

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos
Naturales**

**La regulación del daño ambiental en el Perú y su aplicación por parte del Tribunal de
Fiscalización Ambiental de la OEFA**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Ambiental y de los Recursos Naturales**

Autor

CARLOS ALBERTO ELÍAS ZAMUDIO ESPINAL

Asesor

JEAN PIERRE ARAUJO MELONI

Código de alumno

20194532

2019

RESUMEN

La presente investigación está orientada a determinar si lo que se conoce como daño potencial, que se encuentra regulado en la Ley General del Ambiente y *recogido* a nivel jurisprudencial, se encuentra plenamente justificado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En tal sentido, se efectuó un análisis de la evolución histórica de este tipo de daño y se le aplicó las pautas de investigación de la responsabilidad extracontractual regulada en Código Civil, es decir, la exposición al peligro. El resultado de la investigación conlleva a sostener que el daño potencial no existe, pues en realidad lo que allí se regula es daño, como cualquier otro, pero cuyo alcance es más limitado que, por ejemplo, el daño ecológico.

INDICE

Introducción	p.04
Capítulo 1: La regulación del daño ambiental en la Ley General del Ambiente	p.05
1.1 La responsabilidad ambiental en la Ley General del Ambiente	p.05
1.2 Requisitos del daño	p.07
1.2.1 El menoscabo material e impacto negativo como requisitos del daño	p.07
1.3 La exposición al peligro como criterio de imputación del daño ambiental, en materia de responsabilidad objetiva	p.09
Capítulo 2: Críticas al daño potencial	p.16
2.1 La noción histórica del daño potencial	p.16
Capítulo 3: La Justificación del concepto de daño potencial	p.19
3.1 El daño potencial en el ordenamiento peruano, una mirada al formante jurisprudencial del Tribunal de Fiscalización Ambiental	p.19
3.2 La Directiva 2004/35/CE	p.26
3.3 El daño ambiental en Alemania	p.29
3.4 La dilución del daño potencial	p.31
Bibliografía	p.33

INTRODUCCIÓN

Mi interés por el daño ecológico se deriva de un interés mucho más general, conocer si las categorías del derecho civil en materia de responsabilidad se pueden aplicar a las distintas áreas del Derecho.

Es así que atrajo mucho mi atención el tema del daño ecológico y, especialmente, el daño potencial. Es por ello que la presente investigación está orientada a determinar si lo que se conoce como daño potencial, que se encuentra regulado en la Ley General del Ambiente y *recogido* a nivel jurisprudencial, se encuentra plenamente justificado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Es en este punto que recorro a la categoría de exposición al peligro, utilizando los conceptos del profesor italiano Marco Comporti. Cabe señalar que esta teoría es de origen alemán. En tal sentido, se aplicó las pautas de investigación de la responsabilidad extracontractual regulada en Código Civil.

Ello trajo como consecuencia que conlleve a sostener que el daño potencial no existe, pues siendo coherente con la teoría de la responsabilidad civil en general y la exposición al peligro, el daño potencial es como cualquier otro, pero cuyo alcance es más limitado que, por ejemplo, el daño ecológico.

Capítulo I

La regulación del daño ambiental en la Ley General del Ambiente

1.1 La responsabilidad ambiental en la Ley General del Ambiente

La Ley General del Ambiente en el numeral 2 del artículo 142 establece un concepto normativo de daño ambiental, tal como se observa a continuación:

“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”.

Sobre el particular, en la doctrina nacional existen diversas posturas sobre el daño que regula la Ley General del Ambiente con relación a lo que se denomina daño potencial.

Así, se ha señalado que «... cómo se determina un daño potencial o el riesgo de daño, teniendo en cuenta que es algo que puede existir o no, tratándose de algo que puede o no manifestarse en el corto, mediano o largo plazo; y cuyas dimensiones tampoco se conocen en el presente. Una situación de este tipo es evidente que nos pone frente

a una “prueba diabólica” que amenaza con indefensión al ambiente equilibrado y adecuado para la vida, o con el riesgo de abuso al supuesto infractor por exceso de discrecionalidad de la autoridad. Para evitar estas situaciones es conveniente establecer, en todo aquello que sea posible, presunciones que permitan establecer, sin necesidad de probanza, que el daño se ha producido. Por ejemplo, se puede establecer que el daño ambiental existe por el solo hecho de haberse excedido el LMP, en calidad de presunción iuris et de iuris, lo cual no sería arbitrario si, como debería ser, la construcción del LMP ha sido seria y basada en estudios técnicos dirigidos a establecer que si se excede la concentración de elementos o parámetros de un efluente o emisión para un LMP hay daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Con ello no necesitamos probar si hay o no daño, este se presume, y nos ocuparemos de la dimensión del mismo solo para cuantificar el monto de la sanción o de la indemnización...» (Andaluz 2016: 725-726). (subrayado agregado)

Por otra parte, se ha criticado el concepto preceptuado por dicha Ley y la utilización que ha hecho de la misma el Tribunal de Fiscalización de la OEFA en lo concerniente al daño potencial.

