

EL DERECHO FRENTE A LOS DEPREDADORES DEL MEDIO AMBIENTE. REFLEXIONES EN TORNO AL DAÑO AMBIENTAL

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Profesor Visitante en los Posgrados de Derecho de la Empresa y Derecho de Daños
en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe (Argentina),
Universidad EAFIT y Externado de Colombia,
Secretaría y Asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil.

SUMARIO:

- I. De los dinosaurios a los nuevos depredadores - II. Algunas precisiones conceptuales: Medio ambiente y daño ambiental - III. El desarrollo económico vs. la protección del medio ambiente: 1. Los daños al medio ambiente y los daños a las personas y sus bienes: El caso del derrame de mercurio en el Perú; 1.1. Minera Yanacocha S.A.; 1.2. Un lamentable accidente de derrame de mercurio en junio de 2000; 2. Conflicto entre la empresa y la sociedad; 3. Asignación de titularidad sobre el medio ambiente; 4. Hacia un desarrollo sustentable de la sociedad postmoderna - IV. El ordenamiento jurídico frente a los daños al medio ambiente - V. El sistema de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: 1. El caso "Paranaguá de V&A" o caso "Lucchini"; 2. El inicio de la responsabilidad civil; 3. Los daños ambientales que afectan al medio ambiente y también causan perjuicio a las personas o a su patrimonio; 4. Los daños ambientales que inmediatamente no causan un perjuicio a una persona o a su patrimonio - VI. Necesidad de una norma expresa en el Código Civil - VII. Inclusión en el ordenamiento jurídico de las indemnizaciones punitivas por daños al medio ambiente: 1. Indemnizaciones punitivas; 2. Incorporación de las indemnizaciones punitivas en los daños causados al medio ambiente - VIII. Reflexión final: El medio ambiente una vez destruido no se regenera.

I. DE LOS DINOSAURIOS A LOS NUEVOS DEPREDADORES

Científicamente, no se sabe por qué desaparecieron los dinosaurios de la faz de la Tierra¹, pero de algo estamos seguros: existieron. Estudios sobre estos seres, en especial de algunos como el *Tyrannosaurus rex*, demuestran lo peligrosos y destructivos que eran en aquellos tiempos.² Incluso podríamos manifestar que si ellos no hubieran desaparecido, tal vez muchas especies, incluida la raza humana, no se habrían desarrollado y hasta existido. Imagínense a los dinosaurios en nuestros días ...

Seguramente el lector recordará la película *Jurassic Park*. Vemos que en esta película se nos muestra la variedad de estos "animalitos" y la tragedia que se genera luego de que el ser humano asume el papel del creador, teniendo que enfrentar el re-nacimiento de los dinosaurios.

¹ "La extinción de los dinosaurios, los cuales dominaron la Tierra durante 180 millones de años aproximadamente, resultó sumamente espectacular: en un instante, sin haberlos los avises su desaparición de la faz de la Tierra, caddidos se extinguieron los amonites, ammonitas de los anfipodos oceánicos (calamares, pulpos, moluscos, etc.), insectos, plantas, etc. Esto es considerado una sucesión masiva, debido a que desaparecieron más del 50% de las especies que existían en ese momento. Es importante señalar que la Tierra ha experimentado otras extinciones masivas, como las ocurridas en: el Ordovícico tardío (hace 440 millones de años), Devónico tardío (360 millones de años), el límite Permiano-Triásico (248 millones de años), el Triásico tardío (210 millones de años) y en el límite Cretácico-Terciario (KT) (65 millones de años), esta última resulta sumamente interesante ya que, en comparación con las anteriores, es el más reciente y coincide con crisis y cambios evolutivos acerca de las costas. Desde que el *Homo Sapiens* descubrió los primeros restos fósiles de los dinosaurios, intentó una explicación acerca de su desaparición y no es de extrañar que las primeras explicaciones fueran de tipo teológico y estuvieran asociadas al diluvio universal. Desde entonces, diversas teorías que invocan causas tan más variadas, han sido propuestas, por ejemplo, y sólo por citar algunas:

1) La predación de los mamíferos primitivos sobre los huevos y crías de los dinosaurios podría ser la causa de su extinción. Sin embargo esta teoría no explica qué paso con los dinosaurios adultos.

2) El súbito incremento en el nivelamiento global, así como incrementos bruscos en la caza. De ser cierta esta teoría, cómo explicar que los demás seres vivos hayan sobrevivido?

3) Incluso, existe una teoría que relaciona la extinción de una planta, que los dinosaurios utilizaban como alimento, con la extinción de los dinosaurios (Segan, 1977). Sin comentarios.

Todas estas teorías intentan explicar la desaparición de los dinosaurios, pero como ya comentamos, no debemos olvidar un mecanismo que explicaría la desaparición de las demás especies.

Gracias a los estudios de Luis Alvarez y colaboradores en el decenio de los 60, la teoría de un impacto meteorítico, como la causa principal de la extinción masiva en el límite KT ha ganado relevancia y muchos paleontólogos han sustentado esta teoría.

Tras el descubrimiento del cráter de Chicxulub en la península de Yucatán, varios estudios acerca de los efectos que tuvo el impacto en el planeta, han sido publicados. (Ver: <http://noticias.ignia.com.ar/temas/03/03/030401a.html>, 03 de junio de 2003).

Debemos puntualizar que todos los seres que existieron o que se encuentran en el ecosistema cumplen una función determinada, pero lo que tratamos de resaltar en este apreciado comentario es la particular actividad depredadora de los dinosaurios.

Lo cierto es que en este mundo, si bien ya no se cuenta con los antiguos depredadores, existe uno mucho peor, bastante más inteligente, pero a la vez terriblemente irracional: el hombre.

Actualmente, el hombre ha reemplazado a los antiguos depredadores, pues con la industria, las fábricas, las máquinas y, en general, con la tecnología está depredando y destruyendo el medio ambiente. Basta revisar los titulares de cualquier diario del planeta, los documentales sobre el medio ambiente, los spams o cadenas de correos electrónicos, o simplemente mirar a nuestro alrededor, para darnos cuenta de los variados y múltiples daños que el hombre ocasiona al medio ambiente.

Con un carácter meramente enunciativo, podríamos decir que las manifestaciones de la depredación y la destrucción del medio ambiente, en los últimos años, son las siguientes:

- a) Contaminación de las aguas.
- b) Contaminación de la atmósfera.
- c) Destrucción de la flora y la fauna fluvial, lacustre y marítima.
- d) Destrucción de los bosques, las selvas y la flora en general.
- e) Degradación de los suelos.
- f) Acumulación de desechos industriales.
- g) Generación de malos olores.
- h) Incremento de la basura.
- i) Surgimiento de ruidos molestos.

Cabe recordar que el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado es un derecho fundamental de todo ser humano. Así se encuentra consagrado explícitamente en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, cuyo artículo 11 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Del mismo modo, la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 2, inciso 22, establece que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. En tal sentido, el Estado debe determinar la política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de sus recursos naturales (artículo 67 de la Constitución); asimismo, está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68 de la Constitución). Inclusive, el texto Constitucional precisa que el Estado debe promover el desarrollo sostenible de la amazonia peruana mediante una legislación adecuada (artículo 69).

Respecto a la contaminación ambiental, resulta ilógico cómo el legislador de la Constitución de 1993 deroga una norma prevista en la Constitución anterior que, en forma expresa, establecía la obligación del Estado de prevenir y controlar la contaminación ambiental y el deber de todos los ciudadanos de conservar el medio ambiente. Comentando estas normas, Marcial Rubio Correa señala que es lamentable que no se haya decidido incorporar en la Constitución actual (1993) los aspectos relativos al control de la contaminación ambiental y el deber de conservar el medio ambiente.⁹

⁹ Cf. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Torno 1, Lima, 1999, p. 411.

II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES: MEDIO AMBIENTE Y DAÑO AMBIENTAL

"Medio ambiente", según el Diccionario de la Real Academia, es el "conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos". Jurídicamente, no existe un concepto uniforme sobre el medio ambiente, pues existen diversidad de definiciones, las que podrían agruparse en restrictivas y extensas. Restrictivamente, el medio ambiente está conformado únicamente por los bienes naturales, sin embargo otras definiciones también incluyen el patrimonio cultural. En forma extensiva, además de los bienes naturales y del patrimonio cultural, en el medio ambiente se comprenden otras temáticas como la política social y la calidad de vida.

Jorge Mosset Iturraspe define al medio ambiente como un "conjunto de bienes culturales y naturales relevantes para la calidad de vida", de allí que constituye "un bien jurídico unitario y autónomo y distinto de los bienes que lo componen".⁴

Por su parte, Ricardo Lorenzetti, citando a Antonio Benjamin, expresa que el bien ambiental, entendiéndose el medio ambiente, es un bien colectivo y, como tal, "puede distinguirse entre el 'macro-bien' constituido por el medio ambiente global, y los 'micro-bienes', que son sus partes: la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora".⁵

En síntesis, podemos señalar que el medio ambiente, término que en sí mismo constituye un pleonasmio⁶, está conformado por los recursos naturales (el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora) y su interacción, es decir, aspectos característicos del paisaje y el patrimonio cultural. Por consiguiente, debe existir una adecuada relación entre el hombre y la naturaleza, entre el hombre y cada uno de los recursos naturales y los bienes que conforman el patrimonio cultural. Esta noción amplia está consagrada en la Constitución peruana de 1993.

¿Y qué es el "daño ambiental"? Si entendemos que los daños resarcibles son aquellos que recaen directamente en las personas o en sus bienes, entonces no cabría la responsabilidad civil por un daño producido únicamente al medio ambiente, sino solo cuando este daño afecte a una persona o conjunto de personas, o a sus bienes. No obstante, la función de la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente está evolucionando a tal punto que el nuevo Derecho de Daños, en lo referente al daño ambiental, tiene por finalidad prevenir y sancionar los que se causen al medio ambiente.

