscar; DRNAS, Zlata y otros, DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora); *“El Principio de Precaución Ambiental La Práctica Argentina”*, Editorial “Lerner Editora”, Córdoba, 408 pp.
31. BESALÚ PARKINSON, Aurora; *“El Daño socialmente tolerable y el medio Ambiente”*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (Ed. La Ley), Buenos Aires; año 1999, pp. 65.
32. BLANCO Alberto, QUINTERO, Uribe, *“La Reparación del daño ambiental en Venezuela”*, En, *“Responsabilidad por daños el Medio Ambiente”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
33. BLEUTER, Martín, *“Un medio ambiente en desequilibrio provoca enfermedades”*, Revista Gerencia, VOII 12, N° 196, Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas, agosto-1992, Lima-Perú, 42 pp.
34. BORRÁS PENTINAT, Susana, *“Los Regímenes Internacionales de Protección del Medio Ambiente”*, Edit. Tirant lo Blanch, Primera Edición, Valencia-España, 2011, 204 pp.

35. BORRAS PENTINAT, Susana, “*La aplicación del derecho internacional del medio ambiente*”, En; “*Derecho Internacional del Medio Ambiente - Una Visión desde Iberoamérica*”, Editado por Francesco Sindico, Rosa Fernández Egea, y Susana Borrás Pentinat, Editorial Cameron May, 2011, South África, pp.75-82.
36. BORDA, Guillermo A., “*Manual de Obligaciones*”, Edit. Perrot, 2da Edic., Buenos Aires, 1963, 389 pp.
37. BRAVO ALARCON, Fernando, “*Los Tópicos Ambientales en las decisiones políticas*”, Revista Coyuntura, Año 1, N° 1, Editorial CIPESA Y PUCP, pp. 22.
38. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Derecho Ambiental. Fundamentos y Normativa*”, Edit. Abeledo-Perrot, Primera Edición, Argentina, 1995, 313 pp.
39. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio y Otros, “*Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*”, Tomo I, Thompson, Civitas Ediciones, S.L., 2003, Madrid. España, 567 pp.
40. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio y Otros, “*Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez – Picazo*”, Tomo II, Thompson, Civitas, 2003, Madrid - España, 2545 pp.
41. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, “*Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos*”, Editorial Tecnos, S.A., 1991, Madrid, 57 pp.
42. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, “*La reparación de los daños al medio ambiente*”, Editorial Aranzadi, S.A., 1996, Navarra, 331 pp.
43. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente*”, en ‘Anuario de Derecho Civil’, Edit, Solana e Hijos, A.G.S.A., Tomo SLIX, Fascículo I, enero-marzo.
44. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, “*Responsabilidad Civil por Daños a Personas o Cosas a Consecuencia de la Alteración del Medio Ambiente y su Aseguramiento*”, Asociación Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros Aida, Madrid, 151 pp.
45. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*La responsabilidad por Daños Ambientales según la Jurisprudencia Civil en Estudios de Derecho Civil,*” en “*Homenaje al profesor Dr. José Luis La Cruz Bermejo*”, José Luis La Cruz Bermejo, Edit. J.M. Bosch, España, 1992, 191 -218.
46. CABEZAS ARES, Alfredo y FERNANDEZ CUESTA, Carmen, “*Evaluación del Riesgo Medioambiental*”, Revista Interdisciplinaria de GESTION AMBIENTAL, Año 5, N° 55, Julio 2003, pp 11.

47. CAILLAUX ZAZZALI, Jorge, “*Sobre el Código del Medio Ambiente*”, Ius Et Veritas, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año I, N° 2, pp 12.
48. CAMINO C., Alejandro, “*Financiando la Gestión Ambiental*”, Revista Calidad y Excelencia, Centro de Desarrollo de la Sociedad Nacional de Industria, Año 4, N°6, Edición Internacional, Lima-Perú, 36 pp.
49. CAMPINS ERITIJA, Mar, “*Gestión de los Residuos Peligrosos en la Comunidad Europea*”, Edit, José María Bosh Editor, Primera Edición, Barcelona-España, 1994, 299 pp.
50. CAPURROS, Luis y VERGARA R., Richard, “*Presente y Futuro del Medio Humano*”, Editorial Continental S.A., México, 1975, pp 313.
51. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*Guía de Derecho Ambiental*”, Jurista Editores, Lima-Perú, 2009, 1031 pp.
52. CARMONA LARA, María del Carmen, “*Notas Para El Análisis De La Responsabilidad Ambiental y El Principio de “Quien contamina paga”, a la luz del derecho mexicano*”, En: “*La Responsabilidad Jurídica en el Derecho Ambiental*”, “Instituto de Investigaciones Jurídicas de Petróleos mexicanos, México, 277 pp.
53. CARO CORIA, Dino Carlos, “*Presupuestos para la Definición de la Estabilidad del Ecosistema como bien Jurídico – penal en Derecho y Ambiente nuevas Aproximaciones y Estimativas*”, 1º Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2001, pp. 155-157.
54. CARRUITERO LECCA, Francisco, (compilador) “*Derecho del Medio Ambiente*”, Edit. Librería Studio Distribuidora, Primera Edición, Lima-Perú, 2006, 464 pp.
55. CASSAGNE, Juan Carlos, “*El daño ambiental colectivo*”, En Revista “*Ius et Veritas*”, Año XV, N°30, Edición de aniversario, Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, 318 pp.
56. CASTAÑAGA RUIZ, Carmen, En: “*Defensa Ambiental*”, Conferencia en el Día del Medio Ambiente”, Editado por RAMOS ARNAO, José, Lima, 1994.
57. CASTIBLANCO ROZO, Carmenza., “*Control Fiscal Ambiental*”, En: “*Alcances y Limitaciones de la Valoración Económica de los Bienes y Servicios Ambientales*”, Tomo I, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006, pp. 41.
58. CASTRILLÓN ARCINIEGAS, Alberto, “*Responsabilidad extracontractual del Estado*”, Edit. Imprenta Departamental, 1951, Bogotá-Colombia.

59. CATTANO, José Luis, "*Daño Ambiental en Reparación Ambiental*", Editorial Ciudad Argentina 2002, 114 pp.
60. CECCHI, Oscar, y otros, "*Calidad Total y Medio Ambiente, una cuestión sin Divorcio*", En Revista Gerencia, Vol. XXIV N°208, Editorial IPAE, Lima- Perú, 36 pp.
61. CELI ARÉVALO, Marco A., "*Derecho Ambiental. Hacia un desarrollo sostenible*", Edit. Industria Gráfica ABC, Primera Edición, Trujillo-Perú, 2007, 340 pp.
62. CIFUENTES LÓPEZ, Saúl y otros, "*Protección Jurídica al Ambiente. Tópicos del derecho comparado*", Editorial Porrúa S.A.; Primera edición, 2002. México, 247 pp.
63. CIFUENTES LÓPEZ, Saúl, "*Notas sobre el Concepto Jurídico de Ambiente en Protección Jurídica al Ambiente- Tópico de Derecho Comparado*", 1ª Ed., Editorial Porrúa, México, 2002.
64. COALICIÓN NACIONAL SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL y Otros, "*Situación del Acceso a la Información, a la participación social y a la justicia ambiental en el Perú*", Editorial SPDA, ASPEC, CPP Y CIGA, mayo, Lima- Perú, 2005, 143 pp.
65. COLINVAUX, Paul A, "*Introducción a la Ecología*", Edit. Limusa, Grupo Noriega, México, 1991, pp 663.
66. COMISIÓN DE DESARROLLO Y MEDIO AMBIENTE DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, "*Nuestra Propia Agenda*", Comisión De Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, 1990, 102 pp.
67. COMISIÓN DE SALUD Y MEDIO AMBIENTE DE LA OMS, "*Nuestro Planeta, Nuestra Salud*", Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud -Washington- D.C.20037, E.U.A, 1993, 302 pp.
68. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, "*Derecho de Daños*", 2ª Edición corregida, ampliada y puesta al día. Segunda edición: septiembre, 1999. Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 297 pp.
69. CONCYTEC, "*Código del Medio Ambiente y los Recursos naturales*", Edit. CONCYTEC, Primera Edición, Lima- Perú, 1992, p. 17-18.
70. CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, "*Responsabilidad Civil y Administrativa por el daño ambiental*", Revista, Sección Primera: Doctrina, Segovia- España, pp 3.
71. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "*Reparto Competencial en Materia de Medio Ambiente. Control Medio ambiental de la Administración Pública*", Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial", 388 pp.



72. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “*Responsabilidad Ambiental*”, Coordinador: AZÓN VILAS, Félix, Aspectos Civiles y Riesgos Laborales, - Centro de Documentación del Poder Judicial, Madrid, 2005,198 pp.
73. CONSEJO NACIONAL DEL AMBIENTE, “*Principios de Evaluación de Impacto Ambiental*”, Tercera Edición, 1999, Lima, 1999, 150 pp.
74. CUBEL SÁNCHEZ, Pablo, “*Comercio Internacional de Residuos Peligrosos. La Regulación Internacional de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos*”, Edit. Tirant lo Blanch, Primera Edición, Valencia-España, 2001, 191 pp.
75. CHAOS AMIL, M.L y NOGUERA MOURE, E., “*La Valoración Económica De Los Daños Causados Por Las Mareas Negras: En Concierto, En El Caso Del Prestige*”, En la *Responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*” GARCIA RUBIO, María Paz, ÁLVAREZ GONZALES, Santiago y Otros, pp. 113-116.
76. CHIRINOS ARRIETA, Carlos, “*Acciones Legales para la Defensa del Ambiente*”, En: “10 años del Código del Medio Ambiente”, Sociedad Peruana del Derecho Ambiental, Primera Edición, Lima – Perú, 2001, 144 pp.
77. CHIRINOS ARRIETA, Carlos, “*Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*”, Edit. Impactos Impresiones, Primera Edición, Lima-Perú, 2000, 155 pp.
78. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén II, “*Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*”. En “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires, 1984, pp 87.
79. DARÍO BERGEL, Salvador, “*Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente: La Perspectiva Latinoamericana*”, en Revista del Derecho Industrial, Año 24, mayo-agosto 1993, Ediciones Depalma, Talcahuano N° 494, Buenos Aires, 222 pp.
80. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “*La Responsabilidad Civil*”, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, 391 pp.
81. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Tercera edición, Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1993, 1091 pp.
82. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*”, Primera edición, Editorial Civitas, S.A.; Madrid-España, 1995, 325 pp.

83. DE ÁNGEL YAGUEZ; *“Reflexiones sobre la propuesta enmienda de la Comisión de Responsabilidad Civil”*; *“en 10 años en el C.C. Peruano”*; Lima – Perú; Edit. Universidad de Lima, 1995.
84. DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *“La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 433 pp.
85. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, M., *“Causalidad De Los Delitos Contra El Medio Ambiente”*, Tirant to Bland, Valencia, 1994, 191 pp.
86. DE LA CUBA RESTANI, Adolfo, *“Medio Ambiente y Salud Mental”*, Revista L” imaginaire, Revista de Cultura de la Alianza Francesa, Año 1, N° 3, octubre 1991, Lima-Perú, pp 33.
87. DE LA PUENTE, Brunke, *“Legislación Ambiental en la Minería Peruana”*, Edit. Instituto de Estudios Energético Minero, Primera Edición, Lima-Perú, 2005, 272 pp.
88. DE MIGUEL PERALES, Carlos, *“La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente”*, Editorial Civitas S.A., Madrid – España, 1993, 47 pp.
89. DE PARGA Y MASEDA, Patricia; *“Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”*, En Revista *“Política y Sociedad”*, Año 2003, Vol. 40, N°. 3, Departamento de Derecho Internacional Público y Privado Universidad Complutense de Madrid, 22 pp.
90. DE TRAZEGNIES, Fernando, *“La Responsabilidad Extracontractual”*, Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo I, Lima-Perú, 1995, 582 pp.
91. DE TRAZEGNIES, Fernando, *“La Responsabilidad Extracontractual”*, Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo II, Primera Edición, Lima-Perú, 2005, 659 pp.
92. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *“Teoría General de la Prueba Judicial”*. Víctor P. de Zavalía Editor, 5ª edición, Tomo I, 1981, Buenos Aires, pp. 180.
93. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *“Teoría general de la prueba judicial”*, Tomo I, THEMIS, Bogotá, 2006, pp. 598.
94. DÍAZ ALABART, Silvia y ASÚA GONZALES, Clara, *“Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la enseñanza”*; Editorial Monte Corvo, Madrid; S.A., 2000, 152 pp.
95. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Dolores y Otros, *“Derecho Civil Comunitario”*, Editorial Colex, Madrid, 2001, 470 pp.