Al respecto, se ha señalado que “... solo aquel menoscabo que reviste un especial grado de degradación de la calidad del medio ambiente puede ser considerado daño ambiental, pues de lo contrario se reprimen conductas que, aún sin alterar el equilibrio ambiental, son considerados nocivas para el medio ambiente, pero también necesarias para la actividad humana” (Ramírez 2018: 11).

Con la finalidad de sustentar este argumento, se ha señalado que debe efectuarse una interpretación sistemática entre el numeral 2 del artículo 142 y numeral 1 del artículo 131 de la Ley General del Ambiente.

En este último numeral se señala lo siguiente:

“Artículo 131.- Del régimen de fiscalización y control ambiental

131.1 Toda persona, natural o jurídica, que genere impactos ambientales significativos está sometida a las acciones de fiscalización y control ambiental que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes”. (subrayado agregado)

Así, se sostiene que “... *el artículo 131 de la LGA reconoce la existencia de un elemento referido a la significancia de los impactos ambientales para la generación de responsabilidad administrativa...*” (Ramírez 2018: 26).

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el numeral 1 del artículo 131 de la Ley General del Ambiente no establece la significancia del menoscabo material que señala el numeral 2 del artículo 142 de dicho cuerpo normativo.

De hecho, únicamente la significancia indicada en el artículo 131 de la Ley General del Ambiente solo tiene relevancia para efectos de atribuir competencia a la Autoridad Ambiental Nacional, es decir, para determinar en que supuestos puede ejercer su labor de supervisión, fiscalización y sanción ante los administrados.

En tal sentido, el análisis del daño ambiental no puede establecerse de una interpretación sistemática entre los artículos 131 y 142 de la Ley General del Ambiente.

De modo que corresponde determinar los elementos de la responsabilidad por daño ambiental.

1.2 Requisitos del daño

1.2.1 El menoscabo material e impacto negativo como requisitos del daño

Sobre el particular, es necesario concordar los artículos 74 y 142 de la Ley General del Ambiente, pues el primero de ellos establece las reglas aplicables a todos los titulares de operaciones ambientales, tal como se observa a continuación:

“Artículo 74.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión”.

De la lectura de este artículo, se observa que el legislador hace responsable a los titulares de operaciones por los «impactos negativos» que generan sus actividades.

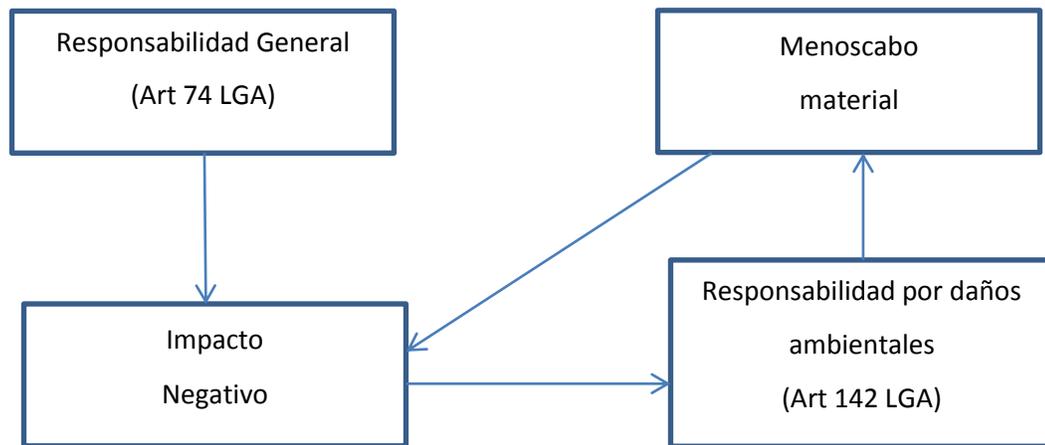
De allí que sea necesario concordar los términos de “impacto negativo” y “menoscabo material”, que señala el numeral 2 del artículo 142 de la Ley General del Ambiente. Así, se considera este último término como la consecuencia de tal impacto negativo.

Asimismo, la lectura concordada de los artículos 74 y 142 permite apreciar que no se exige que el impacto negativo sea significativo, es decir, que tenga que pasar cierto límite a efectos de asignar responsabilidad al titular de la operación.

Por otra parte, se puede apreciar que el artículo 74 de la Ley General del Ambiente habla de riesgo y daño como supuestos que generan responsabilidad, lo cual debe ser concordado y armonizado con lo establecido por el numeral 2 del artículo 142, que señala que el daño genera efectos actuales y potenciales, o como se conoce daños reales y daños potenciales.