Por tanto, el daño ambiental debe ser entendido como los daños que se causen o pudieran causarse al medio ambiente, es decir, a los recursos naturales o al patrimonio cultural en general, independientemente de que, como consecuencia redundante, usar "del daño" (por ejemplo, contaminación del aire), se produzcan daños a las personas (enfermedades) o a sus bienes (perjuicio en las cosechas).

Dentro de esta corriente, resulta apropiado la forma cómo la legislación penal sanciona los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, al establecer en el artículo 304 del Código Penal peruano que:

"El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza, por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será

⁴ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Daño Ambiental*. En *Revista de Derecho SCRIBAS*, Instituto Arequipa de Investigación Jurídico-Morales INDEJ, No. 2, 1996, p. 27.

⁵ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente*. En *Revista Jurídica del Perú*, Editora Trujillo Normas Legales, Año LI, No. 19, febrero 2001, p. 193.

⁶ Todo medio implica en sí mismo un ambiente.

*reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años o con ciento ochenta o trescientos sesenta y cinco días multa*¹.

Como podemos apreciar, el bien jurídico protegido es el medio ambiente y la conducta típica es aquella tendiente a contaminar y alterar el equilibrio de los recursos naturales.

Aplicando la fórmula penal al esquema de la responsabilidad civil, el daño ambiental sería aquel que lesione directa o indirectamente el medio ambiente, los recursos naturales y el patrimonio cultural.

Adicionalmente, siguiendo a Fernando de Trazegnies, debemos tener en cuenta que los daños ambientales por contaminación poseen las siguientes características²:

- a) Pueden ser relativamente calculados y, por ende, controlados por el agente. Por ejemplo, si un inversionista desea instalar una empresa minera o una fábrica, realizará un estudio de factibilidad del negocio, donde incluirá los costos de producción y los costos de los daños que pueda causar una determinada actividad económica. En tal supuesto, el agente está en mejores condiciones para controlar los riesgos y los daños al medio ambiente.
- b) Son producto de actos repetitivos y continuados, y solo excepcionalmente pueden ser originados de manera imprevista. Ahora bien, no cabe duda que los daños ambientales tienen efectos acumulativos que se incrementan día a día.
- c) Tienen una naturaleza difusa, ya que las víctimas no están individualizadas como sucedería en un accidente de tránsito (conductor/agente del daño y peatón/víctima). Las víctimas de los daños ambientales son generalmente indeterminadas, pues la contaminación alcanza a toda la sociedad en su conjunto, y en muchos casos las propias víctimas internalizan tales costos, ya que ni siquiera ellas saben por qué están padeciendo determinados males. Lo mismo, aunque no siempre, puede suceder con los agentes del daño; supongamos que en una localidad existen varias industrias ¿cuál es la que contamina? o, ¿qué incidencia tiene cada cual en el daño ambiental?
- d) Existe la afectación de un interés social, pues los daños al medio ambiente son fenómenos de naturaleza colectiva.

III. EL DESARROLLO ECONÓMICO VS. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

I. Los daños al medio ambiente y los daños a las personas y sus bienes: el caso del derrame de mercurio en el Perú

I.1. Minera Yanacocha S.A.

El Perú es uno de los siete países del mundo con mayores recursos mineros. En lo relacionado a la producción mundial, el Perú ocupa el segundo lugar en producción de zinc y bismuto, el tercero en plata y telurio, el cuarto en plomo, el quinto en cobre y estaño, el sexto en tungsteno y molibdeno y el noveno en oro. Este sector representa aproximadamente el 10% del Producto Bruto Interno (PBI) y, a partir de la década de los '90 se llevó a cabo una gran inversión en este sector por parte de las empresas mineras de todo el mundo, las mismas que han realizado importantes inversiones en las distintas etapas productivas de dicho sector (exploración, explotación y comercialización).

¹ Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Estrategia de Derecho Privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental*. En: *Temas*. Revista Editada por los estudiantes de la Facultad de la Facultad de Derecho de la PUCP No. 30, 1994, pp. 212-213.

Minera Yanacocha S.A. fue constituida legalmente en 1992 y está conformada por los siguientes accionistas: Newmont Mining Corporation, con sede en Denver, Estados Unidos (con 51,35% de las acciones), Minas Buenaventura, compañía peruana (con 43,65%) y el International Financial Corporation (IFC), brazo financiero del Banco Mundial (con 5%). El yacimiento aurífero de Yanacocha está ubicado en el departamento de Cajamarca, a 600 kilómetros al norte de Lima, a una altura de 3400 a 4120 metros sobre el nivel del mar.⁸ Es la mina de oro más importante de América Latina y una de las más rentables en el mundo. En 1997, por segundo año consecutivo, el Perú ocupó el primer lugar en la producción de oro en América Latina, desplazando a Brasil.⁹

A la fecha, la empresa minera Yanacocha ha pagado por concepto de impuesto a la renta al Perú, la suma de US\$ 16 500 000 millones y, por concepto de canon minero la suma de US\$ 8 250 000 millones.¹⁰

Estos datos reflejan por sí solos la importancia y magnitud de esta empresa minera en el Perú.

La actividad minera en Yanacocha genera muchas oportunidades de trabajo, pero también ha generado algunos problemas por daños al medio ambiente. Algunos informes también hablan de problemas en la seguridad de la ciudadanía, ya que con la presencia de la empresa minera se ha propiciado un incremento de la población urbana de aproximadamente 40,000 personas, se ha quintuplicado el parque automotor que actualmente viene produciendo una gran congestión y contaminación en la ciudad por los efectos de los gases de los vehículos y se han abierto muchos negocios como restaurantes, hoteles, casas de juego, discotecas, night clubs; asimismo, se ha incrementado la prostitución y la delincuencia.

Sin embargo, no quedan dudas de que la presencia de la empresa minera también ha generado fuentes de trabajo, así como también la inversión de grandes capitales, lo cual ha redundado en beneficio de toda la comunidad.

En conclusión, la explotación minera en el Perú, si bien contribuye en forma importante a la formación del PBI y a la generación de empleo, también genera serios impactos socio-económicos y ambientales en las diferentes zonas del país que merecen ser atendidos por nuestras autoridades.

1.2. Un lamentable accidente de derrame de mercurio en junio de 2000¹¹

El 2 de junio del año 2000, en la provincia de Cajamarca, ocurrió un lamentable accidente: la empresa transportista Ramsa (contratista de la empresa minera Yanacocha) derramó 400¹² litros de mercurio líquido (usado), habiéndose concentrado gran parte de este mercurio en la localidad de Choropampa. El derrame se produjo en una extensión de aproximadamente 100 kilómetros. Este hecho fue percibido por la población, quienes por curiosidad se acercaron y empezaron a reunir el mercurio pensando que era oro. Se dice que los choropampinos se lanzaron masivamente a las calles a recolectar el evasivo mineral con sus propias manos y con todo tipo de envases, inclusive con cucharitas de té. Algunos ciudadanos hicieron hervir el mercurio pensando que luego, al decantar el líquido, quedaría en el fondo de la olla el codiciado

⁸ Cf. <http://www.yanacocha.com.pe/index2.htm> (3 de noviembre de 2003).

⁹ www.yanacocha.com.pe

¹⁰ Cf. <http://www.yanacocha.com.pe/index2.htm> (3 de noviembre de 2003).

¹¹ Información obtenida de la Revista *Caretas*, edición 1626 (n.º 4 de julio de 2000; Boletín No. 2 de julio de 2000 del Observatorio de Conflictos Ambientales (www.observatorio.org); página web de la empresa Yanacocha (www.yanacocha.com.pe), entre otros varios periodicos e información periodística.

¹² Este número es discutido, pues se dice que fue una cantidad menor. Lo cierto es que hubo un importante derrame de mercurio.

sedimento de oro. Los niños lo usaron como juguete manipulándolo con las manos y guardándolo en frascos. Imaginemos lo que ha debido producirse, pues si a temperatura normal el mercurio se volatiliza, con el proceso de hervido en lugares pequeños y cerrados, el efecto nocivo ha debido multiplicarse considerablemente.

El día 9 de junio de 2000, la población que había tenido contacto con el mercurio presentaba los siguientes síntomas: manchas en la piel (*rash/cutáneo*), prurito, cefalea, dolor abdominal, vómitos, náuseas, dolores de garganta, sed, fiebre y dolor generalizado, sufriendo así las consecuencias de la grave contaminación por mercurio.

El tratamiento que empezaron a recibir las personas en el Hospital de Cajamarca fue la aplicación de medicamentos como Dexametaxina de S/ 1.00 y Clorofenamina de S/ 0.10, los cuales fueron pagados por Yanacocha¹¹, asumiendo los gastos médicos de los cientos de hospitalizados. Además, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental, se levantó dos kilómetros de asfalto y los pisos de muchas casas para llevarse el mercurio en bolsas selladas a un depósito más seguro.

Se sabe que Yanacocha fue sancionada con una multa del Ministerio de Energía y Minas por S/ 1 740,000.00.

Este hecho nos obliga a reflexionar acerca de lo que puede suceder en materia de daños al medio ambiente, implicando no solo a este sino también a las personas y sus bienes ¿Qué hacer frente a estos hechos?