96. DÍEZ – PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, en “La responsabilidad en el Derecho”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001.
97. DIEZ – PICAZO y GIMENEZ, Gema, “Responsabilidad Civil Ambiental en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa”, 1ra Edición, Edit. La Ley, España, 240 pp.
98. DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Derecho de Daños”, Primera edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid - España, 1999, 366 pp.
99. DÍEZ – PICAZO, Luis y Otro, “Instituciones de Derecho Civil”, Vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid-España, 1995, 859 pp.
100. DÍEZ – PICAZO, Luis y Otro, “Sistema de Derecho Civil”, 7ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Tomo II, Madrid-España, 1995.
101. DÍEZ – PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, 4ta edición, Editorial Civitas, Volumen primero, Madrid-España, 1997, 426 pp.
102. DEJEANT- PONS, Maguelonne, “Los Derechos del Hombre al medio ambiente en el ámbito internacional”, En: “Justicia Ambiental, Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente”, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá -Colombia, 2001.
103. DONAYRE PINEDO, Miguel, “Del Principio Informador del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales”, En Revista Derecho y Sociedad, Año 3, N°4, Consejo Editorial COLAPJE, LIMA-Perú.
104. DWORKIN, Ronald, “Es el derecho un sistema de Normas”; En “Filosofía del Derecho”, IJ-UNAM, México, 1977.
105. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Primera Edición, Edit. Rodhas, Lima-Perú, 2002.
106. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual”, segunda edición actualizada, Edit. Gaceta Jurídica S.A., Setiembre, Lima-Perú, 2003.
107. ESPINOZA, Juan, “Responsabilidad Civil- Nuevas Tendencias, unificación y reforma: veinte años después”, Edit. PALESTRA, Lima, 2005, 355 pp.
108. ESTEVE PARDO, José, “Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentarios Sistemáticos”, Primera Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2008, 121 pp.

109. ESTEVE PARDO, José, “Derecho del medio ambiente”, Edit, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2005, 293 pp.
110. EL COMERCIO, “Gobierno pide a la CIDH archivar medidas cautelares por la Oroya”, Entrevista- Economía, Lima, miércoles 24 de marzo del 2010, pág. B 5
111. FACH GOMEZ, Katia, “La Contaminación Transfronteriza en Derecho Internacional Privado”, Primera Edición, Editorial Bosch, S.A., 2002, Barcelona- España, 486 pp.
112. FERNÁNDEZ, Luis E., “Problemática de la contaminación con mercurio procedente de la minería ilegal”, ENTREVISTA, en diario “El Comercio”, 8 de setiembre del 2013-pág. A2.
113. FERNANDEZ BITTERLICH, “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, Primera Edición, Edit. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2001, 336 pp.
114. FERNÁNDEZ DE CASTRO DEL CASTILLO, Ximena María y Otro, “Responsabilidad civil extracontractual por el uso de vehículos automotores”, Edit, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, D.E, 1988, 287 pp.
115. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Apuntes sobre el daño a la persona”, en ‘Ius Et Veritas’, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII, N° 25.
116. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual”, en ‘Themis’, Revista de derecho, N° 38, segunda época, Lima-Perú, 1998.
117. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral”, en ‘Foro Jurídico’, Revista de derecho, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1, N° 2, 15 pp.
118. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Precisiones preliminares sobre el daño a la persona”, en ‘Themis, Revista de derecho, N° 34, segunda época, 1996, 182 pp.
119. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas, en Código Civil”, Vol. IV, Comisión encargada del estudio y la Revisión del Código Civil. Compilado por Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985.
120. FERNANDO G. Enrique, “La Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú”, Edit. Sociedad de Derecho Ambiental, Lima, agosto 2000.
121. FONSECA TAPIA, César A, “Manual de Derecho Ambiental”, Edit. RODHAS, Lima, 2011, 769 pp.

122. FONSECA TAPIA, Cesar A., “Manual de Derecho Ambiental”, Primera Edición, Editorial Adrus, Lima, 2010, 793 pp.
123. FOSTER, Phillips W., “Introducción a la Ciencia Ambiental”, “El Ateneo” Pedro García S.A., Librería, Editorial e inmobiliaria, Impreso en Argentina, Argentina, 1975, 187 pp.
124. FOY VALENCIA, Pierre (coordinador), “Gestión Ambiental y Empresa”, 1ra Edición, Edit. RODHAS, Lima-Perú, 2012, 671 pp.
125. FOY VALENCIA, Pierre, “Derecho Ambiental. Nuevas Aproximaciones y Estimativas”, Edit. La Pontificia Universidad Católica del Perú”, Primera Edición, Lima-Perú, 2001, 531 pp.
126. FOY VALENCIA; Pierre, “Derecho del Medio Ambiente- Selección de textos”, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, Lima-Perú, 642 pp.
127. FOY VALENCIA, Pierre, “Derecho Internacional Ambiental”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Instituto de estudios Ambientales, Fondo Editorial, Lima, 2003, 1219 pp.
128. FOY VALENCIA, Pierre. “Derecho y Ambiente”, Vol. II, 1era. Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima - Perú, 2011.
129. FOY VALENCIA, Pierre, Editor, “Derecho y Ambiente”, “Nuevas aproximaciones y estimativas”, T.II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2001, 537 pp.
130. FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza, “Derecho Ambiental”, Primera Edición, Edit. Universidad San Martín de Porres Fondo Editorial, Lima-Perú, 2011, 99 pp.
131. FUNDACION KOMRAD ADENAUERA, y Otros, “Ambiente y Recursos Naturales”, Edit. FKA/PA/CALEIDOS, Perú, 1996, 186 pp.
132. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, “Situación Actual en América Latina”, Edit. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG A.C., CIEDLA, Argentina, 511 pp.
133. FUNDACIÓN NATURA Y CEPAES, “*Mujer Medio Ambiente en América Latina y el Caribe*”, Edit. Fundación Natura Y CEPAES, Quito, 1991, 179 pp.
134. GALERA RODRIGO, Susana, “La Responsabilidad de las Administraciones Públicas en la Prevención de Daños Ambientales”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 64 pp.
135. GARCIA BLÁZQUEZ, Manuel, “Manual Práctico de Responsabilidad y defensa de la profesión médica”; Edit. Comares, Granada-España; 1997.

136. GARCÍA GIL, Francisco Javier, “El Daño Extracontractual y su Reparación. Tratamiento Jurisprudencial”, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2000, 90 pp.
137. GARCIA RUBIO, María Paz y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La Responsabilidad por los Daños Causados por el Hundimiento del Prestige”, Edit. Iustel, Primera Edición, Madrid-España, 2007, 496 pp.
138. GARCÍA URETA, Agustín, “Derecho Europeo de la Biodiversidad”, 1ra Edición, Edit. IUSTEL, Madrid, 2010, 751 pp.
139. GARMENDIA SALVADOR, Alonso y Otros, “Evaluación de impacto ambiental”, Edit. Pearson Educación, S.A., Madrid-España, 2005, 397 pp.
140. GHERSI, Carlos A., “Teoría General de la Reparación de Daños”, Editorial Astera, Ciudad de Buenos Aires, 1997, 109 pp.
141. GHERSI, Carlos Alberto y Otro, “Daños al ecosistema y al medio ambiente. Cuantificación económica del daño eco ambiental”, Editorial Astrea, Buenos Aires- Argentina, 2004, 269 pp.
142. GHERSI, Carlos Alberto, “Cuantificación económica del daño. Valor de la vida humana”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL., 2ª Edición ampliada, 1999, Buenos Aires-Argentina, 175 pp.
143. GHERSI, Carlos; A. SIGLITA, Gabriel, PARELLADA, Carlos, “*Responsabilidad Civil*”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992, 221 pp.
144. GLENDER, Alberto y Otro, “La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente e Investigación”, 1era edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, Secretaria de Relaciones Exteriores, México, 1994, 422 pp.
145. GOMÁ SALCEDO, José Enrique, “Instituciones de Derecho Civil Común y Foral”, 1era edición: junio, Tomo II, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005, 942 pp.
146. GÓMEZ OREA, Domingo, “Evaluación del impacto ambiental. Un instrumento preventivo para la gestión ambiental”, Editorial Agrícola Española, S.A., Ediciones Mundi-Prensa, Madrid-España, 1999, 701 pp.
147. GOMEZ-ROBLEDO, Alonso; “Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos”, En “Estudios de Derecho Internacional Público, N° 09”, Coordinadora FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, Editorial “Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Autónoma de México”, Segunda Edición, México D.F, 2014, 252 pp.

148. GÓMEZ, Fernando, “La Responsabilidad por daño ecológico: ventajas, costes y alternativas”, Edit. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid-España, 1996, 79 pp.
149. GOMIS CATALÁ, Lucía, “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra - España, 1998, 331 pp.
150. GONZALES BARRON, Gunther; “*Curso de Derechos Reales*”, Jurista Editores, Perú – 2003, 415 pp.
151. GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, “La Responsabilidad por el daño ambiental en México. El paradigma de la reparación”, 1era edición, octubre del año 2002, México, 2002, 331 pp.
152. GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique, “Derecho Ambiental Colombiano”, Primera Edición, Edit. Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Bogotá-Colombia, 2006, 447 pp.
153. GONZÁLEZ VILLA, Julio Enrique, “Derecho Ambiental Colombiano”, Edit. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición-Tomo II, Bogotá-Colombia, 2006.
154. GONZALES POVEDA, P, “Navegación Aérea y Energía Nuclear”, “Tratado de Responsabilidad Civil”, SIERRA GIL de la CUESTA, Ignacio (Coordinador), Tomo II, Segunda Edición, Edit. BOSH, Barcelona, 2008, 819 pp.
155. GOZAINI, Oswaldo A., “Responsabilidad Ambiental”, Editorial de Belgrano, Fundación Editorial de Belgrano, Argentina, 1999, 211 pp.
156. GUERRERO ZAPLANA, José, “La Responsabilidad Medioambiental en España”, Edit. La Ley, Madrid-España, 2010, 464 pp.
157. GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo, “La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo”. En: Anuario de Derecho Internacional, Volumen XVI, Universidad de Navarra, Navarra, 1998 pp.
158. HART; “El derecho como unión de reglas primarias y secundarias”; En: “El Concepto del Derecho”, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
159. HEBRERO ÁLVAREZ, José Ignacio, “El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente”, Editorial Dykinson. S.L., Madrid, 2002, 289 pp.
160. HENAO, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Universidad Externado de Colombia- Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Primera Edición, 2000 – reimpresso 2005, Bogotá Colombia, 2005.

161. HEREDIA BORJA, “*Valoración de Daños Ambientales*”, En “*Instrumentos Judiciales de Fomento para la Protección del Medioambiente*”, Editorial Consejo General del Poder Judicial Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, 349 pp.
162. HERRERA ATENCIA, Rubén, “Barreras Legales y Jurisprudenciales en el Acceso a la Justicia Ambiental en los Ámbitos Constitucional, Civil y Penal”, Editorial Jurista E.I.R.L, Lima – Perú, 2011, 379 pp.
163. HIGA César, FIESTAS Jerico, VIGO Diana, MACHUCA Ricardo, y MELGAR Eduardo. “*Análisis de la carga de la prueba en la Fiscalización Ambiental*”. Este artículo se basa en una ponencia presentada en la 21° Conferencia anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE), realizado en la Universidad del Pacífico, Revista de Derecho Administrativo- PUCP. Lima, Perú, 2017, 364 pp.
164. HINTEREGGER, Monika, “*Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*”, Edited by Cambridge University Press, New York, 2008.
165. INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, “*Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*”, Edit. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá-Colombia, 2005, 417 pp.
166. INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIAL CRISTIANO, “*La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo*”. Una visión Jurídico político de tres décadas en la historia del Derecho Internacional Ambiental, Edit. TESC, Lima –Perú, 2004, 176 pp.
167. IZQUIERDO TOLSADA, Marino, “*Sistema de Responsabilidad Contractual y Extracontractual*”, Edit. DYKINSON, 2001, Madrid, 543 pp.
168. JAIME CARDENAS, Jorge, (director), “*Cuidar el Medio Ambiente, cuestión de vida o muerte*”, Revista Pedagógica, Año 6, Oct- nov. 95 Lima-Perú, 57 pp.
169. JEAN-MAURICE Arbour Sophie Lavallee, « *Droit International de L’environnement* », Editions Yvon Blais, Une Société Thomson-Bruylant, Québec Canada, 2006.
170. JIMENEZ HERREO, Luis M, “*Medio Ambiente y Desarrollo Alternativo*”, Editorial Iepala, Madrid, 1989, 363 pp.
171. JORDANO FRAGA, Jesús, “*La Responsabilidad Civil por daños al Medio Ambiente en Derecho Público*”, Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo, N°106, junio, 2000, España, 87 pp.



172. JORDANO FRAGA, Jesús y otros; “Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento español”, Edit. Aranzadi, Navarra-España, 2005.
173. JORDANO FRAGA, Jesús, “La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente”, En: Revista de Derecho Urbanístico, Año XXIV, N°116, enero, febrero, Edit. Montecorvo, Madrid-España, 144 pp.
174. JUNCEDA, Javier, “Derecho Ambiental en el Amazonas, Un reto para Sudamérica”, Primera Edición, Edit. Congreso del Perú, Lima-Perú, 2010, 97 pp.
175. JUSTE RUIZ, José, “El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, En Revista “Agenda Internacional”, Año XI, N°22, 2005, 209 pp.
176. JUSTE RUIZ, José, “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Mc Gran-Hill, Madrid, 1999, 87 pp.
177. KRAMER, Ludwing, “Compendio de Jurisprudencia de Derecho Comunitario de Medio Ambiente”, Primera Edición, Edit. Centro de Publicaciones Secretaria General Técnica Ministerio de Medio Ambiente, España, 2007, 60 pp.
178. LA CRUZ BERDEJO, José Luis, “Elementos del Derecho Civil”. Derecho de obligaciones, 2da Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
179. LEAN, GEOFFREY, “El planeta Tierra en peligro...Cuestiones del milenio”, en ‘Signo Educativo’, Revista del Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú, año 10, N° 97, enero 2001, 31 pp.
180. LEFT, Enrique, “Medio Ambiente y Desarrollo en México”, En: “Situación Actual en América Latina”, Edit. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG A.C., CIEDLA, Argentina, pp 440.
181. Ley general del ambiente del Ambiente del 2006, “Ley General del Ambiente”. 1 era Edición, Edición Oficial, Lima, 2006, pp. 140.
182. LEÓN, Leysser L., “*Responsabilidad Civil- Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*”, Editorial Normas Legales S.A.C, Trujillo, 2004, 617 pp.
183. LÓPEZ, Hernán; CATTÄNEO, José, y Otros, “Reparación Ambiental”, Edit. Ciudad Argentina, Primera Edición, Buenos Aires - Argentina, 2002.
184. LOPEZ JACOISTE, José Javier, “Las Filosofías de la Responsabilidad Civil”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Anuales, Número 32, Madrid - España, 2002, 185 pp.