En tal sentido, la interpretación que se brinde respecto de la responsabilidad por daño ambiental debe estar orientada a dar contenido a lo establecido por la Ley General del Ambiente, aun cuando no se esté de acuerdo con la decisión del legislador.

El siguiente esquema permitirá visualizar la concordancia entre los artículos 74 y 142 de la Ley General del Ambiente:



1.3 La exposición al peligro como criterio de imputación del daño ambiental, en materia de responsabilidad objetiva

El artículo 144 de la Ley General del Ambiente establece la responsabilidad objetiva por el uso o aprovechamiento de un bien riesgoso o peligroso; o, por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, tal como se observa a continuación.

“Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 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”.
(subrayado agregado)

Sobre el particular, el Código Civil también regula, en el artículo 1970, la responsabilidad objetiva bajo los mismos términos, como se ve seguidamente:

“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”. (subrayado agregado)

Tal como se puede apreciar, el artículo 144 de la Ley General del Ambiente regula la teoría del riesgo y de la exposición al peligro, de modo que corresponde determinar aquí cuál de las dos teorías resulta aplicable a la responsabilidad ambiental.

La teoría del riesgo

La teoría del riesgo fue construida sobre la máxima «*quien obra a propio riesgo debe soportar las consecuencias de su propia actividad*» (*cuius commoda, eius et incommoda; ubi emolumentum, ibi onus*; y, *Eigene Initiative, eigene Gefahr*) (Comporti 1969: 147-149).

Sobre el particular, se han elaborado diferentes teorías que tratan de justificar la responsabilidad objetiva. Así, se observa lo siguiente:

La teoría del Riesgo Beneficio. Se ha señalado que en la medida que la actividad de empresa está orientada a obtener un beneficio o provecho también debe asumir los riesgos que pueden derivar de su actividad (Comporti 1967: 147-149).

Al respecto, se precisa que «... *toda actividad que provoca un riesgo para otro torna a su autor responsable del perjuicio que dicha actividad pueda causar, sin que tenga que probar una culpa como origen del daño. Impregnada por el valor moral de la solidaridad, la teoría del riesgo parece fundarse sobretudo en una idea de justicia elemental: por su actividad el hombre puede procurarse un beneficio (o un placer); como contrapartida, él debe reparar los daños que provoca (...)* El fundamento de la responsabilidad por riesgo resulta sin duda del señorío o dominación (*maitrise*) que el responsable tenía o debía normalmente haber tenido sobre los hombres o las cosas por las cuales debe responder» (Le Tourneau 2004: 39).

Cabe señalar que, el dañado no solo debe probar la causalidad, sino también que el productor se benefició con la actividad (Capelotti 2012: 1).

La teoría del Riesgo Creado. Mediante esta teoría se intentó superar la del riesgo beneficio, teniendo en cuenta que no solo la responsabilidad objetiva se justifica o fundamenta en el interés de obtener un beneficio; sino que se imputa responsabilidad por el simple hecho de poner en marcha una actividad capaz de generar perjuicios (Fernández y León 2005: 43).

Críticas a la teoría del riesgo

(i) Respecto de la teoría del riesgo beneficio, se ha señalado lo siguiente:

1. Las máximas *ubi emolumentum ibi onus* y *cuius commoda eius et incommoda* son bastante vagas, indeterminadas e inciertas, de modo que no son aptas para construir un criterio de imputación de los distintos supuestos de responsabilidad sin culpa (Comporti 1969: 153). Así, se precisa lo siguiente:

“... en las fuentes romanas tales máximas eran usadas indiscriminadamente en materias variadas y distintas, y los

*incommoda debían ser entendidos como gastos y cargas que recaían sobre el titular de los derechos reales o de relaciones particulares, y no tenían el significado de resarcimiento del *dannum innuria datum*” (Comporti 1967: 153).*

2. No explica la responsabilidad objetiva del daño causado por animales domésticos (Comporti 1969: 155), en los cuales no se obtiene un beneficio económico por su compañía.
 3. No explica la responsabilidad objetiva del propietario de un vehículo adquirido sin fines de lucro (Comporti 1969: 155).
- (ii) La responsabilidad por riesgo creado se vincula a cualquier riesgo (Comporti 1969: 167).
- (iii) Con relación a ambas teorías, se ha indicado que son fórmulas descriptivas sin relevancia sistemática (Fernández y León 2005: 43); la responsabilidad objetiva no se justifica frente a cada riesgo, en virtud a que la actividad humana conlleva un riesgo (Comporti 1969: 168).

Estas críticas dirigidas a la teoría del riesgo, en general, no permiten acogerla como criterio de imputación a efectos de determinar o examinar la responsabilidad del titular de la operación, de modo que resulta necesario recurrir al análisis de la exposición al peligro como criterio de imputación.

En tal sentido, se considera que la teoría de la exposición al peligro es quien puede dar mejores fundamentos para analizar los daños reales y potenciales que se deducen del artículo 142 de la Ley General del Ambiente.