2. Conflicto entre la empresa y la sociedad

Sin lugar a dudas, el mundo contemporáneo utiliza los recursos naturales en forma mucho más intensa y eficaz que las generaciones pasadas, lo cual ha sido necesario para una vida con mayores satisfacciones y comodidades. Pero también es cierto, "que tal utilización ocasiona como subproducto un deterioro de las condiciones ambientales de vida, y que si ese deterioro no es controlado, se producirá a largo plazo –en algunos aspectos a mediano plazo, en otros a corto y en algunos ya se viene produciendo– un efecto degenerativo de las condiciones de vida que puede llevar al mundo de la abundancia a situaciones aún peores que la escasez".¹²

Fernando de Trazegnies afirma que "aun cuando en principio el orden jurídico persigue siempre tanto la reparación del daño como su erradicación, no cabe duda de que existen daños que la sociedad tolera, respecto de los cuales persigue fundamentalmente el resarcimiento de la víctima antes que la erradicación absoluta del riesgo a través de una prohibición directa".¹³ Un ejemplo serían los accidentes de tránsito. En efecto, la sociedad sabe que se producirán accidentes que pueden inclusive terminar con la vida de las personas, pero tolera estos daños y principalmente orienta sus esfuerzos hacia el resarcimiento de las víctimas. Si la sociedad quisiera erradicar los accidentes de tránsito, tendría que prohibir la circulación de los vehículos, lo cual creemos no sucederá en un futuro inmediato, pues la sociedad actual no está dispuesta a prescindir de los beneficios que les reportan los vehículos, ni siquiera pretende sustituirlos. En consecuencia, la sociedad tolera los daños causados por vehículos automotores.

No obstante la existencia de daños que la sociedad tolera, existen "otros daños que la sociedad no puede aceptar de ninguna manera y respecto de los cuales persigue evitar su producción de la manera

¹¹ Puede consultarse la siguiente página web: <http://www.cobria.net/cobria/boletines/2000/mar02.htm> (24 de noviembre de 2005).

¹² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo II, Volumen IV (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1995), p. 327.

¹³ *Ibid.*, p. 319.

más tajante posible, sin perjuicio de prever además el resarcimiento de las víctimas resultantes de los actos violatorios de las prohibiciones correspondientes".¹⁶

Es cierto que la industria ha generado un mayor desarrollo en las economías de las naciones, pero también es cierto que la aplicación de las múltiples tecnologías ha causado y sigue causando el deterioro del medio ambiente. Basta describir el uso de los vehículos a combustible en mal estado para reflexionar acerca de la gravísima contaminación que se viene produciendo en la atmósfera. Fernando de Trazegnies nos invita a recordar el Perú del siglo XIX y expresa que la vida era radicalmente distinta a la que actualmente vivimos. En aquella época, describe el profesor peruano, no existían los vehículos a combustible y las empresas utilizaban el vapor como energía. Hoy día, tenemos vehículos que circulan en estado deprimente y empresas que utilizan combustible sin tecnología adecuada, efectos que en su conjunto contaminan el medio ambiente con los gases tóxicos que emanan por los tubos de escape de los vehículos o las chimeneas de las fábricas.

Frente a ello, dejamos constancia de nuestro rechazo por aquellas posturas que sostienen que en los países en vías de desarrollo es snobismo preocuparse por el medio ambiente, ya que existen otros problemas mayores que este, como son la grave pobreza en que se encuentran y que en algunos casos supera el 50% de la población. Esto es tan absurdo como despreocuparse de los enfermos de tuberculosis por atender a los enfermos de cáncer; u olvidarse por completo del problema de la educación por darle prioridad a la economía; o considerar frívolo preocuparse del problema del desempleo porque los damnificados de los terremotos necesitan atención. Cada problema es importante, y necesariamente debe ser motivo de atención y estudio a efectos de alcanzar propuestas de solución. La diferencia es que el desempleo puede revertirse, las crisis en general pueden tener solución, los damnificados pueden dejar de serlo, pero el medio ambiente una vez deteriorado o destruido, no puede ser resituado. Jamás será snob atender el problema de la contaminación ambiental.

Al respecto, Ricardo Lorenzetti expresa que el conflicto actual es entre la empresa y la sociedad, frente a lo cual se pregunta cuál de las dos debe soportar el daño.¹⁷

Según refiere Fernando de Trazegnies, los daños al medio ambiente nos confrontan con una patología de la economía liberal que desvirtúa el mercado al afectar gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos. Por ejemplo, dentro del sistema de precios, "el productor en situación de competencia tiende a bajar al máximo sus costos y a no hacer uso de la tecnología disponible para evitar los subproductos nocivos de su actividad con el fin de ahorrarse un costo adicional. En la medida que el comprador no siente ese daño ambiental en carne propia, sino que lo piensa referido a un tercero o a la comunidad en abstracto (sin comprender que él mismo forma parte de la comunidad)".¹⁸ Dicho de otra forma, las personas no dejan de comprar un bien o un producto porque su producción es contaminante, sino que únicamente piensan en el beneficio que les reportará inmediatamente. Nosotros adquirimos aerosoles porque deseamos que nuestras oficinas se mantengan frescas y agradables, poco importa si su uso contamina o no el medio ambiente. Muchas veces lo ignoramos y, si lo sabemos, pensamos que así como que una mariposa no hace un verano, un aerosol no va a afectar la atmósfera.

Este efecto en la economía se conoce como "externalidad". Una externalidad es el traslado de algunos costos a terceras personas ajenas a quien los genera. Estas externalidades o costos ajenos pueden ser positivos o negativos. Un ejemplo de externalidad positiva se da cuando una

¹⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 319.

¹⁷ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Reglas de solución de conflictos entre Sociedad y Medio Ambiente. En: *Revista Jurídica del Perú*, Op. Cit., p. 193.

¹⁸ Cf. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Estrategia de Derecho Privado para enfrentar la contaminación y luchar contra la contaminación ambiental. En: *Temas*, Op. Cit., p. 209.

entidad financiera se instala en un vecindario; en este caso, los vecinos se van a beneficiar en forma gratuita de la vigilancia que van tener durante las 24 horas del día. Pero la externalidad también puede ser negativa, supongamos que en lugar de un banco se inaugura un *night club*, no cabe la menor duda de que los vecinos van a sufrir las externalidades negativas que se manifestarán mediante la proliferación de la prostitución, la delincuencia, los ruidos molestos, etc.

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

Los daños al medio ambiente son externalidades típicas, ya que trasladan o imponen costos a terceras personas, en este caso a la sociedad en general, que no los ha generado. Por lo tanto, la actividad contaminante no desaparece para la empresa, sino se traslada a la comunidad; la cual, en el fondo estaría subvencionándola. Me explico: si una empresa, motivada por un utilitarismo y una maximización salvaje, no utiliza un tratamiento adecuado para que los productos que fabrica no contaminen, lo que está haciendo es trasladar ese costo a la sociedad, ya que ella deberá soportar el efecto de la contaminación por sus productos, lo que conllevará a que cada persona internalice el daño (y que por lo tanto no se haya nada al respecto) o que las autoridades (por ejemplo, municipios) tengan que combatir tal contaminación.

Imaginemos que una empresa arroja sus desechos en lugares no apropiados. Esto generará, por ejemplo, malos olores, epidemias, alergias a la comunidad, la cual deberá asumir los costos de tales enfermedades (consultas, tratamientos, etc); igualmente la municipalidad se verá afectada, ya que deberá asumir el costo de limpiar tales desechos (personal de limpieza). Estas externalidades generan pues, una ineficiente asignación de los recursos sociales a través de un mercado falseado, pues el producto de la empresa se encuentra subsidiado o subvencionado por los consumidores o usuarios de los productos que contaminan.

Esto no puede ni deba suceder: ¿Cómo enfrentar este problema?

3. Asignación de titularidades sobre el medio ambiente

Según Guido Calabresi y Douglas Malamed¹⁹, partidarios del *Law and Economics*, la resolución de un conflicto de inmisiones (léase contaminación ambiental) puede abordarse estableciendo dos etapas:

- a) *Asignar titularidades*, es decir, determinar quién posee el derecho preferente. En consecuencia, puede concederse al productor del daño el derecho a desarrollar la actividad perjudicial, o puede concederse a la víctima el derecho a no sufrir el daño.
- b) *Elegirse el modo o la forma de proteger la titularidad*. Una posibilidad es conceder al que la detenta una acción de cesación (injunción: un remedio de tutela de los derechos). Si la víctima posee la titularidad, entonces se deberá otorgar acción para solicitar que el productor del

¹⁹ Cf. CALABRESI, Guido y MALAMED, Douglas. *Reglas de la propiedad, reglas de la responsabilidad e inmensitables*. Un vistazo a la catástrofe. En: *Thema*, Revista Editada por los miembros de la Facultad de la Facultad de Derecho de la PUCP. No. 21, 1992, pp. 83-86.

daño no continúe con la actividad dañosa, pero en tal caso, cabría la posibilidad de que el productor del daño continúe con su actividad si soborna a la víctima.

Un mecanismo o vía alternativa para proteger la titularidad es otorgar al que la ostenta una indemnización determinada por un organismo del Estado.

La titularidad sobre los bienes resulta de enorme importancia para evitar las externalidades. Así, por ejemplo, es muy usual que la gente arroje basura a la calle, o que saque a pasear a sus perros a los parques con la finalidad de que puedan realizar sus necesidades (¿Acaso se le ocurriría a esta gente arrojar la basura en la sala de su domicilio o llevar al perro al jardín del vecino? Desde luego que nadie lo haría, porque nadie afectaría sus bienes, ni causaría un daño a sí mismo y menos dañaría los bienes del vecino, pues sabe que el vecino lo demandaría. Sin embargo, como sabe que la calle es de todos lleva a pasear al perro para que haga sus necesidades en el parque o arroja la basura en la calle porque nadie lo va a demandar, porque no existe una titularidad sobre esta. Me dirán que el titular es la Municipalidad, sí, pero si esta es incapaz de evitar los daños o el costo de contratar vigilantes en cada cuadra es elevado, estaría pues incapacitada para contrarrestar los daños al medio ambiente. En buena cuenta, la gente daña el medio ambiente porque sabe que nadie va a decirles nada o que nadie va a demandarlos. Este hecho es una realidad, que, desde luego, debe ser corregida.