185. LOPERENA, Rosa, "El Derecho al Medio Ambiente Adecuado", Madrid - España, 1996, 118 pp.
186. bitar, Juan Ricardo, "Teoría del Derecho Ambiental", Primera Edición, Edit. Porrúa, México, 2008, 189 pp.
187. LORENTE AZNAR, Cesar J., Empresa, Derecho y Medio Ambiente, "La Responsabilidad Legal Empresarial por Daños al Medio Ambiente", Normativa Básica Ambiental, Editor José María Bosch S.A., Barcelona, 1996, 18 pp.
188. LORENZETTI, Juan Ricardo Luis, "*Teoría del Derecho Ambiental*", 1ra Edición, Edit. Porrúa, México, 2008, pp. 121.
189. LOZANO CUTANZA, Blanca, "Comentarios a la Ley Responsabilidad Medio Ambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre", Primera Edición, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona-España, 2008, 469 pp.
190. LUDEVID ANGLADA, Manuel, "Un Vivir Distinto: Como el medio ambiente cambiará nuestra vida", 1ª Edición, Madrid-España, 2003, 253 pp.
191. LUDEVID ANGLADA, Manuel, "El Cambio Global en el Medio Ambiente", Edit. Aldaomega-Marcombo, Barcelona-España, 1997, 331 pp.
192. LUQUIN BERGARRECHE, Raquel, "Mecanismos Jurídicos Civil de Tutela Ambiental", Primera Edición, Edit. Thomson Aranzadi, España, 2005, 179 pp.
193. MADELENGOITA, Laura, "Medio Ambiente, Desarrollo y Paz", 1ª Edición, Edit. Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, Lima-Perú, 1991, 250 pp.
194. MAGDALENA, Pablo, "Las transformaciones del Derecho a la luz", En Revista del Derecho Industrial, Año 14, mayo-agosto 1992, Ediciones Depalma, Talcahuano N° 494, Buenos Aires, pp 535.
195. MANZANARES CAMPOS, Mercedes, "La cuantificación del Monto Indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual", 1ra Edit., Edit. Grigley, Lima - Perú, 2008, 365 pp.
196. MANTILLA, Samuel Alberto, "Contabilidad y Auditoría Ambiental", Segunda Edición, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2006, 284 pp.
197. MARTINES, Isabel, "El Acceso a la Justicia Ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990", Primera Edición, Edit. SEMARNAP PROFEPA, México, 2000, 101 pp.

198. MARTÍN MATEO, Ramón; “*Tratado de Derecho Ambiental*”; Vol. I, Ed. Trivium; Madrid, 1991, pp. 175.
199. MARTÍNEZ – CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “Homenaje a Don Antonio Hernández Gil”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, 2283 pp.
200. MARTÍNEZ – CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, “*El Medio Ambiente y el Derecho Civil*” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez – Picazo*”, Thompson – Civitas, Madrid, 2003, 2516 pp.
201. MARTHAUS GARRO, César A, “*Seguros y Reaseguros*”, Editorial San Marcos, Primera Edición 2007, Lima-Perú, pp. 276.
202. MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto, “Tutela Procesal del Medio Ambiente”, En Revista *Reforma Judicial Mexicana*, Edit. Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, enero-junio 2004, 241 pp.
203. MAZEAUD, Henri y león, y TUNC, André, “*Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*”, 6ª Edit. Nontcheestien, París, 1965, N° 421.
204. MESINAS MONTERO, Federico, “*Leasing Vehicular y Responsabilidad por Daños a Terceros*”. En: Revista “*Cuadernos Jurisprudenciales – La Responsabilidad Civil Extracontractual*”, Año 2, N° 13, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 20.
205. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Nora., “*La Responsabilidad Civil en la era Tecnológica*”, Editorial Abeledo-Perrot S.A.E., Buenos Aires- Argentina, 1989, 271 pp.
206. MINISTERIO DE SALUD e INAPAMAS, “*Responsabilidad Extracontractual por Daño Ambiental y otras Consideraciones*”, Edit. Inapamas, Lima-Perú, 1988, 73 pp.
207. MOLINA DEL POZO, Carlos FCO., “*Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*”, Editorial, Centro de Estudios Europeos, España, 1994, 217 pp.
208. MORENO TRUJILLO, Eulalia, “*La Protección Jurídico - Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su deterioro*”, Edit. José María Bosch Editor, S.A., Barcelona - España, 1991, 331 pp.
209. MOSSET DE ESPANES, Luis y Otros, “*Responsabilidad por daños*”, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Editorial Abeledo-Perrot-Buenos Aires, 1997, pp. 106-107.
210. MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, y Otros, “*Daño Ambiental*”, Edit. Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo II, Buenos Aires, 1999, 353 pp.

211. MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, y Otros, “Daño Ambiental”, Edit. Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo I, Buenos Aires, 227 pp.
212. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad Civil”, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1992, 570 pp.
213. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, Edit. Buenos Aires, Argentina-1982, 326 pp.
214. MOVIMIENTO ECOLOGISTA VERDE PERU, “Defensa Ambiental- Conferencia en el Día del Medio Ambiente”, Editado por RAMOS ARNAO, José, Lima, 1994, 156 pp.
215. NOVAK TALAVERA, Fabián y CORROCHANO MOYANO, Luis García, “Derecho Internacional Público”, Tomo II Sujetos de Derecho Internacional, Fondo Editorial ECB Editores SAC, reimpresión por Thomson Reuters, Perú, segunda edición, 2016, 530 pp.
216. O’CALLAGHAN, Xavier, “Compendio de Derecho Civil”, Volumen 2, Cuarta edición, corregida y puesta al día, Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., 2005, Madrid.
217. ODUM, Howard T, “La Potencia de los Sistemas Ecológicos”, Primera Edición, Editorial Blume, Barcelona-España, 1980, 393 pp.
218. ORDOQUI, Gustavo y Otro, “Derecho Extracontractual. Compendio de Responsabilidad Extracontractual”, Edit. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Volumen II, Montevideo, 1974, 268 pp.
219. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo; “*Pautas y Criterios para la evaluación judicial del daño a la persona*”; en 10 años del Código Civil Peruano; Edit. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Volumen II, Montevideo, 411 pp.
220. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “La Salud y el Ambiente en el Desarrollo Sostenible”, Edit. Organización Mundial de la Salud, Publicación Científica N°572, Washington D.C-EUA, 2000, 283 pp.
221. ORTIZ-ARCE DE LA PUENTE, Antonio, “La Responsabilidad Civil referida al medio ambiente en el Marco de la Comunidad Europea”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, Curso 1996-1997, Madrid-España, 223 pp.
222. P. GUIMARAES, Roberto, “América Latina y los Desafíos de la Crisis Ambiental en medio Ambiente Desarrollo y Paz”, Iª Edición, Centro Regional de las Naciones Unidas. Para la Paz, el Desarme y Desarrollo en América Latina y el Caribe, Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza, Fundación Friedrich Nauman, 1991, pp 25-27.

223. PALAO MORENO, Guillermo, “La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente (Aspectos Internacionales)”, Universidad de Valencia, Edit. Tirant to Blanch, Valencia – España, 1998, 159 pp.
224. PARELLADA, Carlos Alberto, “Los Principios de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental en Argentina” en “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, universidad Externado de Colombia, Instituto de estudios del Ministerio Público, 2000, Colombia, 268 pp.
225. PARRA HERNÁNDEZ, Gabina, RODAS MONSALVE, Julio César, “Introducción al régimen de responsabilidad por el manejo y disposición final de residuos en Colombia”, En: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estudios del Ministerio Público, Primera Edición, 2000 – Reingreso 2005, Bogotá – Colombia, 302 pp.
226. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Código de Medio Ambiente”, Novena Edición, Editorial Aranzadi, SA, España, 2011, 1618 pp.
227. PASTORINO, Leonardo Fabio, “El daño al ambiente”, Edit, Lexis Nexis Argentina S.A., 1ª edición, Buenos Aires-Argentina, 2005, 391 pp.
228. PENA LÓPEZ, José María, “Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual”, Editorial Cálamo, Producciones Editoriales, España, 335 pp.
229. PEÑA LOPEZ, Fernando; “*Comentarios al Código Civil*”, Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Tirant lo Blanch, VALENCIA- 2013, 13040 pp.
230. PEIRANO FACIO, Jorge, “Responsabilidad extracontractual”, 3º Edición, Temis, Bogotá, 1981, pp 386-387.
231. PÉREZ MORENO, Alfonso. “*La Ordenación Jurídica de la Calidad de Vida*”, Edit. Secretaria General de Medio Ambiente; Medio Ambiente, Ingeniería y Empleo; Madrid; 1999; pp. 58.
232. PEZZANO, Luciano; “Responsabilidad Internacional Ambiental por Conflicto Armado”. Este artículo obtuvo el “Primer Premio” en el Concurso de Monografías 2015, realizado por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y las Filiales Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y el Instituto Argentino Chileno de Cultura, Córdoba, Argentina, pp. 28
233. PFTZENMAIER, Wolfgang, “Ecología y Vida”, Revista de la Confederación Interamericana de Educación Católica-CEIC, Educación Hoy, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001, 107 pp.

234. PIERRE GEORGE, “El Medio Ambiente”, Primera Edición en Lengua Castellana, Edit. Oikos-Tau, Barcelona-España, 1972, 123 pp.
235. PIGRAU SOLÉ, Antoni, “Nuevas Perspectivas de la Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Edit. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica –Ministerio del Ambiente, España, 2006, 237 pp.
236. PIGRAU SOLE, Antoni, “*La Responsabilidad Internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente*”, en Francesco Sindico, Rosa María Fernández Egea, Susana Borrás Pentinat, (Eds.), Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica, Editorial Cameron May, Londres, pp. 106.
237. PIZARRO RAMÓN, Daniel, “La Responsabilidad Civil por el Riesgo o vicio de las cosas”, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires- Argentina, 1983, 589 pp.
238. POSADA L, Luis G. y MONTOYA C, Carlos A, “Conservación y Desarrollo Sostenible”, En Revista Gerencia, Volumen XXII, N°221, Editada por IPAE, enero-febrero, 1996, pp 40.
239. PUIG BRUTAU, José, “Compendio de Derecho Civil”, Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A., Volumen II, Tercera edición: junio, Barcelona, 1997, 679 pp.
240. PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos de Derecho Civil”, Edit. BOSCH, tercera edición febrero 1993, Casa Editorial S.A., Tomo II, Volumen I, Madrid-España, 1993, 303 pp.
241. PUIG I. FERRIOL, Lluís y Otros, “Manual de Derecho Civil”, Tercera edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 2000, 523 pp.
242. PULGAR VIDAL, Manuel, en: “Ley General de Ambiente”, Edit. CONAM Sociedad de Derecho Ambiental, Lima, 2006.
243. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS, “Los Trabajadores y el Medio Ambiente”, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1979, 147 pp.
244. PRIETO SANCHIS, Luis, “Observaciones sobre las Antinomias y Criterio de Ponderación, Universidad Castilla de la Mancha”, págs.10-30. Recuperado desde <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/586/641>
245. QUIROZ PERALTA, Cesar, A, “Ambiente y Recursos Naturales”, Edit. FKA/PA/CALEIDOS, Perú, 1996.
246. RAMIREZ, Félix- LUJAN, José – DEZA, Mario, “La reparación del daño extracontractual”, en ‘Derecho y Sociedad’, N° 12, año VIII, Segunda Etapa, pp 225.

247. RAMIRO AVILES, Miguel Ángel, “La Cuestión del Medio Ambiente en el Pensamiento Utópico”, Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental, Año, 3 N° 29, mayo 2001, pp 37.
248. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; Andía Chávez, Juan, “Manual de Derecho Ambiental”, s/p.
249. REDCLIFT, Michael, “Los Conflictos del Desarrollo y las Crisis Ambiental”, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1ra Edición en español, México, 1989, 254 pp.
250. REDD, David, “Ajuste Estructural, Ambiente y Desarrollo Sostenible”, Fondo Mundial para la Naturaleza, WWF, CENDES Y Nueva Sociedad, Venezuela, 1996, 380 pp.
251. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y Otros, “Código de Responsabilidad Civil”, Editorial THOMSON -Aranzadi, S.A., 2003, Navarra, 1405 pp.
252. REGLERO CAMPOS, L., Fernando, “El Nexo Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Ocurrencia de Culpas, en Tratado de Responsabilidad Civil”, En: Tratado de Responsabilidad Civil”, 2da Edición, Edit. Aranzadi, S.A., Navarra, 2013.
253. REMIRO, Antonio; RIQUELME, Rosa; ORIHUELA, Esperanza; DIEZ-HACHLEITNER, Javier; PÉREZ-PRAT, Luis; “Derecho Internacional Curso General”; Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 877 pp.
254. “REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI”, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra-España, 1996, 5101 pp.
255. REVISTA, “Ecología y Turismo, Perú Exporta”, Edición Internacional, Revista, N° 221, Lima, enero 1995.
256. REY DE CASTRO, Alberto, “La Responsabilidad Civil Extracontractual en Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado”, Edit. Lima – Perú, 1972, 451 pp.
257. Ripert, Georges y Boulenger, Jean; «Tratado de Derecho Civil», T. V, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1965.
258. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, “La Responsabilidad Médico-Sanitaria y del Personal Sanitario al Servicio de la Administración”, Edit. Práctica de Derecho. S.L., Valencia, 1997, 179 pp.
259. RODRÍGUEZ DOCAMPO, José, “La Obligación de Indemnizar del Propietario del Buque-Tanque”, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, 161 pp.