Para tal efecto, es necesario indicar las diferencias y virtudes que existen entre riesgo y exposición al peligro. Es por ello que utilizaré los planteamientos del profesor

Marco Comporti sobre el particular, pues permite diferenciar con precisión y claridad el criterio de imputación aplicable a la materia ambiental (Comporti 1969: 169-186):

- (i) El «riesgo» es la eventualidad del daño, al cual nos exponemos al intentar una empresa, un negocio o actos similares; mientras que el «peligro» es un estado o condición en el cual es de temer cualquier cosa, mal o daño que nos amenaza.
- (ii) El «riesgo» es un concepto que se pone de relevancia dentro de una actividad humana, es decir, es un fenómeno subjetivizado, en relación a la valoración esencialmente económica del alea que un sujeto asume poniendo en marcha una empresa o un negocio.
- (iii) El «peligro» es la amenaza notable de un daño a terceros, grave probabilidad de lesión, que deriva de una determinada actividad, comportamiento o situación. Es una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo perfil rico de significado se evidencia en su proyección hacia el exterior, en relación con los terceros amenazados por el daño.
- (iv) Con la regla del «riesgo» se logra solo establecer que el resarcimiento de ciertos daños constituyen una carga de la empresa (la cual debe ser tomada en cuenta en su gestión económica).
- (v) Con la regla del «peligro» se averigua sobre la relación que recae entre el sujeto que causa daño y el sujeto efectivamente dañado, y se nos pregunta si este daño, que no es imputable a la culpa de quien lo causó, deba ser igualmente resarcido, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad de la cual se originó, o la peligrosidad de los medios que el agente utilizó.
- (vi) La potencialidad dañosa del peligro debe ser colegida no solo de la frecuencia de los incidentes causados por las cosas o actividades en un cierto periodo de

tiempo; sino, también, por la entidad o gravedad de los siniestros, incluso si son menos frecuentes.

- (vii) Quien crea y tiene fuentes de exposición al peligro para la colectividad está igualmente obligado al resarcimiento de los daños consiguientes, independientemente de la culpa propia o de las personas que utiliza.
- (viii) Es necesario que la actividad peligrosa haya constituido no la ocasión; sino la causa del daño, esto es, que la relación causal entre el comportamiento humano y evento dañoso esté calificada por la naturaleza peligrosa de la actividad bajo análisis.
- (ix) Es responsable objetivamente quien expone al peligro a los terceros, siendo que tal responsabilidad se efectiviza cuando el daño deriva de los peligros típicos de una determinada actividad, se puede concluir que el nexo de causalidad, lejos de venir a menos, se evidencia entre el hecho peligroso y el daño, y, en definitiva, entre el comportamiento de quien, con la propia acción o a través de las cosas animadas e inanimadas de las cuales debe responder, crea fuentes de exposición al peligro y el daño derivado de tales situaciones.

Establecida la premisa con la cual se analizará los supuestos de responsabilidad ambiental, es necesario precisar lo siguiente:

- (i) El riesgo es un elemento interno que se desarrolla dentro de la actividad de la empresa, razón por la cual el supuesto regulado por el artículo 74 de la Ley General del Ambiente no es aquel “riesgo” entendido como actividad económicamente valorada del titular de la operación; sino como todo aquello que expone al peligro al ambiente y a las personas.

- (ii) Establecido que el riesgo es sinónimo de exposición al peligro, en lo sucesivo se utilizará esta categoría jurídica a efectos de brindar un mayor fundamento jurídico al concepto de daño potencial.
- (iii) Así, se considera, por ejemplo, que el vertimiento que supere los límites máximos permisibles es una fuente de exposición al peligro del ambiente y las personas.
- (iv) Este planteamiento permitirá brindar un sustento jurídico al daño potencial, vinculándolo a un criterio de imputación de responsabilidad fácilmente manejable por los operadores jurídicos.

Capítulo 2

Críticas al daño potencial

2.1 La noción histórica del daño potencial

Se ha señalado que el daño potencial es una interpretación errada de los pronunciamientos emitidos por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) emitidos a partir del segundo semestre del año 2007 (De la Puente 2014: 170).

El OSINERGMIN señalaba, en aquella oportunidad, que un exceso en los Límites Máximos Permisibles en el vertimiento minero era siempre la causa de un daño ambiental, de modo que la infracción debía calificarse como grave (De la Puente 2014: 170).

Así, se sostiene que el OSINERGMIN tuvo dos etapas respecto al desarrollo del daño ambiental potencial. En la primera de ellas, se establecía que la sanción se orientaba a verificar los incumplimientos de las obligaciones que consideraba que tenían vínculo con el daño ambiental, al estar conceptualizadas como medidas preventivas para que evite el referido daño (De la Puente 2014: 171).