El medio ambiente es un bien público de uso común que genera múltiples beneficios a sus habitantes. Al respecto, Ricardo Lorenzetti²⁹ advierte que existe una indivisibilidad de tales beneficios, ya que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan. Esto trae como consecuencia la prohibición de la apropiación privada individual y el carácter difuso de la titularidad. Del mismo modo, agrega que todos los individuos tienen derecho al medio ambiente y, desde luego, también las generaciones futuras (principio de la no exclusión de beneficiarios). En efecto, el medio ambiente es de todos y no es de nadie. Esto plantea, como hemos visto, problemas de acción colectiva, ya que nadie se preocupa en cuidarlo debido a la creencia de que otros lo harán.

En conclusión, asignar titularidades privadas sobre todos los bienes que conforman el medio ambiente podría ser una solución, pero ello no es posible, ya que nadie desearía ser propietario de la calle, a menos que ello le reporte un beneficio, una utilidad. En algunos casos esto es factible, como podría ser el caso de los parques o del patrimonio cultural, los cuales se pueden entregar en concesión (otorgar titularidad) a la empresa privada que podría beneficiarse, por ejemplo, con la publicidad, pero a cambio de mantenerlos en buen estado y demandar a los agentes del daño ambiental en el caso de que se atente contra estos bienes. Pero, por lo general, debido a que el medio ambiente es un bien colectivo, hace imposible otorgar titularidades, por lo que es un deber y un derecho del Estado, y de los ciudadanos, defender y proteger el medio ambiente de todos aquellos agentes que lo destruyan o deterioren.

4. **Hacia un desarrollo sustentable de la sociedad postmoderna**

Difícilmente alguien esté en contra del uso de vehículos a combustible, de la existencia de empresas industriales, o de la aparición de importantes capitales en nuestros países que generen fuentes de trabajo; pero, desde luego, nadie racionalmente admitiría que tal desarrollo se logre mediante el sacrificio del medio ambiente. Resulta necesario que tal desarrollo económico se realice dentro de un marco de razonabilidad, de allí que se hable hoy día de un desarrollo sustentable.

²⁹ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente*. En: *Revista Jurídica del Perú*, Op. Cit., pp. 194 y 195.

En términos sencillos, el desarrollo sustentable busca satisfacer las necesidades de los miembros de la sociedad actual, sin comprometerlos, pero, al mismo tiempo, asegurando las necesidades de las generaciones futuras. Mediante el desarrollo sustentable, podemos usar lo que queramos del medio ambiente, pero sin que tal uso implique una destrucción total de los recursos naturales o del patrimonio cultural.

Por consiguiente, la explotación de los yacimientos mineros, de los bosques, etc., no puede realizarse en forma irracional e irresponsable, tales actividades deben ejecutarse sobre la base de que las futuras generaciones también necesitarán bosques, minas, aire respirable, etc.

Respecto a la preservación de aquellos bienes que sustentan el desarrollo, Ricardo Lorenzetti²¹ plantea las siguientes interrogantes:

- a) ¿Qué debe ser sustentable, el desarrollo o los recursos?
- b) ¿Cómo evaluar económicamente el ambiente, tratándose de bienes que están fuera de la oferta y la demanda?
- c) ¿Si el objetivo consiste en preservar el capital ambiental, puede compensarse la disminución de un recurso con el aumento de otro?
- d) ¿Esta compensación debe ser entre recursos iguales o puede cambiarse entre desiguales?
- e) ¿Puede cambiarse una selva por un bosque?
- f) ¿La compensación debe ser a escala local, nacional o internacional?
- g) ¿Es válido compensar un recurso de Europa con otro de América?
- h) ¿Cómo se hace para sustentar los recursos no renovables?
- i) ¿Es contabilizable la capitalización de rentas?, ¿cómo se puede hacer con el dinero?
- j) ¿Cómo podemos cuantificar la innovación tecnológica futura?
- k) ¿Es igual el concepto de desarrollo sustentable entre las naciones desarrolladas y no desarrolladas?

Como podemos apreciar, el desarrollo sustentable es mucho más complejo de lo que parece. No obstante, existe un denominador común: usemos y disfrutemos; en suma, exploremos todos los bienes que conforman el medio ambiente, pero en forma razonable, sin deteriorar o destruir, lo cual va a determinarse en función del tipo de bien que se explore, el lugar donde se instale la fábrica; en general, de los costos y beneficios que genere tal actividad económica.

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRENTE A LOS DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

Enfrentar los daños al medio ambiente es una decisión que implica reflexionar en los costos y beneficios que pueden generar los distintos esquemas legales que se diseñen. En tal sentido, coincidimos con Alfredo Bullard y Yashmin Fonseca cuando advierten que "*La forma como un sistema jurídico ha previsto proteger el medio ambiente refleja (o debería reflejar) lo que dicho sistema piensa de tal protección, así como el modelo de desarrollo económico que se ha adoptado. A través de las acciones legales previstas en un ordenamiento podemos 'leer' la política ambiental de un país. Dicha 'lectura' debería conducirnos a un modelo de desarrollo sustentable, que protegiendo al medio ambiente permita la auténtica satisfacción de las necesidades humanas*".²²

En consecuencia, la normatividad dependerá muchísimo de la política de Estado en materia de protección al medio ambiente. No obstante, creemos que tal política, en todos los países, deber

²¹ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho ambiental en el azaroso paisaje del Mercosur*. En: *Revista Jurídica del Perú*, Año-LI, No. 24, Editora Normas Legales, Trujillo, julio 2001, pp. 173-179.

²² Cf. BULLARD, Alfredo y FONSECA, Yashmin, *Alternativas para la Protección Legal de los Derechos Ambientales en el Marco del Desarrollo Sustentable*. En: *Derecho y Ambiente: Aproximaciones y perspectivas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 207-208.

ser, por lo menos, uniforme en cuanto a los principios o normas fundamentales, ya que la protección del medio ambiente no es competencia exclusiva de un país, sino de todo el planeta, de todos los estados.

Hace algún tiempo, escuché a un periodista decir que la globalización implica que los empresarios puedan fabricar bienes recurriendo a los países que les ofrezcan mejores condiciones de fabricación a un menor costo. Por ejemplo, si una empresa de autos desea fabricar un nuevo modelo de automóvil, debido a la globalización, podría fabricar las llantas en un determinado país, porque allí la mano de obra es más barata; los carburadores en otro país, porque allí no existen normas que protejan el medio ambiente; etc. En buena cuenta, la globalización permite a las grandes empresas transnacionales obtener mayores beneficios a un menor costo. Esto no es malo, lo negativo consiste en cometer un fraude a ley y, como consecuencia de ello, dañar el medio ambiente.

Steven Shavell²⁴ ha clasificado las acciones legales que se pueden aplicar a los daños socialmente indeseables de dos formas:

- a) La primera clasificación corresponde al **criterio de oportunidad de ejercicio de la acción, sobre la base del momento de la producción del daño**. Esto puede ser:
 - i) **Acciones ex-ante**: Cuando la intervención del Estado, a través de la autoridad competente, se realiza antes de que se produzca el daño.
 - ii) **Acciones ex-post**: Cuando la intervención del Estado, a través de la autoridad, se realiza después de que el daño se ha producido.
- b) La segunda clasificación depende del **sujeto que tiene la iniciativa para accionar frente al daño ocasionado o por ocasionar**. Pueden ser:
 - i) **Acciones de iniciativa privada**: Cuando el impulso procesal proviene de una persona natural o jurídica que demanda o denuncia a la autoridad competente con la finalidad de solicitar la satisfacción de una determinada pretensión. Esto se conoce como acciones de parte.
 - ii) **Acciones de iniciativa estatal**: Cuando el impulso inicial corresponde a un ente estatal, creado o designado específicamente para proteger o supervigilar los intereses afectados. Se les conoce también como acciones de oficio.

Desde nuestro punto de vista, el ordenamiento jurídico tiene dos medios para combatir o luchar contra los daños al medio ambiente:

- a) Por un lado, puede intervenir directamente para prohibir o reglamentar las actividades que causen o puedan causar daños ambientales.
- b) También puede sancionar a los productores de daños ambientales, obligándolos a pagar los daños que causen.

Estos medios para luchar contra los daños ambientales pueden ser accionados por el Estado o los particulares.

En este trabajo, nos abocaremos únicamente al análisis de la responsabilidad civil, es decir, al resarcimiento y/o indemnización por los daños que se causen al medio ambiente.

²⁴ SHAVEN, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987, citado por BULLARD, Alfredo y FONSECA, Yairmin, Op. Cit., pp. 208 y ss.

V. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

La función de la responsabilidad civil está orientada a indemnizar los daños que se ocasionen a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una relación jurídica obligacional, generalmente proveniente de un contrato, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista un vínculo obligacional entre el productor del daño y la víctima. En el primer caso, estamos ante la conocida responsabilidad contractual u obligacional (que en nuestro país se encuentra regulada en el Libro VI del Código Civil, bajo el Título "Inejecución de Obligaciones"); y, en el segundo, ante la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Estamos frente a la responsabilidad civil contractual cuando un sujeto viola un deber asumido específicamente, es decir, incumple alguna o todas sus obligaciones contractuales; en cambio, la responsabilidad extracontractual se presenta cuando se viola el deber genérico de no causar daño a otro, no siendo necesario que exista un contrato o relación jurídica obligatoria.

Para la existencia de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, se requiere que se encuentren presentes los siguientes requisitos: la antijuridicidad, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución.¹⁴

Teniendo en cuenta que en la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se daña a una persona o a sus bienes; respecto de los daños al medio ambiente, ¿es necesario que se cause un daño a una persona o sus bienes para argumentar el surgimiento de la responsabilidad civil por un daño ambiental? Dicho de otra forma, ¿se podrá demandar la responsabilidad civil a una empresa que contamina el medio ambiente?