260. RODRIGUEZ, John, “La responsabilidad internacional del estado: el caos de las plantas de celulosa y los bloqueos en el río Uruguay”, En Revista “International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional”, noviembre 2007, N° 10, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pág. 382
261. ROJAS QUIÑONES, Claudia María, “Evaluación de las Características, y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación en Colombia”, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2004, Colombia, 5587 pp.
262. ROJAS QUIÑÓNEZ, Claudia María, “Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación en Colombia”, Edit. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá-Colombia, 2004.
263. ROJAS QUIÑONES, Claudia, “La Reparación de los Daños al Medio Ambiente en el Comunidad Europea en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”, Universidad Externado de Colombia, Edit. Instituto de Estudios del Ministerio Público, agosto 2000, pp. 351 -352.
264. RODAS MONSALVE, Julio Cesar, “Responsabilidad Penal y Administrativa en Derecho Ambiental Colombiano”, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 2005, Lima – Perú, 225 pp.
265. RUDA GONZÁLEZ, Albert, “El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el Deterioro del Medio Ambiente, con especial-atención la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental”, Primera Edición, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona-España, 2008, 666 pp.
266. RUDA GONZALES, Albert, “El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente”. Tesis Doctoral, Facultad de Dret-Universidad de Girona, Girona- España, 2005, [www.cat/TDX-06301106-1141151](http://www.cat/TDX-06301106-1141151), 887 pp.
267. RUDA GONZALES, Albert, “Las Relaciones entre la Responsabilidad Ambiental conforme a la Directiva 2004/35/CE y la Responsabilidad Civil” En: “Nuevas perspectivas a la Responsabilidad al Medio Ambiente” PIGRAU SOLÉ (COORDINADOR), pág. 93, Edit. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid – España, 2006, pp 50.
268. RUIZ DE APODACA ESPINOZA, Ángel, y otros, “Estudios sobre la Directiva 2004-35-CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español”, Universidad De Alicante, Edit, Aranzadi, Navarra, 2005 pp.
269. SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, Madrid, Mayo/Setiembre, Nro. 65, 2004, pp 214.



270. SALAZAR LARRAIN, Arturo, “El Ser Humano no empobrece ni depreda ni contamina”, Revista de derecho IUS ET VERITAS, Año III, N°5, Editorial PUCP, Lima-Perú, 1992, pp 118.
271. SALMÓN Elizabeth, “Curso de Derecho Internacional Público”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Perú, 2014, 354 pp.
272. SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ, Del Carmen, “La Responsabilidad Civil del empresario por deterioro del medio ambiente”, Edit. José M<sup>a</sup> Bosch. Editor S.A., Barcelona,1994, 325 pp.
273. SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ, Del Carmen, “La Responsabilidad Civil del empresario por deterioro del medio ambiente”, 1994, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 325 pp.
274. SANCHEZ ANGEL, Ricardo, “El Desafío Ambiental”, Primera Edición, Cooperativa Editorial Magisterio, Bogotá, D.C., Colombia, 2004, 293 pp.
275. SANTOS BRIZ, Jaime, “La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal”, 4<sup>a</sup>. Edición, actualizada y revisada. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1986, 932 pp.
276. SCHMIDT, Guido, “El Análisis de WWF/ADENA sobre Aznalcollar: ¿Es un Accidente Superado? En Responsabilidad Medio Ambiental: Aspectos Civiles y Riesgos Laborales”, Centro de Documentación del Poder Judicial, Madrid, 2005, 61.
277. SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo, “Estudios de Responsabilidad Civil”, Edit. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá-Colombia, 2003, 288 pp.
278. SECRETARIA GENERAL DE MEDIO AMBIENTE, “Medio Ambiente, Ingeniería y Empleo”, Editorial Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, España, 1990, 572 pp.
279. SEOANEZ CALVO, Mariano, “Medio Ambiente y su Desarrollo: Manual de Gestión de los Recursos en función del Medio Ambiente”, En: “Manual para responsables, gestores y enseñantes soluciones a los problemas medioambientales”, Editorial Mundi-Prensa, España, 1998, 592 pp.
280. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, “Responsabilidad Civil Medioambiental”, Estudios de Derecho Judicial 80 – 2005, Consejo General del Poder Judicial, Imprime: LerKo Print. S.A., Madrid, 2006, 217 pp.
281. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Edit. Bosh, Segunda Edición-Tomo I, Barcelona-España, 2008, 157 pp.

282. SILVA SANTISTEBAN, Fernando, "TIPSHE", Revista "De la Facultad de Humanidades", Año III, N°2, mayo, 2002, Publicación de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima-Perú, 27 pp.
283. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y otros, "La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental", Instituto de Investigaciones Jurídicas y Petróleos México, Primera Edición, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México -Petróleo México, México, 1998.
284. SORIA, Carlos, "Lecciones de Política Ambiental en Ecuador y Perú en los 90s" (Petroteras, Áreas naturales protegidas y pueblos indígenas en la Amazonía), En Revista Taller de Derecho, Año 1, N°1, Ediciones Legales S.A.S., Lima, 2002, pp 60.
285. SUNKEL, Oswaldo, "La Dimensión Ambiental en los Estilos de Desarrollo de América Latina", E/CEAL/G.1143, Publicación de las Naciones Unidas, 1981, 136 pp.
286. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, "Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad civil Contractual y Extracontractual", Segunda Edición, Edit. Editora Jurídica Grijley, Lima-Perú, 2003, 139 pp.
287. TAPIA, Francisco y TOHARIA, Manuel, "Medio Ambiente: ¿Alerta Verde? (Gestión Ambiental contra Desarrollo Sostenible)", Editorial Acento, España, 1995, 301 pp.
288. TARUFFO, Michelle, "*La prueba, Artículos y Conferencias*", Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, Chile, pp. 103 -105.
289. TOCINO BISCAROLASAGA, Isabel, "La Responsabilidad Civil Ambiental en Homenaje a Don Antonio Hernández Gil", Editorial Centro de Estudios Ramón Cáceres, Madrid, 2001.
290. TORRES VELA, Manuel, "Responsabilidad Medio Ambiental en la Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en Responsabilidad Civil Medio Ambiental", Estudios de Derecho Judicial, N° 80, España, 2005.
291. TORRES UGENA, Nila, "Texto Normativos de Derecho Internacional Público", Décima Edición, Editorial Aranzadi, S.A., España, 2006, 700 pp.
292. TURK, Amos y Otros, "Ecología, Contaminación, Medio Ambiente", Primera Edición, Editorial Interamericana S.A. de C.V, México, 1973, 227 pp.
293. UNIVERSIDADES DE LA RED DE CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN URBANÍSTICA, "La Energía y el Territorio-Análisis y Evaluación de las Interrelaciones - Caso de la Comunidad de Madrid", Edit. CIUR, Madrid, 2004, 77 pp.

294. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, JUSTICIA AMBIENTAL, “Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente”, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá -Colombia, 2001, 540 pp.
295. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, “Control Fiscal Ambiental”, Tomo I, “Alcances y Limitaciones de la Valoración Económica de los Bienes y Servicios Ambientales”, Primera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006, 313 pp.
296. URÍA y MENÉNDEZ, “Jurisprudencia”, En Revista de Actualidad Jurídica, N°1, 2002, Edit. Uría Y Menéndez, Madrid-España, 155 pp.
297. VALLS, Mario, “Temas de Derecho Ambiental” En: “Responsabilidad Ambiental”, GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (compilador), Editor: Fundación Editorial Belgrano, Buenos Aires - Argentina, 1999, 211 pp.
298. VILLALTA NICUESA, Aura Esther, MÉNDEZ TOMAS, Rosa M., “*Acción de Responsabilidad extracontractual por Daños al Medio Ambiente*”, Edit, Bosh S.A., Barcelona, España, 2002, pp. 26.
299. VINAIXA MIQUEL, Mónica, “La Responsabilidad Civil Por Contaminación Transfronterizada Derivada De Residuos”, Edit. Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, 545 pp.
300. VELÁSQUEZ MORENO, Lucía, “Responsabilidad Civil por el Daño Medio Ambiental”, Coordinado por Carlos GHERSI, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
301. VENTINI, Juan Carlos, “*Responsabilidad por daños contractual y extracontractual*”, Editorial Juris, Argentina, 1990, pp. 14.
302. VERA ESQUIVEL, Germán, “La Protección del Medio Ambiente y los Derechos Humanos: Algunas Aproximaciones Comparativas”, En Agenda Internacional, Año I, N°1, Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, 1994, pp 145.
303. VERA ESQUIVEL, German, “Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Editorial Aras Editores, Primera edición, Perú, 2011, 277 pp.
304. VERA, Germán; “El Derecho Internacional del Medio Ambiente y sus Principios Rectores: El Caso del Principio Precautorio”, En Revista “THEMIS Revista de Derecho”, N° 29, Editorial Themis PUCP, Lima, 1994, 203 pp.
305. VERCHER NOGUERA, Antonio, “El Derecho Europeo Medioambiental. Estado Actual de la Transposición”, Editorial Thomson Aranzadi, Impreso Lerko Print, S.A, Consejo General del Poder Judicial, Navarra, 2005, 204 pp.

306. VIDART, Daniel, “Filosofía Ambiental- Epistemología, Praxiología Didáctica”, Edit. Nueva América, Bogotá, 1986, 543 pp.
307. VILALTA, A. Esther y Otro, “Acción de Responsabilidad Extracontractual por Daños al Medio Ambiente”, Editorial Bosch, S.A., 2002, Barcelona-España, 94 pp.
308. VINCES ARAOZ, Alejandro, “Contaminación Ambiental y Defensa Ecológica de Lima”, Edit. Editora Yuracmayo E.I.R.L., 1era edición: marzo 1993, Lima-Perú, 444 pp.
309. VIÑOLAS I MARLET, Joaquín, “Diseño Ecológico- Hacia un diseño y una Producción en Armonía con la Naturaleza”, Edit. Blume, Barcelona, 2005, 396 pp.
310. WOOLCOTT, OYAGUE, Olenka, “La Responsabilidad del Productor. Estudio comparativo del modelo de estadounidense y el Régimen de la Comunidad Europea”, Primera Edición, 2003, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima– Perú, 227 pp.
311. YANGUAS MONTERO, Guillermina, “El Daño No Patrimonial en el Medio Ambiente”, Edit. Thomson Aranzadi, Primera Edición, España, 2006, 141 pp.
312. YANGUAS MONTERO, Guillermina, “Luces y Sombras de la Directiva 2004/35/CE sobre Responsabilidad Ambiental”, en “El daño Ambiental No Patrimonial. Un análisis de su Tratamiento Jurisprudencial”, en ‘INCADE’, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. N° 67, enero-abril, 2006.
313. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Daños a las Personas. Integridad Sico-física”, 2ª edición, Editorial Hamurabi S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1990, 553 pp.
314. ZORROQUÍN, Federico “Las Empresas y su Aporte a la Defensa del Medio Ambiente”, en “Gerencia”, Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas – IPAE -, Editada por IPAE, volumen XXIV, N° 213, set.-oct.-nov. 1994, Lima, Perú, pp 21.
315. ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, “El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente”, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2005, 307 pp.
316. ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, “La Responsabilidad Civil del Transportista en el Contrato de Pasaje Marítimo”, Edit. José María Bosch Editor, S.A., Barcelona-España, 1995, 423 pp.

### **BIBLIOGRAFIA FRANCESA**

317. ARBOUR, Jean-Maurice, LAVALLÉE, Sophie, “Droit International de L’environnement”, Editions YVON BLAIS -BRUYLANT, Canadá, 2006, 759 pp.