En la segunda etapa del daño potencial ambiental, se indica que el OSINERGMIN «argumenta que una interpretación, a contrario sensu, de la definición legal del LMP permite concluir que los excesos de LMP prevén riesgos para la salud, el bienestar humano o los ecosistemas pues éstos justamente son establecidos para salvaguardarlos» (De la Puente 2014: 171).

Asimismo, se precisa que el «Consejo Directivo, en resoluciones como la n° 128-2010-OS/CD y la n° 161-2010-OS/CD, argumentaba que el daño ambiental no sólo implica la ocurrencia de efectos negativos actuales sino también potenciales, entendidos como aquellos que pueden generarse en el futuro, manifestando que ambos pueden producirse con el exceso del LMP y que es el infractor quien debe desvirtuar esta presunción, trasladándole la carga de la prueba al administrado» (De la Puente 2014: 171).

Sin embargo, es necesario tener en consideración que la interpretación histórica es sumamente valiosa para entender el nacimiento y formación de una institución jurídica, pero ella no puede ser utilizada para fundamentar y desvirtuar la inaplicación de la normativa en materia ambiental, más aún si el Tribunal de Fiscalización Ambiental le da contenido mediante su aplicación jurisprudencial, tal como se observa a continuación:

“... la conducta infractora relativa a exceder los LMP, no es la única que genera daño potencial, ello de conformidad con la normativa ambiental vigente que tipifica las infracciones administrativas, como lo es la Resolución N° 015-2015-OEFA/CD, que aprobó la tipificación de infracciones administrativas...”
(Tribunal de Fiscalización Ambiental 2018 A: 23)

Lo expuesto permite apreciar que el daño potencial, a criterio del Tribunal de Fiscalización Ambiental, no solo se limita a aquellos impactos negativos que superan los límites máximos permisibles, sino a cualquier otra actividad que realice el titular de la operación.

Esta labor que lleva a cabo el Tribunal de Fiscalización Ambiental demuestra que las instituciones jurídicas no permanecen estáticas, sino que han sufrido y sufren un sinnúmero de agregados y añadidos o restricciones que amplían su concepto o noción o la limitan (*dúplex interpretatio*), tal como se describe a continuación:

«Pero no se puede olvidar que sólo una transformación histórica permite valorar la transformación que ha sufrido una institución y a la vez reconocer el significado de las nuevas instituciones. Con el cambio de los tiempos y con el traspaso de una legislación precedente en una posterior pueden ocurrir una serie de fenómenos, como puede ser la posibilidad de existencia de una “duplex interpretatio” de textos y leyes, la permanencia de viejos órganos y su progresiva orientación hacia nuevas funciones mediante una conversión interpretativa (fenómeno esclarecido en la Historia del Derecho por el método histórico-orgánico), igualmente surgen normas para la adaptación a las condiciones sociales y políticas evitando conflicto entre leyes preexistentes y sobrevenidas y en la dimensión contemporánea, coexistencia con otros ordenamientos jurídicos, existiendo la necesidad de flexibilidad respecto al derecho común» (De Villamor 2001: 363).

Conforme a lo expuesto, la interpretación histórica no permite dar luces al concepto de daño potencial, pues únicamente lo relega a un error en la aplicación de la institución, pero obvia el hecho que se encuentra positivizado en la Ley General de Ambiente y que, a nivel jurisprudencial, su aplicación ha ido mucho más allá de sostener que superar los límites máximos permitidos son daños potenciales.

Capítulo 3

La Justificación del concepto de daño potencial

3.1 El daño potencial en el ordenamiento peruano, una mirada al formante jurisprudencial del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Para entender un Ordenamiento Jurídico no basta con examinar la doctrina o el texto legislativo, sino que también hay que atender las formas como se expresan las distintas prácticas jurídicas, es decir, las jurisprudencias (administrativa, civil y penal) y como estas formas difieren unas de otras dentro de un mismo ordenamiento, e incluso de los planteamientos doctrinales y la regulación.

Lo que se acaba de señalar no es más que una de las herramientas de análisis ofrecida por el Derecho Comparado –específicamente, utilizada por la Escuela Turinesa de Rodolfo Sacco y sus discípulos– conocida como *formante jurídico*.

Así, esta escuela señala que *«La teoría de los formantes jurídicos (...) se centra en el derecho como actividad social: un formante del Derecho es un grupo, un tipo de persona o una comunidad institucionalmente involucrada en la actividad de crear Derecho.*

Desde este punto de vista, encontramos en la Tradición Jurídica Occidental una profesión legal establecida y tres clases de personas dentro de ella: el abogado práctico, el legal policymaker (un legislador, un juez de la corte de apelación o un administrativo de nivel superior) y el académico jurídico (profesor y otros). Cortes, legisladores y abogados son formantes que interactúan y compiten.

Estos profesionales producen diferentes tipos de textos: estatutos, opiniones, colecciones, artículos, tratados, resúmenes, requerimientos, principios generales, reglas limitadas, entre otros. Tienen un archivo (escritos previos, precedentes, etc.) y un estilo profesional probado para transformar viejos documentos y producir nuevos.