Un sector de la doctrina sostiene que "debe reconocerse que la responsabilidad civil es, hoy por hoy, un instrumento jurídico, cuya primera finalidad no es precisamente la protección del medio ambiente. Si todo el Derecho Civil se preocupa por la persona, o lo que se encamina a la protección de la responsabilidad civil principalmente es a la propiedad y a la salud de las personas. De ello se deriva, indirectamente, una protección al medio ambiente, pero solo en cuanto hay un bien patrimonial o personal (un derecho de un particular sobre ellos) que ha sido dañado. De no ocurrir así, de no darse tal daño, el ordenamiento jurídico dispone de otros medios para reaccionar, a través de los Derechos Administrativo y Penal, pero ya no entrará en juego el ordenamiento jurídico civil, puesto que no es ese su cometido principal (sin perjuicio de que en un futuro pueda hacerse uso más frecuente de instrumentos civiles de protección más directa del medio ambiente que la que proporciona el instituto de la responsabilidad civil, tales como las acciones interdictal y negatoria)".¹⁵

Carlos de Miguel Perales, en un trabajo destinado al análisis de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, concluye que "en la actualidad el daño ambiental, a efectos de la responsabilidad civil, es aquel sufrido por una persona determinada, en su propia persona, como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental (por ejemplo, intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminado por una industria) o en sus bienes, cuando estos forman parte del medio ambiente (un bosque, por ejemplo) o cuando resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente. No obstante, (...) creemos que en un futuro no lejano este panorama cambiará, y así parecen indicarlo tanta algunas decisiones de nuestro TS al analizar nuestro artículo 45 CE, como algunos cambios que están teniendo lugar a nuestro alrededor, hechos todos ellos relacionados con la legitimación activa (...). Por todo ello, es pensable que la responsabilidad civil llegue a ampliar su

¹⁴ Sobre los elementos de la responsabilidad civil en el Derecho peruano puede consultarse el libro de TARCUSA CORDOVA, *Liando, análisis: Elementos de la responsabilidad civil (Centenares a los noventa dedicados por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil contractual y extracontractual)*, Editora Jurídica Gufoyle, Lima, 2001, pp. 25-91.

¹⁵ Cf. DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Coaguila, S.A., Madrid 1997, pp. 85-86.

campo de actuación, abarcando los daños ocasionados, además de a los particulares en su persona o en sus bienes, a cosas que puedan conceptuarse como res nullius, básicamente a través de la legitimación activa de las acciones".²⁴

Por nuestra parte, hemos definido al daño ambiental "como los daños que se causen o pudieran causarse al medio ambiente, es decir, a los recursos naturales y al patrimonio cultural en general, independientemente de que, como consecuencia de un daño al medio ambiente (por ejemplo, contaminación del aire), se produzcan daños a las personas (enfermedades) o a sus bienes (perjuicio en los cosechios)". La responsabilidad civil por un daño ambiental se presenta, pues, cuando se lesiona directa o indirectamente el medio ambiente.

Si bien existen algunas normas administrativas y penales que tienen por finalidad sancionar las conductas que causen daños al medio ambiente, debe precisarse que en el caso penal se exige, además de la tipicidad, la intencionalidad, es decir, el dolo del productor del daño; y que, en el área administrativa, la tutela del medio ambiente es insuficiente. No obstante la ventaja de estas medidas, creemos que no se debe confiar exclusivamente al Estado la conservación de la naturaleza y la lucha contra los daños al medio ambiente: es necesario que se complemente esta función con la acción de los particulares, mediante el sistema de la responsabilidad civil. Para una mejor ilustración de lo señalado, relataremos el siguiente caso.

1. El caso "Pantanos de Villa" o caso "Lucchetti"

A mediados de 1997 la empresa Lucchetti Perú S.A. –empresa de capitales chilenos– (en adelante Lucchetti) empezó a construir, en un área de 59,943.00 m², una importante fábrica industrial de pastas frente a la Zona Reservada de Pantanos de Villa o Área Ecológica Metropolitana ubicada en el Departamento de Lima, "poniendo en peligro, según la opinión de expertos y organizaciones ecologistas nacionales y extranjeras, la última reserva ecológica existente en la ciudad de Lima, la cual no solo constituye patrimonio de la Nación, sino un humedal de importancia mundial reconocido como tal por la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, celebrada en Ramsar el 02 de febrero de 1971 y ratificada por el Perú en 1991".²⁵

Los Pantanos de Villa constituyen, según los expertos, el único refugio de vida silvestre en la región central costera del Perú para aves migratorias de otros continentes; además, alberga importantes asociaciones de flora silvestre propias de los ecosistemas acuáticos, constituyendo una muestra representativa de la diversidad biológica del Perú.²⁶

El caso es que los terrenos que fueron adquiridos por la empresa Lucchetti se encontraban calificados con el uso de industria fina 1-2 y tenían el carácter de bien rústico. Si la empresa Lucchetti quería construir su fábrica en esta zona, debía reunir ciertos requisitos como un Estudio de Impacto Ambiental, el cambio de uso del bien de rústico a urbano, la licencia provisional y luego la licencia definitiva de construcción. Estos documentos, según la Municipalidad de Lima, no fueron presentados. Por su parte, la empresa Lucchetti argumentó contar con todos los documentos necesarios y con una licencia provisional de la Municipalidad de Chorrillos, por estar ubicada la futura fábrica dentro de este distrito.

²⁴ Cf. DE MIGUEL PERALES, Carlos, Op. Cit., pp. 87-88. Las siglas TS y CE significan Tribunal Supremo Español y Constitución Española, respectivamente.

²⁵ Cf. BLUME FORTINI, Ernesto, El caso Lucchetti: el derecho y el deber de una ciudad de defender su patrimonio ambiental. La desnaturalización del proceso de amparo: la abdicación del Poder judicial. En: *Revista Dialogue con la Jurisprudencia*, Lima, Gestión Jurídica Editores, Año IV, No. 9, 1998, p. 102.

²⁶ Cf. BLUME FORTINI, Ernesto, Op. Cit., p. 107.

En 1997, la ciudadana Rossina Luz Prieto (estudiante de Derecho perteneciente a una asociación vinculada con la defensa de la ecología y el medio ambiente) solicita al Poder Judicial una medida cautelar de no innovar fuera de proceso, con la finalidad de que se le prohíba a Lucchetti continuar con la construcción de su planta industrial y a las Municipalidades de Lima y Chorrillos proseguir con la tramitación de cualquier expediente administrativo iniciado o por iniciarse tendiente a permitir la construcción de la planta industrial frente a la zona reservada de los Pantanos de Villa.

La empresa Lucchetti, frente a las resoluciones de la Municipalidad de Lima que declararon, entre otras cosas, nulas las licencias de construcción y otras autorizaciones administrativas referidas a la edificación de su planta industrial en el Distrito de Chorrillos, presentó una acción de amparo contra la Municipalidad de Lima, a efectos de solicitar, entre otras cosas, el cese inmediato de las amenazas a su derecho de propiedad. Esta acción de amparo fue admitida en tiempo récord.

He querido relatarles este caso, pues es una muestra clara de cómo la función administrativa del Estado puede verse algunas veces incompleta o incapacitada para proteger el medio ambiente, aunque, desde luego, la responsabilidad civil tampoco es el remedio mágico. Serán los jueces los que decidirán en última instancia; de allí la necesidad de que las sociedades cuenten con un Poder Judicial sólido y autónomo y, desde luego, altamente capacitado.

2. El instituto de la responsabilidad civil

Creemos que la responsabilidad civil es un mecanismo idóneo para obligar al responsable del daño a repararlo, además de pagar una indemnización punitiva, de ser el caso. Por lo tanto, la finalidad que debe cumplir la responsabilidad civil, en términos funcionales, no solo debe estar dirigida a indemnizar el daño causado, es decir, cumplir una finalidad reparadora o resarcitoria, sino que también debe tener por finalidad prevenir la producción de nuevos daños y erradicarlos por completo; lo cual se lograría, desde nuestra perspectiva, a través de los llamados daños punitivos o indemnizaciones punitivas, que en nuestro medio —donde todavía no existe una cultura ambientalista— serían idóneos.

Actualmente, existe un sector de la doctrina que está replanteando el sistema de la responsabilidad civil hacia un nuevo Derecho de Daños, colocando el énfasis en los daños que sufran las personas o su patrimonio, así como también en el resarcimiento de los nuevos daños que están ocasionando el exagerado maquinismo industrial y tecnológico. Así, la responsabilidad civil por daños al medio ambiente comprenderá todos los daños que se causen a este como un bien jurídico colectivo, cuya titularidad no recae en un sujeto determinado, sino en la colectividad.

Teniendo en cuenta la regulación dual de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual), frente a los daños al medio ambiente, en principio, será muy difícil aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, salvo que exista un contrato entre un sujeto que potencialmente ocasione daños al medio ambiente y la comunidad que potencialmente los asuma. Por ejemplo, un contrato que celebre una compañía industrial o minera con la comunidad vecina mediante el cual la empresa se obliga contractualmente a no causar daños al medio ambiente. En este caso, si la empresa causa un daño estaría incumpliendo el contrato y, por lo tanto, la comunidad podría solicitar la indemnización aplicando las reglas de la responsabilidad civil contractual. Aunque este hecho puede sonar a utopía, tal vez ocurra en alguna oportunidad.

Como las reglas de la responsabilidad contractual no son eficaces frente a los daños al medio ambiente, debemos recurrir a las normas de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, primero hay que distinguir los daños ambientales que en forma inmediata no causan un daño a una persona y/o a su patrimonio en particular, de los daños ambientales que además de dañar el medio ambiente causan daños directos a las personas y/o a su patrimonio.