318. BITAR, Fouad, “Les Mouvements Transfrontières de Déchets Dangereux Selon la Convention de Bale”, Editions A. Pedone, Pedone – Paris, 1997, 254 pp.
319. COMMISSION EUROPEENNE, “La Responsabilité Sociale des Entreprises – Une Contribution des Entreprises au Développement Durable”, Edit. Emploi y Affaires Sociales, Belgique, 2002, 30 pp.
320. COMMISSION EUROPEENNE, “Promouvoir un Cadre Européen pour la Responsabilité Sociale des Entreprises – Livre Vert”, Edit. Emploi y Affaires Sociales, Belgique, 2001, pp 17.
321. Jean-Louis, Bergel, «Sous La Responsabilité Civile En Droit Français Et La Mise En (Ouvre Du Droit De L'environnement, Sous La Direction De Sandrine Mal jean-Dubois, «L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Couvre Et Sanction Du Non-Respect», Editions La Documentation française, 2000 – Paris, p. 161-162.
322. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “L' Effectivé Du Droit Européen de L'environnement –Contrôle de La Mise en oeuvre et sanction du Non-Respect”, Editions Centre d'Études et Recherches Internationales et Communautaires-Université d'Aix-Marseille III, 2000, Paris.
323. PAOLI, Nino, “La Responsabilité Civile pour Le Dommage Environnemental En Italie “, Sous la direction de Sandrine Mal jean-Dubois, «L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Couvre Et Sanction Du Non-Respect» Editions La Documentation française, 2000 – Paris, pp 173-175.
324. PAOLI, Nino, “Sous la direction de Sandrine Maljean-Dubois, «L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-Respect». Editions La Documentation française, 2000 – Paris, page, 180-185.
325. PRIEUR, Michel, “Pour un droit commun de L'environnement”, Editions DALLOZ, 2007, Paris.
326. PRIEUR, Michel, “Sites Contaminés en droit compare de L'environnement”, Editions Ministère de L'environnement (DGAD) du CNRS et du Conseil Régional du Limousin du Département de la Haute-Vienne de la Ville de Limoges de la L'Université de Limoges de la Banque Tarneaud, PULIM, 1995, Limoges.
327. PRIEUR, Michel, “Droit de L'environnement”, Editions DALLOZ, 5e Edition, 2004, Paris, and Jean-Louis BERGEL, «Sous La Responsabilité Civile.En Droit Français Et La Mise» En (Euvre Du Droit De L'environnement, Sous la direction de Sandrine Maljean-Dubois, «L'effectivité Du Droit Européen De L'environnement Contrôle De La Mise En Oeuvre Et Sanction Du Non-Respect» Editions La Documentation française, 2000 – Paris.
328. SERSIC, Maja, “La Politique De l'environnement-De La Reglementation Aux Instruments Economiques. Environmental Policy from Regulation to Economic Instruments”, BOTHE,

MICHAEL, SAND, PETER, Editions Martinus Nijhoff Publishers, 2003, The Hague/ Boston/London, Pág. 584-588.

### **BIBLIOGRAFIA INGLESA**

329. AMIDOU GARANE En BOTHE, MICHAEL, SAND, PETER, Editions MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2003, The Hague, Boston, London, Pág. 583- 584.
330. BERGKAMP, Lucas, “Liability and Environnement”, Private and Public Law Aspects of civil Liability for environmental Harm en an International Context, Edit. KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2001, The Hague, London, New York.
331. BEYERLIN, Ulrich and MARAUHN, Thilo, “International Environnement Law”, Edit. HART PUBLISHING and VERLAG CH BECK, 2011, Oxford, USA.
332. BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan and REDGWELL, Catherine, “International Law and the environment”, Third Edition, Editions OXFORD University Press, 580 pp.
333. BOTHE, Michael, SAND, Peter, H, “La politique de J’ environment” De la Regle Mentation Aux Instruments Économiques. Environmental to Economics Instruments, Editions MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2003, THE HAGUE/ BOSTON/LONDON, Page. 601- 603.
334. BOYER, Marcel and PORRINI, Donatella. “The Choise of Instruments for Environmental Policy; Liability or Regulation”, In SWANSON, Tomothy, “An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design”. First Edition, Edit. Elsevier Science Ltda, Oxfor, 2002.
335. HARDING, Andrew, “Access to Environmental Justice”, A comparative Study, Editions MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Leiden, Boston, 2007, 322 pp.
336. KISS, Alexandre and SHELTON, Dinah, “Manual of European Environnement Law”, Second edition, Editions Cambridge University Press, New York-USA, 1997.
337. KISS, Alexandre and SHELTON, Dinah, “International Environmental Law”, Third Edition, Edit. Transnational Publishers, Inc. Ardsley, 2004, New York, 277 -297 pp.
338. KRÄMER LUDWIG, “E.C. Treaty and Environmental Law”, Third Edition, Editions SWEET &MAXWELL, 1998, London.
339. KUNDIS CRAIG, Robin, “Environmental Law in context”, “Cases and Materials”, Second Edition, Editions THOMSON-WEST, 2008, U.S, 123 pp.

340. LOUKA, Elli, "International Environmental Law", Fairness, Effectiveness, and World Order, Editions Cambridge University Press, New York, USA, 2006.
341. MACRORY, Richard, "Reflections on 30 years of EU Environmental Law", A High Level of Protection? Editions Europa Law Publishing, New York-USA, 2006.
342. SANDS, Philipe and GALIZZI, Paolo, "Documents in European Community Environment Law", Second edition, Editions Cambridge University Press, 2006, New York.
343. SANDS QC, Philippe, "Principles of International Environmental Law", Second Edition, Edit. CAMBRIDGE University Press, London, 939 pp.
344. STUART BELL LLB Hons, Barrister and Donald MACgillivray LLB Hons, MA; "Environnement Law, the law and Policy Relating to the Protection of the Environnement", Fifth Edition, BLAKSTONE PRESS LIMITED, London-England, 2000.
345. SWANSON, Timothy, "An Introduction to the Law and economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design", First Edition, Edited Richard O. Zerbe, Jr. Edited University College London, UK, JAI an Imprint of Elsevier Science-ELSEVIER SCIENCE LTDA, 2002, Amsterdam, Boston, London, New York, Oxford, Paris, San Diego, San Francisco, Singapore, Sydney, Tokyo.
346. VON BAR, Christian, "The Common European Law of Torts", The Core Areas of Tort Law its approximation in Europe and its Accommodation in the Legal System, Volume One, Edit. OXFORD University Press, New York, 1998.
347. VON BAR, Christian, "The Common European Law of Torts" Damage and Damager, Liability for and without Personal Misconduct Casualty, and Diferces, Volume Two, Edit. OXFORD University Press, New York, 2000, 410 pp.
348. WOOLLEY QC, David; PUGH-SMITH, Jhon; LANGHAM, Richard and UPTOM, William; "Environmental Law", Second Edition, Edit. OXFORD University Press, New York, 2009.
349. ZERBE, Richard O. Jr. "Benefit-Cost Analysis", University of Washington, USA, Volume I, Edit. The International Library of Critical Writings in Economics, London, 2008.

**INFORMES DE LOS RELADORES ESPECIALES DE LA CDI, SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR ACTOS ILÍCITOS**

350. Los seis informes del Relator Especial F. V. García Amador, se reproducen como sigue:

Primer informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1956, vol. II, pág. 171, documento A/CN.4/96;

Segundo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1957, vol. II, pág. 113, documento A/CN.4/106;

Tercer informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1958, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/111;

Cuarto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1959, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/119;

Quinto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1960, vol. II, pág. 40, documento A/CN.4/125;

Sexto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1961, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/134 y Add.1.

351. Los ocho informes del Relator Especial Roberto Ago, se reproducen como sigue:

Primer informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1969, vol. II, pág. 130, documento A/CN.4/217 y Add.1, y *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2;

Segundo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1970, vol. II, pág. 189, documento A/CN.4/233;

Tercer informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1971, vol. II (primera parte), pág. 212, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3;

Cuarto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1972, vol. II, pág. 75, documento A/CN.4/264 y Add.1;

Quinto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1976, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2;

Sexto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1977, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3;

Séptimo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1978, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2;

Octavo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1979, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, y *Anuario...* 1980, vol. II (primera parte), pág. 15, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7.

352. Los siete informes del Relator Especial Willem Riphagen, se reproducen como sigue:



Informe preliminar: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1980, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/330; Segundo informe: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1981, vol. II (primera parte), pág. 87, documento A/CN.4/344; Tercer informe: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1982, vol. II (primera parte), pág. 25, documento A/CN.4/354 y Add.1 y 2;

Cuarto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1983, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/366 y Add.1;

Quinto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1984, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/380;

Sexto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1985, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/389;

Séptimo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1986, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/397 y Add.1.

353. Los ocho informes del Relator Especial Gaetano Arangio Ruiz, se reproducen como sigue:

Informe preliminar: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1988, vol. II (primera parte), pág. 7, documento A/CN.4/416 y Add.1;

Segundo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1989, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/425 y Add.1;

Tercer informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1991, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1;

Cuarto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1992, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3;

Quinto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1993, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/453 y Add.1 a 3;

Sexto informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1994, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/461 y Add.1 a 3;

Séptimo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1995, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/469 y Add.1 y 2;

Octavo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1996, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/476 y Add.1.

354. Los tres informes del Relator Especial James Crawford, se reproducen como sigue:

*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1998, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7;

*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1999, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4;

*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 2000, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/507 y Add.1 a 4.

## **OTROS DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR LOS DAÑOS AMBIENTALES**

355. Anteproyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado por daños causados En su territorio a las personas o bienes de los extranjeros *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*:1958, Vol. I, p. 76 a 79;

Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*:1975, Vol. I, Párrafo 54, p. 64 a 65;

(Sexto Informe-Sr. Ago.- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*: 1977- Vol. II-Primera Parte;

Estado de Sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* o:1984, Vol. I-Segunda Parte, p. 103 a 65;

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, sobre la labor realizado en su 48 periodo de sesiones-Van todos los temas Responsabilidad del Estado, Proyecto y otros, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*: 1996, Vol. I, Segunda Parte;

Sesiones de Responsabilidad del estado, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*:1986, Vol. I, p. 271 a 275:

Estado Actual periodo secciones *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*:1991----Vol. I-Segunda Parte, p. 136 a 140;

Tercer Informe Sobre la Responsabilidad de los Estados, Sr. Gaitan

Séptimo Informe, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*:1995----Vol. I-Primera Parte, p. 7 a 33;

Octavo Informe, ---- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*:1996----Vol. I-Primera Parte) (La función de la culpa en general, p. 8 a 13;

Tercer Informe, James Crawford y ver cuadros ----“*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”:2000----Vol I-Primera Parte, p. 115 a 118;

## INFORMES DE LOS RELADORES ESPECIALES DE LA CDI RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

356. Los cinco informes del Relator Especial Robert Q. Quentin-Baxter, figuran en: informe preliminar:

*“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1980, vol. II (primera parte), documento A/ CN.4/334 y Add.1 y 2, pág. 259;

Segundo informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1981, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, pág. 113;

Tercer informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1982, vol. II (primera parte), documento A/ CN.4/360, pág. 61;

Cuarto informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1983, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/373, pág. 213, y

Quinto informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1984, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/383 y Add.1, pág. 162.

357. Los 12 informes del Relator Especial Julio Barboza, figuran en: informe preliminar:

Anuario... 1985, vol. II (primera parte), documento A/ CN.4/394, pág. 101;

Segundo informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1986, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/402, pág. 153;

Tercer informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1987, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/405, pág. 49;

Cuarto informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1988, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/413, pág. 254;

Quinto informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1989, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/423, pág. 139;

Sexto informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1990, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1, pág. 89;

Séptimo informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1991, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437, pág. 3;

Octavo informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1992, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443, pág. 77;

Noveno informe: *“Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”*, 1993, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450, pág. 209;

Décimo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1994, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/459, pág. 141;

undécimo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1995, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/468, pág. 55, y

duodécimo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1996, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/475 y Add.1, pág. 29.

358. Los tres informes del Relator Especial Pemmaraju Sreenivasa Rao, figuran en:

Primer informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1998, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1;

Segundo informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 1999, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501, y

Tercer informe: “*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*”, 2000, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/510.

### **Otros Documentos de la Comisión de Derecho Internacional CDI Sobre Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional**

359. Examen del Periodo de Sesiones, (1980 Vol. II, Segunda Parte, p.154-157)

Sesiones, respecto al proyecto Presentado, (1981 VOL. I, p.219-235)

Informe preliminar, (1980, Vol. II, Primera Parte, p.259-278)

Sesiones, Presentación del Tercer Informe del Relator

## **LEGISLACIÓN**

### **LEGISLACIÓN EUROPEA**

#### **ESPAÑA-**

Código Civil Español,

Constitución Española De 1978

La Ley 29/1985, De Aguas, De 2 De agosto De 1985

Ley De Energía Nuclear Ley Nuclear 29-IV-64

Real Decreto 258/1989, De 10 De marzo, Por El Que Se Establece La Normativa General Sobre Vertidos De Sustancias Peligrosas Desde Tierra Al Mar,

Ley 7/1994, De 18 De mayo, De Protección Ambiental;

La Ley 3/1998 De 27 De febrero, De La Comunidad Autónoma De Cataluña, Sobre La Intervención Integral De La Administración Ambiental.

Ley 10/1998, De 21 De abril, De Residuos.

Ley 5/1999, De 23 De junio, De Prevención De Incendios Forestales,

La Ley 8/2003 De 28 De octubre De La Flora Y La Fauna Silvestres

Ley 26/2007 De Responsabilidad Medioambiental /LRM

## **ALEMANIA**

Código Civil Alemán

Ley Alemania Sobre Responsabilidad Por Daño Ambiental El 10 De diciembre De 1990

La Normativa Básica: Art. 823 Y 906 BGB. El Art.823 BGB Es La Normativa Básica Sobre Responsabilidad Civil En Derecho Alemán

## **SUIZA**

Código Civil Suizo

Ley Ambiental Sueca De 1986,

## **FRANCIA**

Código Civil Francés De 1942

Ley De Compensación Por Daños Debido A Contaminación Ambiental, De Año 1973, En Francia, El Fondo Fundado En 1973

## **ITALIA**

Códice Civile italiano De 1942

Código Civil De Procedimientos Italiano De 1940.