Estos textos y documentos, y la forma en la que son producidos, entrelazados, reusados por otros, etc, devienen en la principal característica de la comprensión del funcionamiento del Derecho. Para hacer frente a estos documentos, el análisis de los formantes adopta una nueva forma de crítica, en el amplio sentido, como un método para descubrir, separar y explicar los distintos materiales usados para producir textos.

Este análisis busca diferencias de todos los tipos entre y dentro de los documentos. Este es una directa refutación del principio de unidad del Derecho. El Derecho no es un armonioso conjunto de elementos; sino un compuesto de diferentes modelos y choques de textos reconciliados por ingeniosos abogados.

En el análisis legal estándar, más o menos caracterizado por el denominado positivismo jurídico, una constitución, por ejemplo, es un documento unitario interpretado por abogados y aplicado por jueces, incluso si las disputas pueden surgir acerca de su significado. En el análisis del formante una constitución es además un documento,

derivado de un sinnúmero de fuentes, pero una decisión que ‘explique su significado’ es simplemente otro autónomo texto conectado.

Lo que llamamos el significado de un texto jurídico es solo un link, establecido por abogados, entre el texto previo y otro documento: una petición (plea), un artículo académico o una decisión. El Derecho puede ser reconstruido como un conjunto de documentos entrelazados, usados por profesionales de acuerdo a sus personales o institucionales estrategias...» (Monateri 2015: 3)

Lo expuesto permite apreciar que el análisis de una institución jurídica no solo obedece a aquello que se encuentra legislado y examinado por la doctrina, sino también a lo que los operadores jurídicos a nivel jurisprudencial establecen como es o cómo funciona el Derecho, lo cual implica que entre estos tipos de formantes existan diferencias y distanciamientos, es decir, se disocien.

«La disociación entre formantes representa una evolución (...) a partir de los datos normativos que el discurso de los juristas considera relevantes, como la norma legal, la interpretación doctrinal o la aplicación judicial, se enriquece el discurso poniendo de relieve las incoherencias y contraposiciones internas de cada formante, y después se extiende a otros factores que contribuyen a diseñar el perfil de un ordenamiento jurídico. De este modo, el análisis de los formantes (...) fomenta la atención por el dato empírico...» (Ajani 2010:39).

«Los varios formantes de un ordenamiento tienden (obviamente) a influenciarse. En un cierto ordenamiento, la proposición doctoral influirá sobre la máxima judicial. En otro ordenamiento, sucederá lo contrario.

Se observa ahora que la dicotomía más importante en tema de formantes es aquella que distingue las reglas operacionales que constituyen –ellas mismas– otros tantos criterios de decisión y las proposiciones elaboradas para pensar mediante conceptos, enunciar, recitar

y comunicar la norma misma. Es una regla, por ejemplo, el criterio en base al cual el juez decide. Es una definición la máxima enunciada del juez». (Sacco y Gambaro 2015:5-6)

Utilizando la herramienta de los formantes, se observa que el análisis doctrinal de la institución de daño potencial a nivel histórico solo se limita a establecer aquello que los académicos entienden que no debió ser por una interpretación errada (responsabilidad por exceder el límite máximo permisible); pero que en la práctica tiene una connotación y significado distinto (disociación de formantes), en tanto no solo ha sido recogido a nivel jurisprudencial y se le ha dado un mayor alcance, esto es, el daño potencial contiene supuestos que van más allá de solo exceder el referido límite.

Por lo expuesto, se considera que una razón más para dejar de lado una interpretación histórica es el análisis de los formantes jurídicos, pues permite tomar en cuenta aquello que sucede en la práctica y efectuar un análisis más acorde con el funcionamiento del instituto objeto de análisis.

Bajo esta perspectiva, es necesario recurrir a lo que el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha venido brindando como “fundamento consolidado” en un sinnúmero de resoluciones, a efectos de señalar que se entiende por daño potencial (lo cual ha devenido en una cláusula de estilo):

“De conformidad con la normativa ambiental, un daño potencial es la contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

De ello se desprende que, para que se configure un daño potencial, basta que se produzca el riesgo de un impacto negativo a la flora o fauna; caso contrario a

lo que ocurre con el daño real, en el cual, para su configuración, sí debe producirse un impacto negativo”.

El texto citado ha sido incluido en las siguientes resoluciones (que se citan como ejemplo):

Resolución	Fecha	Cláusula de estilo
RESOLUCIÓN N° 464-2018- OEFA/TFA-SMEPIM	26/12/2018	SI
RESOLUCIÓN N° 208-2018- OEFA/TFA-SMEPIM	24/07/2018	SI
RESOLUCIÓN N° 144-2019- OEFA/TFA-SMEPIM	19/03/2019	SI

Existen otras resoluciones que si bien no contienen lo que se ha denominado cláusula de estilo, si la citan parcialmente o parafrasean, de modo que se entiende que el fundamento sigue siendo el mismo.