3. Los daños ambientales que afectan el medio ambiente y también causan perjuicios a las personas o a su patrimonio

En este primer supuesto, la actividad contaminante, además de causar un daño al medio ambiente o a alguno de sus componentes (por ejemplo, el aire o las aguas), también genera daños a determinadas personas y/o afecta sus bienes.

La aplicación de la responsabilidad civil extracontractual para defender el medio ambiente en el Perú, aunque en forma indirecta, tuvo antecedentes bastante tempranos. Fernando de Trazegnies comenta la demanda interpuesta en 1936 por doña Elvira Santa María de Bazo, representante de la testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la empresa Cerro de Pasco Copper Corporation, para solicitar la indemnización por los daños que había sufrido su ganado lanar y vacuno, como consecuencia de los humos de la fundición La Oroya.²⁷

Lo interesante de este caso fue su novedad y la atracción por la calidad y reputación de dos de los mejores abogados de la época que defendieron a las partes. El abogado de los demandantes fue el doctor Manuel Augusto Olaechea y por los demandados se encontraba el doctor Ernesto de la Jara.

La parte 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 coeficiente de natalidad, en la pérdida progresiva de la lana y en el desmejoramiento y el empobrecimiento fisiológico de los ganados. Planteó la responsabilidad del demandado sobre la doble base legal de la culpa y el riesgo creado, sosteniendo inclusive que la empresa minera, al operar la fundición de La Oroya, causó los humos por un acto deliberado y constante de libre determinación.

La empresa demandada se defendió con argumentos de hecho: "los humos no causan daño", y con argumentos económico-productivos: "la acción nociva es inherente a la industria metalúrgica y no está en sus manos remediarla". Invocaba, también, un pacto de no responsabilidad.

Por Resolución Suprema del 1 de diciembre de 1942, la Corte Suprema declaró fundada la demanda y condenó a la empresa Cerro de Pasco Copper Corporation al pago de los daños causados.

Esta jurisprudencia, en palabras de Fernando de Trazegnies, no tenía por finalidad proteger directamente el medio ambiente, pues la parte demandante buscaba obtener una indemnización por un daño individual; por tanto, la resolución no realiza un análisis económico-social de la contaminación al medio ambiente. Pero lo que sí resulta interesante es la forma cómo se falla en favor de la parte demandante que alegaba daños en su ganado por los humos de la empresa minera, para lo cual se rechazó la pretendida inmunidad de la empresa contaminante, que se defendía alegando que la contaminación es una consecuencia inevitable y necesaria de la producción industrial.

Comentando este caso, Fernando de Trazegnies, a dicho que "hacer responsable al agente contaminante y obligarlo a pagar una indemnización por ello es de alguna manera no solo reparar a una víctima sino también obligar a internalizar el costo ambiental dentro de la contabilidad de la empresa o actividad contaminadora, lo que incrementa el precio de sus productos y los hace económicamente menos deseables. Así, además de solucionar el problema inmediato de un individuo afectado, la acción de responsabilidad extracontractual tiene como subproducto, por la vía del mercado, un efecto disuasivo que tiene un valor social y que constituye un aporte a la lucha de la sociedad por la preservación del ambiente".²⁸

²⁷ Cf. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, tomo I, Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 336-337.

²⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Ensayos de Derecho Privado para comentar la actualización de la legislación civil*, En: *Temas*, No. 30, 1994, p. 217.

En tal sentido, los daños ambientales que causen daños a las personas o a sus bienes no generan mayor problema en la aplicación de la responsabilidad extracontractual, ya que las personas afectadas podrán acreditar la existencia de los elementos configurativos de la responsabilidad civil, vale decir, la antijuridicidad, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución.

En el caso bajo análisis, la conducta de la empresa contaminante será antijurídica en la medida que su conducta violó el deber genérico de no causar daño a otro, deberes contemplados en el Código Civil peruano en los artículos 1969 y 1970. El segundo requisito es el daño causado, es decir, la lesión al derecho subjetivo de propiedad de la testamentaria Juan Bazo Velarde. El tercer elemento está referido al nexo causal, es decir, la relación de causa a efecto entre la conducta contaminante (humos) y el daño producido (daños al ganado). Finalmente, se encuentra el factor de atribución, que determinará la existencia de responsabilidad civil, el mismo que puede estar fundado en la culpa (responsabilidad subjetiva) o en el riesgo creado (responsabilidad objetiva).

4. Los daños ambientales que inmediatamente no causan un perjuicio a una persona o a su patrimonio

En estos casos existe un daño ambiental, pero este no afecta inmediatamente a determinadas personas (inclusive recién podría afectar a las generaciones futuras) o a sus bienes (patrimonio). Por ejemplo, la destrucción de la capa de ozono, como consecuencia de la actividad industrial u otros actos nocivos, no produce daños inmediatos en personas determinadas o en sectores de la comunidad identificables, sin embargo algunos estudios señalan que está generando, por ejemplo, cáncer en la piel. En tal caso, ¿podemos aplicar a esta clase de daños las reglas de la responsabilidad civil extracontractual?

En principio, el sistema de responsabilidad civil extracontractual ha sido pensado y diseñado para indemnizar los daños interindividuales entre sujetos perfectamente identificados, es decir, el daño que causa un sujeto a otro. Sin embargo, los daños ambientales presentan características especiales, pues muchas veces no se puede identificar a los productores del daño ni a las víctimas. En el caso de la destrucción de la capa de ozono, si bien se sabe que ello es producto de la actividad industrial (fábricas) y/o de los gases tóxicos que se desprenden hacia la atmósfera (por ejemplo, los vehículos en mal estado), ¿cómo determinar quién es el responsable de este daño irreparable? Cada uno de los conductores, cada fábrica, cada sujeto que utiliza un aerosol, ¿quién es el responsable? La figura se complica cuando estamos frente a daños que atraviesan las fronteras territoriales, pues el daño que genera la actividad industrial y minera del Perú, destruyendo el medio ambiente, no solo va a afectar a los peruanos sino al mundo entero. ¿Cómo aplicar, entonces, el instituto de la responsabilidad civil? Es evidente que existen problemas teóricos para sancionar a los responsables de daños exclusivamente contra el medio ambiente.

Debe replantearse, pues, el sistema de la responsabilidad civil a efectos de adecuarlo a los nuevos daños que se producen en la actualidad. Es un reto que los operadores del Derecho (jueces, abogados, profesores) deben enfrentar.

VI. NECESIDAD DE UNA NORMA EXPRESA EN EL CÓDIGO CIVIL

En el Código Civil peruano de 1984 no existe una norma expresa que contemple los supuestos de daños al medio ambiente. No obstante, el Proyecto de Responsabilidad Extracontractual de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, elaborado por el doctor Fernando de Trazegnies Granda, incluía una norma específica, el artículo 12, cuyo tenor era el siguiente:

"Los daños derivados del incumplimiento de las normas legales o que involucren un efecto de contaminación ambiental o, en general, los daños socialmente intolerables serán reparados

directamente por sus causantes. Los aseguradores que abonen indemnizaciones en relación con este tipo de daños, tendrán siempre recurso para repetir contra el causante, salvo que éste sea el propio asegurado.

*La ley establecerá los casos graves de contaminación ambiental cuyos efectos dañinos no podrán ser asegurados frente a terceros.*²¹

El autor del proyecto, en su Exposición de Motivos, expresó que "el sistema propuesto (...) tiende a entender la responsabilidad civil como un medio de proporcionar reparación a la víctima antes que como una forma de castigar un presunto culpable. Sin embargo, hemos señalado que, además del propósito reparador, la responsabilidad civil cumple una función subsidiaria de emendación del daño mismo (deterrence)". Y que "los daños socialmente intolerables son aquellos que atentan contra las condiciones que la sociedad como un todo quiere preservar, independientemente o adicionalmente de los intereses privados. En realidad, estos daños constituyen formas encubiertas de transferir costos de producción a quienes no tienen los beneficios de la misma y que, por consiguiente, no deben ser cargados con ellos".²²

Esta norma, y casi todo el Proyecto elaborado por el doctor Fernando de Trazegnies, no fue tomado en cuenta por la Comisión Revisora²³, argumentando, en el caso específico del daño ambiental, que la categoría de daños socialmente intolerables "no tenían justificación doctrinaria". En buena cuenta, no se admitió esta ni otras propuestas, porque eran muy avanzadas para su tiempo. Nada más absurdo. Esto me hace recordar a la contratación masiva de mano de obra china a mediados del siglo XIX: aquí ningún jurista analizó la contratación predispuesta de chinos, pues ellos no eran considerados personas, sino casi objetos. De haberse estudiado el problema, habríamos acuñado los contratos por adhesión mucho antes que el jurista francés Raymond Saleilles.²⁴

En todo caso, hoy no existe esta norma en el Código Civil.

Nosotros somos partidarios de la inclusión de una norma específica en el Código Civil que regule la responsabilidad civil del daño ambiental u otros daños socialmente intolerables, pues solo así se evitará que los causantes del daño ambiental evadan el resarcimiento y la indemnización de dicho daño, argumentando que el mismo no procede, ya que no se cumple con los requisitos que se exige para aplicar la responsabilidad civil extracontractual, como son la antijuridicidad, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución.