La Ley Italiana Nº 349 De 8 De Julio De 1986 Número 349, sobre la Responsabilidad Por El Daño Ambiental

Ley N. 1860, Sobre Resarcimiento De Daños Derivados Del Ejercicio De La Actividad Nuclear Que Fue Promulgada En Italia El 31 De diciembre De 1962.

## **INGLATERRA**

La Ley de Protección del Medio Ambiente, la Enviromental Protección act (de 1990, modificada en 1995)

## **EUROPA**

El Libro Verde Sobre Reparación Del Daño Ambiental, Emitido En 1993, En Donde La Unión Europea  
La Directiva Del 2004/35/CE Sobre Responsabilidad Medioambiental emitida El 21 De abril Del 2004  
La Directiva 2004/35/CE , De 21 De Abril De 2004, Sobre Responsabilidad Medioambiental En Relación  
Con La Prevención Y Reparación De Daños Medioambientales en La Unión Europea  
Tratado De La Comunidad Europea.

El Convenio Europeo Para La Protección De Los Derechos Humanos Y De Las Libertades  
Fundamentales (Convenio De Roma),

## **LEGISLACION DE AMERICA**

### **PERU**

Constitución Política Del Perú De 1933,  
El Código Civil De 1936,  
La Constitución Política De 1979,  
La Constitución Política Del Perú De 1993,  
El Código Civil De 1984,  
Código Del Medio Ambiente Y Los Recursos Naturales, Por Último,  
La Nueva Ley General Del Ambiente Del Ambiente Del 2006 (LGA

### **CHILE**

Código Civil Chileno  
La Ley 19300 Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente De Chile (1994)

### **PARAGUAY**

Constitución de Paraguay  
Código Civil Paraguayo

### **COLOMBIA**

Código Civil Colombiano  
Ley Colombiana Ambiental Nro. Ley 99 De 1993,  
Ley Colombiana Nro. 23 sobre Responsabilidad Por Daños Ocasionados Al Medio Ambiente

### **ARGENTINA**

La Constitución Argentina

Código Civil Argentino,

Ley Argentina Sobre Responsabilidad Civil Ambiental 25675:

La Ley De Servidumbre De Electro Ducto 1952

Ley Provincial De Córdoba Nro.7343 De 1985

### **VENEZUELA**

Código Civil Venezolano

Ley Orgánica Del Ambiente del 22 De junio De 2007

### **MEXICO**

Código Civil Mexicano

La Ley General Del Equilibrio Ecológico Y La Protección Al Medio Ambiente,

Ley General Del Equilibrio Ecológico Y La Protección Al Ambiente (1988)".

Ley Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente De Chile (1994),

El Derecho Chileno, Sobre La Definición De Daño Establecido En La Ley De Bases Generales Del Medio Ambiente, Título III,

### **BRASIL**

Constitución Brasileña,

Código Civil Brasileño

El Proyecto Del Código Civil de Brasil, De 1975

La Ley 6938 De 1981 De Brasil

### **PARAGUAY**

Constitución Paraguaya

### **PANAMÁ**

Panamá (Artículos A1644-1652), Honduras (Artículos 2236-2243),

### **PUERTO RICO**

Y Puerto Rico (Artículos 1802-1910),

EEUU

CERCLA americano

## **DERECHO INTERNACIONAL**

- La Declaración De Rio De Janeiro Sobre Medio Ambiente Y Desarrollo
- Convención Marco De Las Naciones Unidas Sobre El Cambio Climático (9 De mayo De 1992).
- Convención Sobre La Protección Y Utilización De Cursos De Agua Transfronterizos Y Lagos Internacionales. Helsinki, 17 De marzo De 1992.
- Convención De París Para La Protección Del Medio Marino Del Noreste Atlántico De 1992.
- Convenio De Barcelona, Adoptado En 1976, Para La Región Del Mediterráneo En El Marco Del Programa De Mares Regionales Del PNUMA.
- Convenio De Diversidad Biológica (1992) Y El De Cambio Climático (1992)
- Estocolmo 5 Al 16 De junio De 1972. La Conferencia De Las Naciones Unidas Sobre El Medio Humano, Reunida En Estocolmo Del 5 Al 16 De junio De 1972,
- La Convención Sobre La Diversidad Biológica Fue Adoptada En Nairobi El 22 De mayo De 1992
- Convención Marco De Las Naciones Unidas Sobre El Cambio Climático (9 De mayo De 1992).
- Carta De Las Naciones Unidas

### **El Sistema Sobre Sobre Responsabilidad Civil Sobre Daños Nucleares A Nivel Global:**

- a) Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares del 21 de mayo de 1963
- b) Protocolo de Viena de 21 de septiembre de 1988
- c) El Protocolo aprobado en Viena el 12 de septiembre de 1997 (Convención de Viena de 1997 sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares.
- d) Convenio de 1971, sobre la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares

### **-El sistema europeo de daños nucleares**

- a) El convenio de París de 1960
- b) Convención suplementaria de Bruselas en enero de 1963
- c) Protocolo modificado el 28 de enero de 1964
- d) Protocolo del 16 de noviembre de 1982
- e) El Protocolo de la convención de París, del 01 de febrero del 2004

### **- El Sistema Sobre Responsabilidad Civil Por Contaminación De Hidrocarburos,**



- a) La Convención Internacional Sobre Responsabilidad Civil Por Contaminación De Hidrocarburos, De Bruselas De 1969
- b) La Convención Internacional Sobre Responsabilidad Civil Por Contaminación De Hidrocarburos, De Bruselas De 1969. El
- c) Los Protocolos De 1976.
- d) Los Protocolos De 1992 De La Convención Internacional Sobre Responsabilidad Civil Por Contaminación De Hidrocarburos, De Bruselas De 1969
- e) Los Protocolos De 2000 La Convención Internacional Sobre Responsabilidad Civil Por Contaminación De Hidrocarburos, De Bruselas De 1969.
- f) Los Fondos Suplementarios Del 2002. Aprobación De Enmiendas Del 2002 A Los Límites De Indemnización Que Figuran En El Protocolo
- g) Fondo Internacional De Indemnización De Daños Debidos A Contaminación Por Hidrocarburos, 1992
  - Convenio Sobre Pollution Otras Sustancias Nocivas Y Potencialmente Peligrosas Adoptado. En 1996 En El Marco Del Convenio De La OMI Sobre Responsabilidad De Indemnización De Daños En Relación Con El Transporte Marítimo De Sustancias Nocivas Y Potencialmente Peligrosas.
  - La Convención De Helsinki Sobre La Protección Y Utilización De Cursos De Agua Transfronterizos Y Lagos Internacionales (Convenio De Protección De Agua) Helsinki 1992
  - El Protocolo Sobre Responsabilidad Civil Y Compensación Por Daños Causados Por Los Efectos De Los Daños Transfronterizos Causados Por Los Accidentes Industriales En Buques Sobre Aguas Transfronterizas. Adoptado En mayo De 2003 En Kiev
  - El Convenio De Basilea De 1989 El Convenio De Basilia Adoptado El 22 De marzo De 1989

## **JURISPRUDENCIA**

### **ESPAÑA:**

- STS la Sentencia de 5 de abril de 1960, emitida por el Tribunal Supremo Español
- STS de 14 mayo 1963 (RJ 1963-2699), emitida por el Tribunal Supremo Español
- STS de 14 de mayo de 1963, emitida por el Tribunal Supremo Español.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de marzo 1987, (R.J.A., ref. 1426)
- STS de 28 junio 1979, emitida por el Tribunal Supremo Español.
- STS de 15 de diciembre de 1981, emitido por el Tribunal Supremo Español.
- STS 14 julio 1982, (RJ 1982, 4237), emitido por el Tribunal Supremo Español.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 10 de marzo de 1987, (R.J.A., ref. 1426).

- Sentencia española del 5 de abril de 1988, Tribunal Supremo.
- Sentencia de la sala 1º del Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 1990.
- Jurisprudencia española en la STS – Sala 2º- 1 de abril 1993 (RJ 1993, 9165).
- STS de 6.5. 11.10.1994, emitida por el Tribunal Supremo Español.
- STS de 22 de mayo de 1995 (RJA 1995/4089), emitida por el Tribunal Supremo
- STS de 5 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9259), emitida por el Tribunal Supremo.
- STS sentencia de fecha 18 junio 1996 (RJ 1996, 5101), Tribunal Supremo.
- STS de 6 de junio de 1997, emitida por el Tribunal Supremo.
- STS 3º, Sección 6º, de 7 de febrero de 1998 (RJ 1998/1444), emitida por el Tribunal Supremo.
- Jurisprudencia española en la STS – Sala 1º - 2 de febrero 2001 (RS – 2001 – 1003).
- STS por la primera sala 1º, el 16 de enero del 2002. (RJ 2002, 8T)
- STS - SALA 1ª- 29 abril 2003 (RJ 2003, 3041), emitida por el Tribunal Supremo.
- STS sala 1º de 28 de enero de 2004 (RJ 2004/153), emitida por el Tribunal Supremo.
- STS-Navarra, Secc.1ª, de 3 de marzo 2004, emitida por el Tribunal Supremo Español.
- Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 3 noviembre 1978.
- SJP A Coruña de 30.4.1996, cit.,
- SAP Asturias, Sección 1º, de 28.2.2000 [Ar. Civ. 2000/264], FD 8º).
- SAP de Castellón, en España, emitido el 21.10.2000 (RAC BD 264061/2001)
- SAP Valencia, 1º, 18.de enero de 2001 [ARP 2001/342].
- SAP Córdoba, Sección 2º, de 24 de abril de 2004 [La Ley 2004/1597], FD 8º

## **FRANCIA**

- El caso Amoco CADIZ, Tribunal de apelaciones(Francia), Corte de Casación Francesa de 16 de junio de 1897, en el caso del remolcador “La Marie”,
- Corte de Casación del 27-XI-1844.

## **INGLATERRA**

- The rule in Rylands v Fletcher. The principle known as 'the rule in Ryland’s v Fletcher' was first established in the case of that name (1868) LR 3 HL 330).

## **PERU**

Resolución Suprema de 1° de diciembre de 1942- Corte Suprema condena a la Cerro de Pasco al pago de los daños ocasionados los daños que ésta le había causado con los humos de la Fundición de La Oroya-Perú.

-Casación Corte Suprema Peruana: 2054-2007-Cajamarca.

-Casación Corte Suprema Peruana: 862-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 678-2007- Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 1804-2007-Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 1796-2007-Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 720-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 1846-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 4010-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 726-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 3814-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 3812-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 3806-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 1812-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 724-2007 -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 718-2007, - Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 5378-2007, -Cajamarca

-Casación Corte Suprema Peruana: 5056-2007 -Cajamarca

## **ARGENTINA**

-Tribunal Argentino (C1° CC La Plata, Sala II- Expediente.91.869. Fecha:27/04/93)

93.318. 30/06/94. CNCiv, Sala I-Dante Duarte y otros contra Fabrica Argentina

-C. Nac. Civ., sala I, 30/VI/ 94, Dante Duarte vs. Opalinas Hurlingham, L.L., T. 1995--Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, el 09/02/95, en los autos "Almada, Hugo N. c/ Copetro S.A.

## **URUGUAY**

Jurisprudencia uruguaya, Trib. Civ. 1°, sent N° 28, 4-III-1968)

## **COLOMBIA**

Exp. IJ-25000-23-25-000-2001-00022-02 del 19 de octubre de 2004,

## **CANADA**

-De La Fundación De “*Trail Smelter*” Este Caso Sucedió “Entre Los Estados Unidos De América Y El Canadá, Durante Los Años 1928 Y 1929,

-El Tribunal Internacional De Justicia En Su Dictamen De 8 De Julio De 1996,

**TRIBUNAL DE ESTRASBURGO**-Sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo el asunto López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994 (TED 1994, 3), se enjuiciaba la demanda formulada por la señora López Ostra contra el Reino de España ante la Comisión.

## **SENTENCIAS ARBITRALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LOS DAÑOS AMBIENTALES**

- A) El caso Smelter Trail como principal antecedente de la responsabilidad internacional por los daños ambientales
- B) El asunto del Lago Lanoux (1957).
- C) El asunto Settlement Gut Dam Claims (Canadá y United States) (1968)

## **DECISIONES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ) EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LOS DAÑOS AMBIENTALES**

- A) Caso sobre Ensayos Nucleares Caso Relativo a los Ensayos Nucleares en el Pacífico (Nuclear Test Case) (Australia y Nueva Zelanda, vs Francia) (1974)
- B) El asunto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (2010)
- C) El asunto, relativo a determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica C. Nicaragua) y Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Río San Juan (Nicaragua C. Costa Rica) (2015)
- D) El asunto del Canal de Corfú, (Inglaterra -Albania) 1949.