Como se puede apreciar del texto citado, existen varios términos que se utilizan –como sinónimos– para señalar la denominación de daño potencial: contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad.

Asimismo, se concluye que –bajo la cláusula de estilo– que el daño potencial siempre es el “riesgo” de un impacto negativo. Sobre el particular, es necesario recordar que bajo los normas de responsabilidad de la Ley General del Ambiente (artículos 74 y 142) solo se exige un impacto negativo, no se requiere que tal impacto sea de significancia. De modo que el planteamiento de Tribunal de Fiscalización Ambiental es coherente con la normativa sectorial.

Asimismo, corresponde precisar que entiende el Tribunal de Fiscalización Ambiental por “riesgo”. Al respecto, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental cuenta con una metodología para estimar el nivel de riesgo del incumplimiento de las obligaciones supervisables.

Dicha metodología, a su vez, se sustenta en la Guía de Evaluación de Riesgo Ambiental, publicada por el Ministerio del Ambiente en el año 2011.

La Guía de Evaluación de Riesgo Ambiental define al riesgo ambiental “... *como la probabilidad de ocurrencia que un peligro afecte directa o indirectamente al ambiente y a su biodiversidad, en un lugar y tiempo determinado, el cual puede ser de origen natural o antropogénico*” (2008: 11).

Tal como se puede apreciar, tanto en la definición dada por la Guía de Evaluación de Riesgo Ambiental como en la cláusula de estilo del Tribunal de Fiscalización Ambiental, la referencia siempre es a la probabilidad de ocurrencia de un impacto negativo en el ambiente.

En otras palabras, esta forma de entender el riesgo no es más que alusión a lo que, bajo la teoría del profesor Marco Comporti, se denomina «peligro», esto es, la amenaza notable de un daño, grave probabilidad de lesión, que deriva de una determinada actividad, comportamiento o situación, es decir, representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño.

Bajo esta perspectiva, se considera que lo que el Tribunal de Fiscalización Ambiental regula a nivel jurisprudencial en el daño potencial es la exposición al peligro como criterio de imputación de responsabilidad en materia ambiental. Lo señalado se puede observar en el siguiente cuadro:

GUÍA DE EVALUACIÓN DE RIESGO AMBIENTAL	TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL	«PELIGRO»	CRITERIO DE IMPUTACIÓN
<p><u>Riesgo ambiental</u></p> <p>“... como la probabilidad de ocurrencia que un peligro afecte directa o indirectamente al ambiente y a su biodiversidad, en un lugar y tiempo determinado, el cual puede ser de origen natural o antropogénico”</p>	<p><u>Daño potencial</u></p> <p>“... un daño potencial es la <u>contingencia</u>, <u>riesgo</u>, <u>peligro</u>, <u>proximidad</u> o <u>eventualidad</u> de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.</p> <p>De ello se desprende que, para que se configure un daño potencial, basta que se produzca el <u>riesgo</u> de un <u>impacto negativo</u> a la flora o</p>	<p><u>Concepto</u></p> <p>Amenaza notable de un daño, grave probabilidad de lesión, que deriva de una determinada actividad, comportamiento o situación. Es decir, representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño</p>	<p>Exposición al peligro</p>

	fauna; caso contrario a lo que ocurre con el daño real, en el cual, para su configuración, sí debe producirse un impacto negativo”		
--	--	--	--

Finalmente, es necesario indicar que si bien bajo el alcance de la Guía de Evaluación de Riesgo Ambiental el riesgo ambiental incorpora una “acción” de origen natural, lo cierto es que para efectos de determinar la responsabilidad –en general– ello constituye un supuesto de causa no imputable (caso fortuito) que interrumpe el nexo causal o acredita fehacientemente la génesis del hecho dañoso que no genera responsabilidad alguna.

3.2 La Directiva 2004/35/CE

La Directiva se denomina “sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales” y dentro de sus considerandos señala que está orientada a la prevención y reparación de los daños, bajo el principio de quien contamina paga.

La Directiva establece la responsabilidad del operador de la actividad profesional, siendo que señala que esta es objetiva cuando las actividades recaigan en el listado del Anexo III; y, es subjetiva, cuando no recaigan en dicha Anexo.

Asimismo, dentro de sus definiciones, la Directiva señala que el daño ambiental es el que recae en lo siguiente:

- a) *“los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el*

estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I;

Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 o el artículo 16 de la Directiva 92/43/CEE o el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza.

b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha Directiva;

c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo". (subrayado agregado)

Asimismo, la Directiva, en mención, establece que para que se configure un daño ambiental este debe ser medible, es decir, *“...el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”*.

De otro lado, la Directiva europea también establece responsabilidad en caso de amenaza de daños al ambiente, pues en el numeral 9 del artículo (definiciones) señala lo siguiente:

“«amenaza inminente de daños», una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo”.