Proponer la inclusión de una norma expresa que regule la responsabilidad civil en los casos de daños al medio ambiente no es una novedad, pues existen antecedentes doctrinarios en el derecho romano. Como relata Fernando de Trazegnies, los juristas romanos "habían previsto la posibilidad de responsabilidades cuyo causante no pudiera ser determinado individualmente, como en el caso de la *actio de locis vel effusis*: si de la ventana de una casa una persona arrojaba agua sucia u otras desperdicios a la calle (lo que podía ser frecuente en una sociedad sin una red pública de desagüe), el peatón que resultaba desagradablemente mojado podía demandar a cualquiera de los habitantes de esa casa, sin tener que precisar quién había sido el que efectivamente causó el daño. Evidentemente, con el tiempo y los servicios públicos, el caso de los excrementos arrojados desde una ventana perdió importancia, y los Códigos modernos han olvidado esta acción. Sin embargo, lo interesante no era la forma concreta y prototípica de causar el daño, sino el principio de responsabilidad difusa que estaba implícito y que ahora vuelve a cobrar interés en el caso del medio ambiente; sin mencionar las nuevas effusiones y desicciones

²¹ Cfr. Proyecto y Antiproyectos de la Reforma del Código Civil, Tomo II, Libro. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, p. 349.

²² Cfr. Proyecto y Antiproyectos de la Reforma del Código Civil, Op. Cit., Tomo II, p. 349.

²³ Véase el Apartado de las razones por las que se propone en la actualidad la Reforma del Código Civil peruano de 1984.

²⁴ Véase el trabajo del autor, La asimetrización del contrato: del contrato negociado al contrato preimpuesto. En: *Contratos y Contratos*, libro general y particular, obra colectiva dirigida por Adán A. Alvarez, José Luis de los Ríos y Carlos Soto, Vol. I, Editorial Trilce-Palabra Editores, Bogotá, 2000, pp. 415-437.

industriales del mundo moderno que resultan equivalentes, pues las actuales fábricas suelen arrojar también sus excrementos al aire o a los ríos y mares sin preocuparse a quién le caiga el problema".³⁵

Asimismo, consideramos que esta responsabilidad debe ser eminentemente objetiva, no siendo necesaria la prueba de la culpa del agente del daño, sino únicamente la existencia del daño. Mediante el factor de atribución objetivo se prescinde de la culpa para imputar la responsabilidad por los daños ambientales. El factor objetivo se fundaría en el riesgo que generan ciertas actividades que se desarrollan o determinados bienes que se utilizan. Por consiguiente, la responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente será imputable al agente, aun cuando este demuestre su ausencia de culpa.

VII. INCLUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS INDEMNIZACIONES PUNITIVAS POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

I. Indemnizaciones punitivas

Esta clase de indemnización es conocida en el derecho anglosajón, principalmente en los Estados Unidos de América, con el nombre de *daños punitivos*. Según Aida Kemelmajer de Carlucci, los *exemplary damages* o *punitive damages* "se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañado) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir y desanimar acciones del mismo tipo".³⁶

El *Restatement of Torts* expresa que los *punitive damages* sirven para "penar a una persona por su conducta ofensiva, y para disuadir a ella, y a otros como ella, de obrar una conducta similar en el futuro".³⁷

Nosotros preferimos utilizar la denominación de *indemnizaciones punitivas (exemplary damages)* antes que *daños punitivos*, pues lo que se sanciona o penaliza no es el daño causado, sino el hecho ilícito del infractor que ocasionó el daño.³⁸

Las indemnizaciones punitivas consisten en la suma que el juez ordena pagar al demandado, por causa de su reprobable conducta, en favor de la víctima³⁹, independientemente de la reparación e indemnización por el daño en sí. Es un plus que recibe la víctima-demandante.

Para su procedencia se exige⁴⁰:

- Que el juez entienda que está frente a un caso en que hay que sancionar y, además, disuadir o desanimar acciones de este tipo.
- Que el demandado haya actuado, al menos, de mala fe; dicho de otro modo, que su conducta se caracterice por circunstancias agravantes como el capricho, la temeridad, la malicia, la negligencia o el descuido craso, la opresión, la contumacia o fraude, etc. Algunos de los calificativos usados por la jurisprudencia son "malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable, grosera negligencia", etc.

³⁵ Cf. DE TRAZIGNES GRANDA, Fernando, *Estrategia de Derecho Privado para combatir la contaminación ambiental*. Op. Cit., p. 318.

³⁶ Cf. KHELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Consejos de la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho argentino*. En: *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXVII, segunda época, Buenos Aires, No. 31, p. 20.

³⁷ Ver ALTERINI, Attilio Anibál, *Contratos. Ciclos -comerciales- de consumo. Teoría general*. Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1999, pp. 604-605.

³⁸ El profesor Ramón Daniel Riccio es de igual parecer (Cf. PIZARRO, Ramón Daniel, *Daños Punitivos*. En: *Derecho de Daños*, 2do parte, Libro Homenaje al Profesor Félix Alberto Tigo Represa, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1993, p. 291, nota 7).

³⁹ Venimos que no siempre estas indemnizaciones van a parar a la víctima en su totalidad, pudiendo caer en determinados casos la entrega de esta suma parcialmente a la víctima y parcialmente a otro.

⁴⁰ Ver: KHELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Op. Cit., pp. 20-21.

2. Incorporación de las indemnizaciones punitivas en los daños causados al medio ambiente

Muchos juristas cuestionan la finalidad y, desde luego, la regulación de las indemnizaciones punitivas. En el Derecho peruano, calificada doctrina señala que este tipo de indemnización "(...) es manifiestamente contrario al espíritu de la teoría moderna de la responsabilidad extracontractual que se basa en la idea de reparación antes que de castigo".⁴¹

Al respecto, Luis Díez-Picazo ha manifestado que "(...) la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ella".⁴² El mismo autor señala que la "(...) función punitiva estuvo en los orígenes de las normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que comprender que en la actualidad es por completo ajena a ellas".⁴³

El magistrado Jorge Mario Galdós⁴⁴ ha sistematizado las objeciones a las indemnizaciones punitivas de la siguiente manera:

- Traspolan al Derecho Civil una pena privada propia del Derecho Penal, retrotrayendo la evolución de la responsabilidad civil de una función punitiva a una reparadora.
- Son inconstitucionales si no están protegidos por las garantías inherentes al debido proceso penal, como el principio de legalidad, *nulum crimen, nulla poena sine lege*, o el principio *non bis in idem*.
- Pueden constituir un exceso de punición.

Sin perjuicio de lo contenido en la doctrina en contra y a favor de la admisión, total o atenuada, de la figura jurídica de los daños punitivos o indemnizaciones punitivas, es oportuno analizar el Derecho vivo (la jurisprudencia), pues creemos que es el mejor indicador para determinar la factibilidad de la incorporación de esta controvertida figura.

Si bien la responsabilidad civil ha evolucionado abandonando el viejo sistema de la culpa y colocando hoy día el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo al culpable, es impropio hablar de ello si nuestros magistrados (en el caso peruano) siguen resolviendo los procesos de responsabilidad principalmente sobre la base de la teoría de la culpa. Son innumerables los casos en los cuales el Poder Judicial peruano resuelve los conflictos de responsabilidad civil sobre la base de la culpa: un ejemplo de ello lo constituyen los daños causados por accidentes de tránsito, donde abogados y jueces se esfuerzan por acreditar la culpa del autor cuando el factor de atribución del daño causado por un bien riesgoso es objetivo.

Recientemente, en 1997, los magistrados del Poder Judicial del Perú, reunidos en los llamados Plenos Jurisdiccionales⁴⁵, han discutido el tema de "la prueba del daño en la responsabilidad civil extracontractual"⁴⁶, y han llegado a las siguientes conclusiones:

⁴¹ Cf. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, Op. Cit., Tomo II, Vol. IV, 1995, p. 50.

⁴² Cf. Díez-PICAZO, Luis, *De los daños de derecho*, Civitas Ediciones, Madrid, S.L., 1999, p. 46.

⁴³ Cf. Díez-PICAZO, Luis, Op. Cit., p. 44.

⁴⁴ Cf. GALDÓS, Jorge Mario, *Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Aportes doctrinarios*. En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 1, No. 3, La Ley, Buenos Aires, noviembre-octubre de 1999, pp. 33-38.

⁴⁵ Los Plenos Jurisdiccionales se realizan cada año y en el se reúnen los magistrados del Poder Judicial para discutir temas sobre los que existen opiniones encontradas. Así, estos tienen por finalidad sentar una posición uniforme que deben aplicar los magistrados en todo el territorio peruano. Una compilación de los plenos ha sido publicado por la Editora Normas Legales bajo el título *Plenos Jurisdiccionales. Civil, De Familia, Penal, Laboral, Trabajo*, 2002.

⁴⁶ Cf. Plenos Jurisdiccionales, Op. Cit., p. 19.

- *“Que la indemnización en la responsabilidad civil extracontractual tiene una función resarcitoria antes que punitiva, pues de lo que se trata es que el afectado con el hecho dañoso recobre la situación que tenía antes de la producción de este.*
- *Que la imposición de indemnizaciones tiene también una finalidad desincentivadora de conductas productoras de daños.*
- *Que, en la determinación de los montos indemnizatorios, existen elementos subjetivos, como las condiciones personales de la víctima y del agente productor del daño.*

Por todo ello, el Pleno acuerda por unanimidad, entre otras cosas: “Que para la estimación y cuantificación del daño deben tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño”⁴⁷

Es preciso anotar que la función resarcitoria a que se refieren los jueces es altamente cuestionable (atendiendo a la realidad, habría que investigar qué entienden por tal función), por cuanto las sumas que normalmente obtienen las víctimas de daños en los tribunales peruanos, por ejemplo, en materia de accidentes automovilísticos, son irrisorias, tan es así que a veces ni siquiera vale la pena ejecutarlas.

Los magistrados peruanos resuelven, pues, sobre la base de la teoría de la culpa, lo que equivale a decir que valoran subjetivamente la actitud del culpable, además de tener en cuenta las cualidades personales del agente del daño.