## ANEXO I

### **ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIO AMBIENTE 2009-2010**

#### **I.-Análisis Estadístico de la Jurisprudencia de la Corte Suprema durante el año 2009 Sobre Responsabilidad Civil Del Medio Ambiente**

##### **Casaciones publicadas en el Diario Oficial El Peruano Durante El Año 2009**

Según los datos obtenidos por el Centro de Investigaciones Judiciales sobre casaciones publicadas en el diario oficial El Peruano durante el año 2009 y observando la Tabla N°1 podemos evidenciar como del total de 2,870 Casaciones publicadas en el Diario Oficial El Peruano solo 362 de éstas corresponden a Indemnizaciones con Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual

TABLA N°1

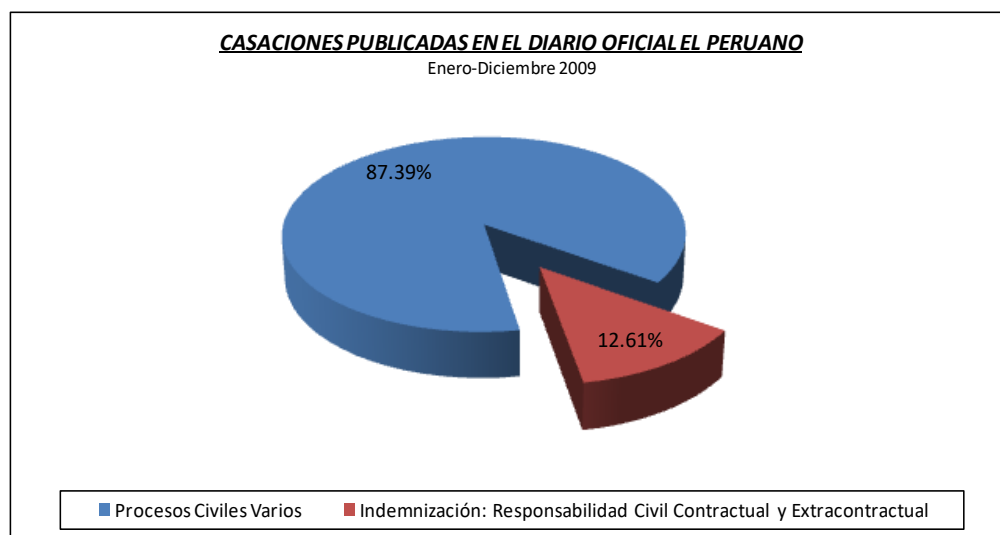
##### **CASACIONES PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO DURANTE EL AÑO 2009**

Materia	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje valido	Porcentaje acumulado
Procesos Civiles Varios	2,508	87.39%	87.39%	87.39%
Indemnización: Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual	362	12.61%	12.61%	100.00%
Total	2,870	100%	100%	

Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales "Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Suprema"

Según el Gráfico N°1 se observa que del total de casaciones que se publicaron en el Diario Oficial el Peruano durante el año 2009 (2,870), un 12.61% lo conforman casaciones por materia de Indemnización de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual mientras que el 87.39% restante son casaciones por otras materias.

##### **GRÁFICO N° 1**



**CAsaciones por indemnizaciones por responsabilidad civil contractual y civil extracontractual publicadas en el diario oficial El Peruano durante el año 2009**

Se observa en la tabla N° 2 que de las 362 casaciones por materia de Indemnización con Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual solo 18 de éstas constituyen Indemnizaciones por daño ambiental representando el 0.63% del total de casaciones publicadas en el diario Oficial El Peruano.

TABLA N° 2

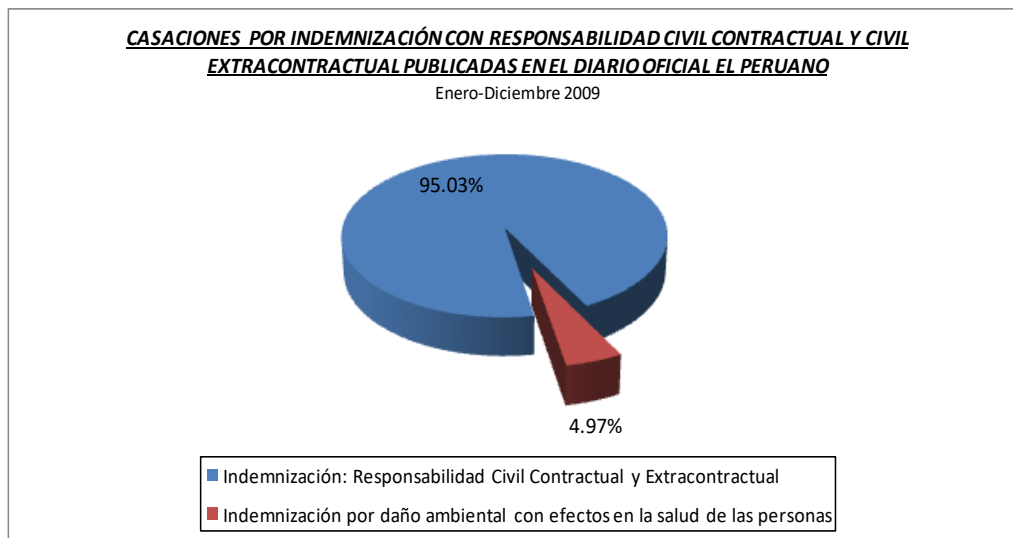
**CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN CON RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO DURANTE EL AÑO 2009**

Materia	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje valido	Porcentaje acumulado
Procesos Civiles Varios	2508	87.39%	87.39%	87.39%
Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual	344	11.99%	11.99%	99.37%
Responsabilidad Civil Extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud de las personas	18	0.63%	0.63%	100.00%
Total	2,870	100%	100%	

Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales "Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Suprema"

Según el Gráfico N° 2 podemos observar que tomando únicamente las casaciones por Indemnizaciones con Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual que suman un total de 362, únicamente el 4.97% de éstas corresponde a Responsabilidad Civil Extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud de las personas mientras que el 95.03% restante corresponden a Indemnizaciones por Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual de otro tipo.

**GRÁFICO N° 2**



### **Responsabilidad extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud**

Analizando las Decisiones de la Corte Suprema tenemos que del total de casaciones por Indemnizaciones con responsabilidad Civil Extracontractual por daño ambiental en perjuicio a la salud de las Personas publicadas en el Diario el Peruano durante el año 2009, el 94.44% fueron declaradas Infundadas y el 5.56% restante fue declarada Improcedente.

TABLA N° 3

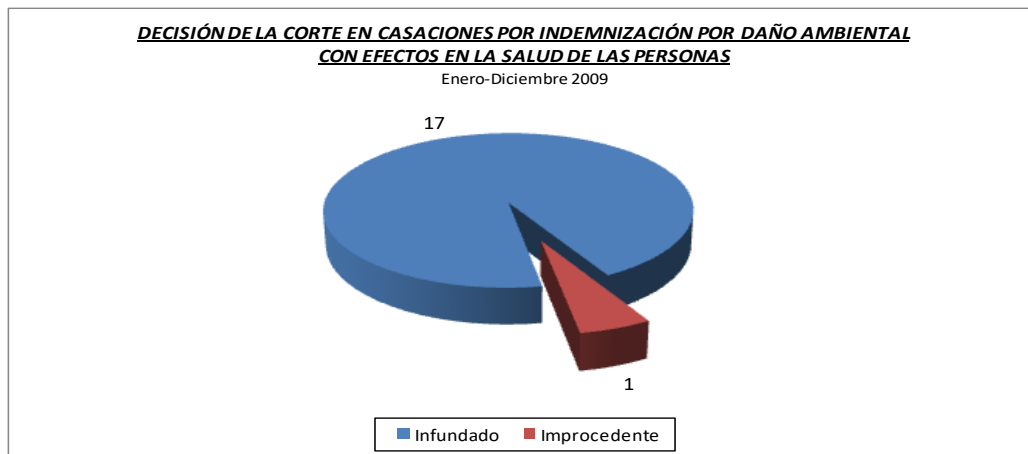
#### **DECISIÓN DE LA CORTE EN CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN CON RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO AMBIENTAL CON EFECTOS EN LA SALUD DE LAS PERSONAS PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO DURANTE EL AÑO 2009**

Decisión	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje valido	Porcentaje acumulado
Infundado	17	94.44%	94.44%	94.44%
Improcedente	1	5.56%	5.56%	100.00%
Total	18	100%	100%	

Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales "Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Suprema"

En el Gráfico N° 3 se puede observar que de las 18 Indemnizaciones por daño ambiental con efectos en la salud de las personas 17 fueron declaradas Infundadas y 1 fue declarada Improcedente. Los 18 casos se ven relacionados a mineras en Cajamarca en los que se evidenció efecto y perjuicio en la salud de las personas, siendo todos desestimados.

### GRÁFICO N° 3



### **Decisiones de la corte en casaciones por indemnización con responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud**

En la tabla N°5 se observa que el 88.89 % de los casos por indemnización con responsabilidad Civil Extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud de las personas fueron declarados Infundados basándose en el 1° Pleno Casatorio el cual data del 22 de enero del 2008 (Expediente 1465-2007).

TABLA N° 5

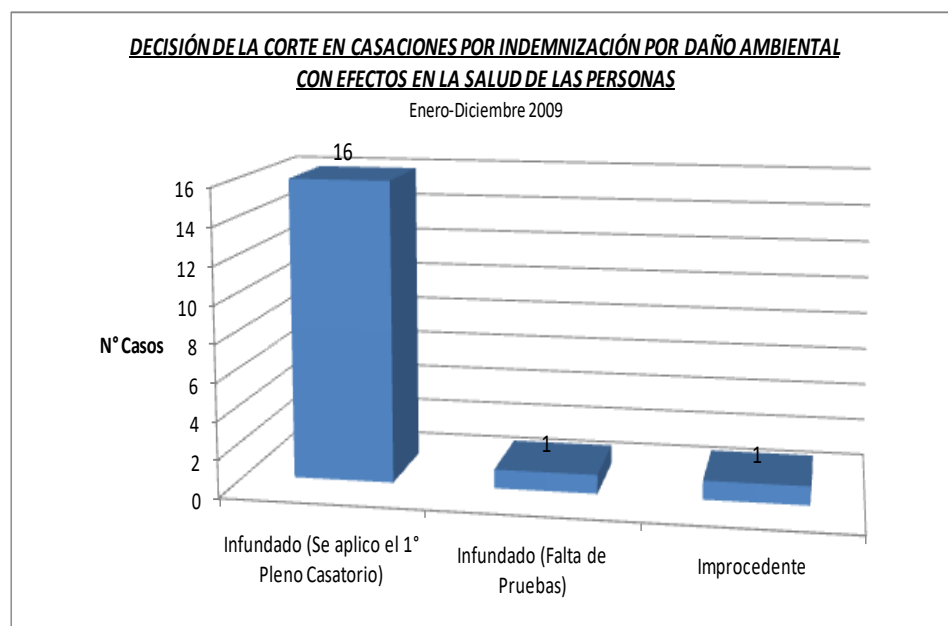
**DECISIÓN DE LA CORTE EN CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN CON RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y CIVIL EXTRA CONTRACTUAL  
POR DAÑO AMBIENTAL CON EFECTOS EN LA SALUD DE LAS PERSONAS PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO  
DURANTE EL AÑO 2009**

Decisión	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje valido	Porcentaje acumulado
Infundado (Se aplico el 1° Pleno Casatorio)	16	88.89%	88.89%	88.89%
Infundado (Falta de Pruebas)	1	5.56%	5.56%	94.44%
Improcedente	1	5.56%	5.56%	100.00%
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	

Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales "Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Suprema"

En el Gráfico N°4 se evidencia la relevancia de la Aplicación del 1° Pleno Casatorio en la decisión que toma la Corte Suprema sobre los 18 casos que se publicaron durante el año 2009, además de tener en cuenta que todos los casos fueron desestimados pese a la gran relevancia de la problemática de Impacto Ambiental que supone estas situaciones.

GRÁFICO N° 4





## **Relación de casaciones por indemnización por daño ambiental con efectos en la salud durante el año 2009**

TABLA N°4

### **CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL CON EFECTOS EN LA SALUD DE LAS PERSONAS DURANTE EL AÑO 2009**

<b>N°</b>	<b>Casos</b>	<b>Decisión de la Corte Suprema</b>
1	2054-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
2	1862-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
3	678-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
4	1804-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
5	1796-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
6	720-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
7	1846-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
8	4010-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
9	726-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
10	3814-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
11	3812-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
12	3806-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
13	3802-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
14	1812-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
15	724-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
16	718-2007 Cajamarca	Infundado (Se aplicó el 1° Pleno Casatorio)
17	5378-2006 Cajamarca	Infundado (Falta de pruebas)
18	5056-2007 Cajamarca	Improcedente

A continuación se muestra el listado de Casaciones por Indemnización por daño ambiental con efectos en la salud de las personas publicadas en el diario Oficial El Peruano durante el año 2009 en los cuales se evidencia que más del 80% de los casos fueron declarados Infundados teniendo en cuenta el 1° Pleno Casatorio; 1 caso fue declarado Improcedente y otro desestimado por falta de pruebas aduciendo que no existe medio probatorio que acredite que el mercurio encontrado en el Domicilio de la demandante provendría de las instalaciones de la empresa demandada.

## **DANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DURANTE EL AÑO 2010 SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIO AMBIENTE**

### **CASACIONES PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO DURANTE EL AÑO 2010**

Según los datos obtenidos por el Centro de Investigaciones Judiciales sobre casaciones publicadas en el diario oficial El Peruano durante el año 2010 y observando la Tabla N° 6 podemos evidenciar como del total de 904 Casaciones publicadas en el Diario Oficial El Peruano sólo 237 de éstas corresponden a Indemnizaciones con Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.

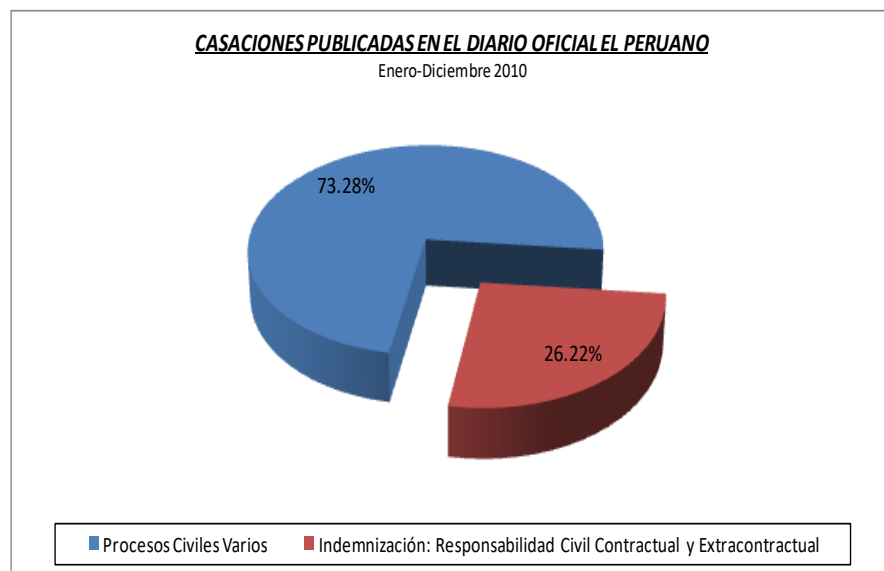
TABLA N° 6  
**CASACIONES PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO**  
**DURANTE EL AÑO 2010**

Materia	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje valido	Porcentaje acumulado
Procesos Civiles Varios	667	73.78%	73.78%	73.78%
Indemnización: Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual	237	26.22%	26.22%	100.00%
Total	904	100%	100%	

Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales "Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Suprema"

Según el Gráfico N° 5 se observa que del total de casaciones que se publicaron en el Diario Oficial el Peruano durante el año 2010 (904), un 26.22% lo conforman casaciones por materia de Indemnización de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual mientras que el 73.28% restante son casaciones por otras materias.

GRÁFICO N° 5



**CASACIONES POR INDEMNIZACIONES POR RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO DURANTE EL AÑO 2010**

Se observa en la tabla N° 7 que de las 237 casaciones por materia de Indemnización con Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ninguna de éstas constituye Indemnizaciones por daño ambiental no teniendo representación en el total de casaciones publicadas en el diario Oficial El Peruano, tal y como se muestra en la tabla N°6.

TABLA N° 7

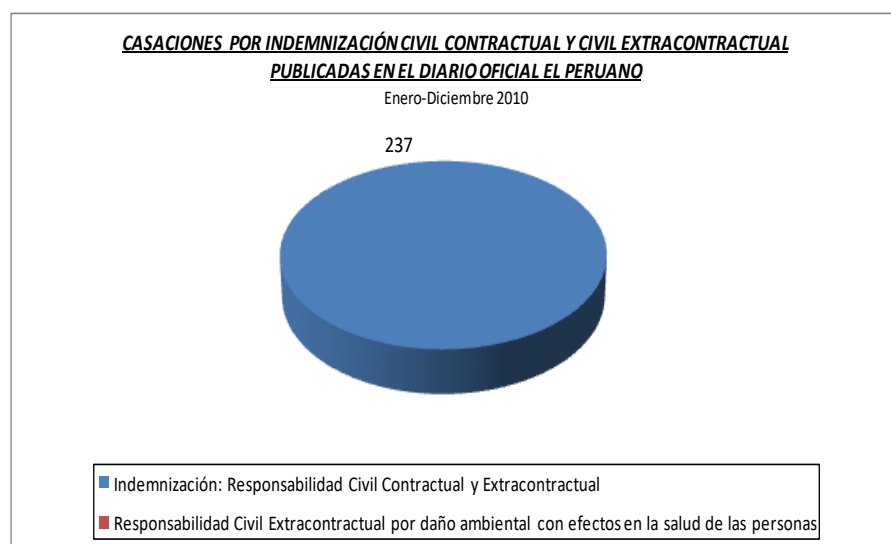
**CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN CON RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y CIVIL EXTRA CONTRACTUAL  
PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO DURANTE EL AÑO 2010**

Materia	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje valido	Porcentaje acumulado
Indemnización: Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual	237	100.00%	100.00%	100.00%
Responsabilidad Civil Extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud de las personas		0.00%	0.00%	100.00%
Total	237	100%	100%	

Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales "Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Suprema"

En el Gráfico N°6 se observa que ninguna casación por indemnización Civil Extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud de las personas fue publicada. Esta situación se debe a que, al ser desestimados todas las casaciones del año anterior, se genera una situación de no confianza en el Sistema de Justicia por parte de las personas lo cual trunca sus expectativas de Justicia.

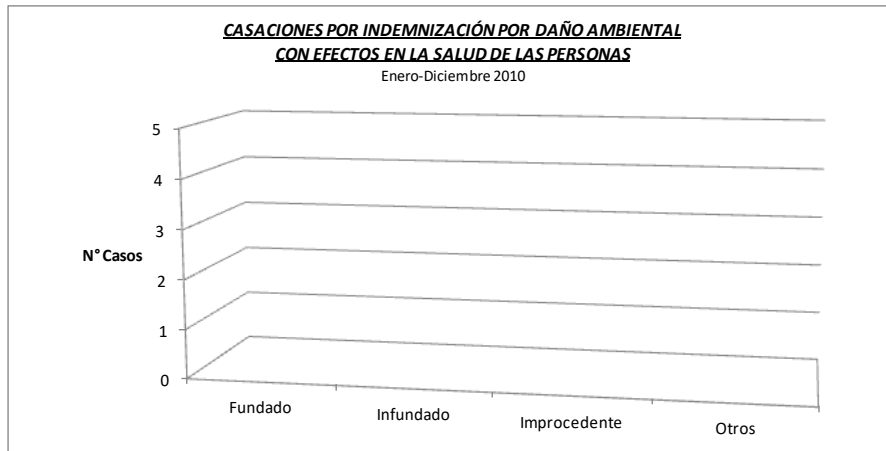
GRÁFICO N° 6



**CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL CON EFECTOS EN LA SALUD DE LAS PERSONAS**

En el Gráfico N°7 se observa que no hay sentencias por indemnización Civil Extracontractual por daño ambiental con efectos en la salud de las personas durante el año 2010, no hay medidas por parte del sistema de Justicia frente al impacto ambiental que genera la actividad minera, la cual es la actividad de mayor crecimiento económico en el Perú.

GRÁFICO N° 7



**I.- ANÁLISIS ESTADÍSTICO COMPARATIVO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DURANTE LOS AÑOS 2009-2010 SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIO AMBIENTE**

Según los datos obtenidos por el Centro de Investigaciones Judiciales sobre casaciones publicadas en el diario oficial El Peruano durante los años 2009-2010 y observando la Tabla N° 8 podemos evidenciar que durante el año 2009 hubo 18 casos de Indemnización con responsabilidad Civil Extracontractual por daño Ambiental con Efectos en las personas, mientras que en el año 2010 no hubo casaciones de Indemnización por esta materia.

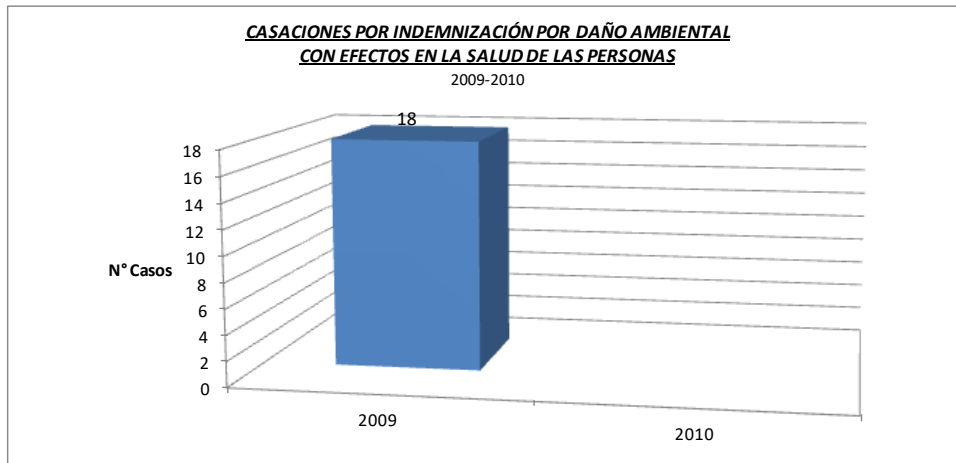
TABLA N° 8

**CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN CON RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO AMBIENTAL CON EFECTOS EN LA SALUD DE LAS PERSONAS PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO DURANTE LOS AÑOS 2009-2010**

Año	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje valido	Porcentaje acumulado
2009	18	100.00%	100.00%	100.00%
2010		0.00%	0.00%	100.00%
Total	18	100%	100%	

Fuente: Centro de Investigaciones Judiciales "Sistematización de la Jurisprudencia de la Corte Suprema"

GRÁFICO N 8

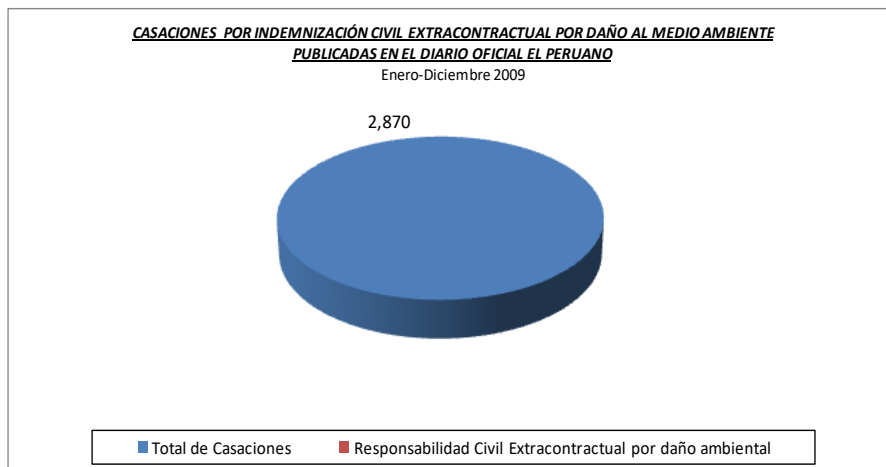


En el Gráfico N°8 se observa el impacto que tiene la desestimación de casos por parte de la Corte Suprema, de Indemnizaciones con Responsabilidad Civil Extracontractual por daños Ambientales con efectos en las personas, lo cual genera una situación de no confianza en el Sistema de Justicia por parte de las personas lo cual trunca sus expectativas de Justicia.

### **CASACIONES POR INDEMNIZACIÓN CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE**

En el Grafico N°9 podemos observar que del total de Casaciones publicadas en el Diario oficial el Peruano durante el año 2009 no se aprecian casaciones por responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental las cuales pertenecen a una materia diferente de las casaciones por indemnización por daño ambiental con efectos en la salud de las personas.

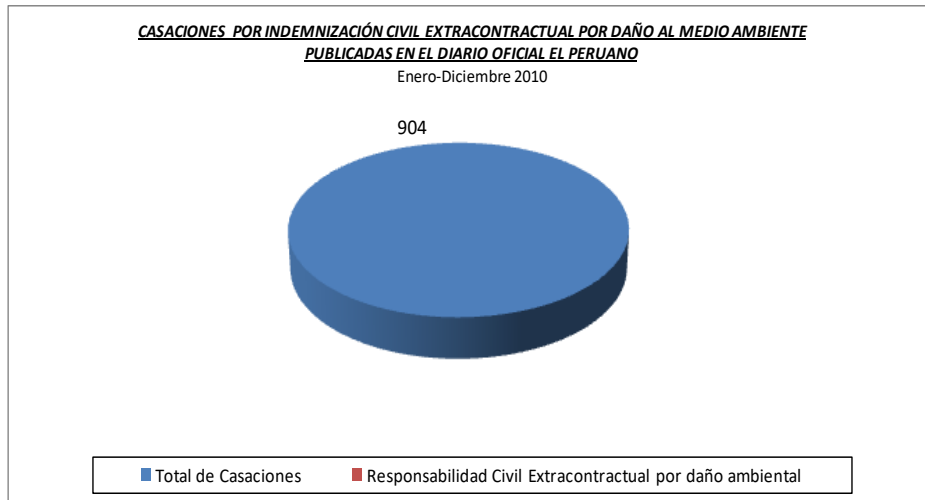
GRAFICO N°9



Finalmente, en el Grafico N° 10 podemos observar que del total de Casaciones publicadas en el Diario oficial el Peruano durante el año 2010 no se aprecian casaciones por responsabilidad civil extracontractual

por daño ambiental las cuales pertenecen a una materia diferente de las casaciones por indemnización por daño ambiental con efectos en la salud de las personas.

GRAFICO N°10



Por lo tanto, hemos encontrado que no existen casaciones por responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental durante estos 2 años, lo cual significa que el sistema de Justicia no tiene una política de preservación del medio ambiente, pese a que existen empresas mineras que en muchos casos llegan a perjudicar la salud humana, como es que se ha visto anteriormente, vulnerando así la riqueza natural de nuestro ecosistema sin ningún tipo de reparo.