Continuando con el análisis de las indemnizaciones punitivas, diremos que el Código Civil no admite tal figura, lo que se desprende claramente del tenor de su artículo 1985:

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

No obstante, existe una norma del Código Civil que en cierta forma implica una consecuencia punitiva. Nos referimos al artículo 1983, que reglamenta el caso de varios culpables, facultando al juez a fijar la proporción de cada uno según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Según autorizada doctrina, en estos casos el *quantum respondentur* no es calculado sobre la base de la idea de un castigo al culpable, pues la víctima no recibe más que la reparación señalada en el artículo 1985, pero “(...) se trata de una situación peculiar porque no es propiamente una indemnización punitiva desde el punto de vista de quien la recibe (víctima), pero sí lo es desde el punto de vista de quien la paga (responsables)”⁴⁸

Por otro lado, la práctica judicial demuestra que, subrepticamente, los magistrados vienen aplicando indemnizaciones punitivas cuando obligan al demandado a pagar una suma mayor que los daños establecidos, aduciendo que la falta ha sido particularmente grave, o también cuando se le obliga a pagar daños no sufridos directamente por el demandante sino, en el mejor de los casos, por terceros o por la sociedad toda, atendiendo a las condiciones personales de quien ha resultado muerto o inhabilitado por el accidente.⁴⁹

Regresando a la necesidad de incorporar la figura de las indemnizaciones punitivas en los daños al medio ambiente, nuestra postura se adhiere a la necesidad de incorporar mecanismos que

⁴⁷ Cf. DE TRAZEGNIES GRANADA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, Cjy. Co., Lima, B. Vol. IV, 1995, p. 36.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 36-37.

cumplan una finalidad preventiva y también sancionadora de la responsabilidad civil, al lado de la función reparadora o resarcitoria, pues en estos casos, si alguna persona recurre al Poder Judicial solicitando la cesación e indemnización por un daño ambiental, tal vez no tenga mayor suerte, debido a los problemas teóricos para aplicar la responsabilidad civil extracontractual. Por otro lado, el costo de iniciar un proceso a todas luces ineficiente e injusto desincentiva a cualquier ciudadano, por lo que preferirán no hacer nada, o tal vez los más furiosos buscarán justicia "con sus propias manos", como en el caso del derrame de mercurio donde los habitantes de Choropampa bloquearon las pistas de ingreso a la empresa minera, lo cual, evidentemente, va en detrimento de toda la sociedad.

De admitirse la figura de las indemnizaciones punitivas, creemos que por medio de ella debe evitarse un enriquecimiento de la víctima. Sabemos que la febril búsqueda de *punitive damages* es un auténtico negocio de dedicación exclusiva de miles de abogados en los Estados Unidos, lo cual distorsiona y envilece el propósito para el que fueron creados.

En esta medida, resulta interesante la propuesta de la Comisión Honoraria de Reforma del Código Civil Argentino, al incorporar en el artículo 1587 del Proyecto de Código Único Civil y Comercial presentado al Poder Ejecutivo en 1998, la figura de la multa civil que otorga a los tribunales argentinos la facultad de imponer sanciones pecuniarias a quienes causen daños actuando con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva, para lo cual deberán tener en cuenta las circunstancias del caso, en especial los *ben eficios* que el causante del daño obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta.

La multa civil del Proyecto argentino se parece a la figura de los *punitive damages* del *Common Law*, pero la diferencia radica en el destino de la sanción pecuniaria, pues a diferencia del Derecho anglosajón donde los daños punitivos son para la víctima, el Proyecto argentino establece que el tribunal, por resolución fundada, determinará el destino de la mencionada multa civil. Indudablemente, no vemos óbice para que el juez pueda destinar ese monto a incrementar la indemnización de la víctima. Ello será, en todo caso, tarea de los tribunales.

Creemos que un sistema de responsabilidad civil moderno también debe velar por el logro de una función preventiva y erradicadora del daño: la incorporación de las indemnizaciones punitivas en el campo de los daños ambientales no solo buscarían sancionar al agente del daño sino que además desincentivarían comportamientos que puedan ocasionar daños en forma irresponsable o mal intencionada.

En tal sentido, hacemos nuestros los Fundamentos del Proyecto de Código Civil argentino, cuando advierte que la prevención tiene un lugar relevante en la responsabilidad civil. Dichos Fundamentos señalan que "la prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. La evitación de los daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética sino también desde el punto de vista microeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia".⁴⁹

VIII. REFLEXIÓN FINAL: EL MEDIO AMBIENTE UNA VEZ DESTRUIDO NO SE REGENERA

Marcial Rubio ha afirmado lo siguiente:

"[...] la conservación del ambiente no es solamente la protección del entorno que nos rodea aunque eso sea su *causa final*. Para que llegue a ser posible, son necesarios muchos requisitos

⁴⁹ Ministerio de Justicia de la Nación, Proyecto del Código Civil argentino. Buenos Aires, Editorial La Ley, 1999, p. 91

previas. Uno es el combate de la pobreza que no sólo daña a las personas mismas sino que las pone en la imposibilidad de proteger su entorno, lo que va desde el uso de las aguas hasta la disposición de todo tipo de desecho. Pero también tiene que ver con las procesas productivas en sí mismas: cuando el capital es escaso tanto en el plano personal como en el social globalmente considerado, la producción y distribución de los bienes se realiza en condiciones abiertamente contaminantes porque se trata de utilizar los recursos más baratos posibles, con la menor cantidad de tecnología aplicada al proceso de producción, y las menores condiciones de higiene, seguridad, disposición de residuos, etc.

Consecuentemente, la protección del medio ambiente deberá confluir con el desarrollo social y económico de tal manera que con la mayor riqueza posible, haya una mejor calidad de vida para todos y, también se pueda tomar las precauciones necesarias para la protección del ambiente en las diversas actividades económicas".³⁰

Ciertamente, debemos tomar conciencia de la importancia del medio ambiente y la necesidad de una clara política de Estado tendiente a protegerlo, lo cual conlleva, además, a una educación de la comunidad sobre la importancia de protegerlo y conservarlo. Atlio Anibal Alterini y Roberto López Cabana señalan que "es menester ser activista, y desafiar incluso al crudo utilitarismo de algunos economistas, porque está en juego tanto el futuro de la humanidad como las prioridades inmediatas para la supervivencia. Pero no ha de perderse de mira que 'activista es el que limpia el río, y no el que dice que está sucio'".³¹

En este contexto, resulta apropiada la forma como Fernando de Trazegnies define al Derecho. Para este jurista, "el Derecho no es un estilo de redacción: es una manera de pensar, un modo de actuar; una forma de ingeniería que permite construir la sociedad de acuerdo a ciertos objetivos, una estrategia para luchar por la efectiva realización de ciertos propósitos sociales".³²

No obstante, por más voluntad que tenga el legislador y por más esfuerzos que realicen las personas e instituciones que luchan contra la contaminación ambiental, resulta de vital importancia que las normas se cumplan.

En el Perú existen cerca de 30 000 leyes y otro número igual de normas de inferior rango, sin contar las normas municipales. Con relación a este caudal legislativo, es frecuente decir que ya no se requieren más leyes, sino solamente una ley que ordene que se cumplan todas las demás. En efecto, existen normas vigentes tendientes a proteger y conservar el medio ambiente, entre las que podemos mencionar a la Constitución Política, los Tratados Internacionales, el Código del Medio Ambiente, el Código Civil, el Código Penal, normas administrativas, entre otras, pero muchas no se cumplen, porque a los ciudadanos les importa poco o casi nada el tema ambiental, debido a que las autoridades no hacen cumplir las normas o porque no se imponen sanciones severas a los agentes de los daños al medio ambiente.

Para finalizar, debemos manifestar que mientras no exista una cultura de protección del medio ambiente, se hace indispensable la incorporación de un sistema de responsabilidad civil que permita a los ciudadanos y al Estado solicitar la indemnización por los diversos daños al medio ambiente y si a ello sumamos la inclusión de las indemnizaciones punitivas, estaríamos desincentivando esta clase de conductas. Si se sanciona ejemplarmente a una persona o empresa que causa un daño

³⁰ Cf. ELIMO CORREA, Marcial, *Op. Cit.*, Tomo II, p. 317.

³¹ Cf. ALTERINI, Atlio Anibal y LOPEZ CABANA, Roberto, *La realidad económica en la responsabilidad por daño ambiental. En Responsabilidad Civil*, Biblioteca jurídica DIKE, Medellín, 1995, pp. 151-152.

³² Cf. DE TRAZEGNIES GRANDA, Ferisación, *Estrategia de Derecho Privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental*, *Op. Cit.*, p. 268.

al medio ambiente, ¿acaso no lo pensarán dos o más veces los potenciales agentes económicos cuyas actividades puedan causar daños ambientales antes de producirlos?

No tenemos nada en contra del desarrollo industrial: por el contrario, somos defensores de una economía de mercado, de una apertura de las fronteras para permitir la inversión privada, la cual es indispensable para el desarrollo de un país. Sin inversión no hay trabajo; pero no somos defensores de un capitalismo salvaje, de la inversión a cualquier costo. Todo tiene límites. Nada es absoluto e irrestricto. Richard Posner, conspicuo defensor del *Law and Economics* –citado por Gastón Fernández– ha señalado que “la justicia es algo más que economía”.¹¹ Por consiguiente, no podemos reducir la protección del medio ambiente únicamente a un análisis costo-beneficio. Se hace necesaria la toma de conciencia del bien, en este caso el medio ambiente, que se encuentra en juego. Creemos, pues, que el liberalismo a ultranza y el capitalismo salvaje deben ser erradicados y desaparecer de la faz de la tierra, como en su momento desaparecieron los dinosaurios.

¹¹ Cf. POSNER, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 33, citado por Gastón FERNÁNDEZ CRUZ en su artículo titulado: *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la época sintética. Análisis de los factores de incentivo o desincentivo y preventivo de la responsabilidad civil en las acciones del civil law*. En: *Revista Ius et Veritas*, Revista Editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XI, No. 22, Lima, 2001, p. 33.