Lo expuesto permite apreciar que la Comunidad Europea exige para la reparación del daño ambiental que este tenga un efecto adverso significativo; mientras que la legislación peruana no lo requiere, solo necesita un impacto negativo.

Esto acredita que, a nivel legislativo, la legislación peruana está más orientada a brindar una mayor protección al ambiente. De hecho, a nivel jurisprudencial, el Tribunal de Fiscalización Ambiental solo exige, en materia de daño potencial, que el impacto sea negativo, tal como se puede observar en lo que se ha denominado en este trabajo “clausula de estilo”.

Por otra parte, en los siguientes casos no se aplica la Directiva europea:

- “(a) un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección;*
- (b) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible;*
- (c) un incidente con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los convenios internacionales vigentes en el Estado miembro de que se trate;*
- (d) actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, o cuya única finalidad sea la protección contra los desastres naturales;*
- (e) una contaminación de carácter difuso, cuando no sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos.*

La Directiva tampoco se aplicará a los riesgos nucleares, ni a los daños medioambientales, ni a la amenaza inminente de tales daños, que pueda causar el desempeño de las actividades contempladas en el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica o un incidente o actividad con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los instrumentos internacionales enumerados en el Anexo V”. (Novelli 2012: 45)

El punto (c) no es un supuesto de exoneración de responsabilidad, sino de aplicación de una normativa especial. El supuesto contemplado en la punto (e) es un caso de daño anónimo, donde no se puede determinar el sujeto dañante y, por ende, no se puede determinar responsabilidad alguna.

En la Ley General del Ambiente no existe una normativa que determine en que supuestos se aplica y en que otros no; sin embargo, ello no es óbice para indicar que los supuestos indicados como (a), (b) y (d) se encuentran comprendidos como causas no imputables de responsabilidad, esto es, caso fortuito, fuerza mayor y hecho de terceros. De allí que no se requiere una regulación sobre el particular.

3.3 El daño ambiental en Alemania

En Alemania existen dos regímenes de responsabilidad ambiental: la primera, vinculada al ámbito privado y regulada por el Código Civil, la Ley Federal de Recursos Hídricos y la Ley de Responsabilidad Ambiental (Beltrán 2018: 367); y, la segunda, concerniente al ámbito público, la Ley alemana de prevención y reparación de daños medioambientales (USchadG), la cual se encargó de introducir la Directiva 2004/35/CE en el territorio alemán (Chinchay 2011: 25-26).

La Ley alemana de prevención y reparación de daños medioambientales «... *cumple la función de una parte general que contiene las reglas comunes y sólo se aplica de forma subsidiaria cuando no existe una ley especial o cuando esta última otorgue un grado de protección menor.*

Esta regla de relación supone que en cada caso habrá que comparar el alcance de las obligaciones legales preexistentes con el de las impuestas por la USchadG. Las leyes federales con las que la USchadG deberá ponerse en relación son las siguientes:

- *Bundesnaturschutzgesetz vom 25. März 2002 (BGBl. I 2002 S. 1193) (BNatSchG): ley marco desarrollada por algunas leyes de los Länder, que regula la protección de la naturaleza y el paisaje y consagró, dos años antes que la Directiva 2004/35/CE, el principio quien contamina paga.*

- *Bundes-Bodenschutzgesetz vom 17. März 1998 (BGBl. I 1998, S. 502) (BBodSchG): se aplica a los daños al suelo que suponen un riesgo para las personas y para la*

comunidad. Prevé obligaciones de prevención y reparación por parte de los propietarios de los terrenos que constituyen una fuente de peligro.

- *Wasserhaushaltsgesetz vom 19. August 2002 (BGBl. I 2002 S. 3245) (WHG): regula, en lo esencial, la protección y explotación de las aguas. Establece medidas de prevención de inundaciones y prevé que aquellos que contaminan las aguas mediante vertidos respondan de los daños causados a otros.*
- *Umwelthaftungsgesetz vom 10. Dezember 1990 (BGBl. I 1990 S. 2634) (UmweltHG): establece que “si una injerencia en el medio ambiente, originada en una instalación, causa la muerte o daños corporales o a la salud de alguien o daña una cosa, el titular de la instalación deberá resarcir a la víctima los daños sufridos” (§1 UmweltHG)». (Aguilera y Azagra 2007: 5)*

En materia de responsabilidad, la Ley alemana de prevención y reparación de daños medioambientales establece la responsabilidad objetiva para los daños y «amenazas» causados por los profesionales según el Anexo 1; y, responsabilidad subjetiva, para los daños causados a los hábitats y especies por otras actividades profesionales (Aguilera y Azagra 2007: 5).

Como se habrá podido apreciar, en cuanto concierne al objeto de este trabajo, se habla de responsabilidad objetiva por «amenazas» al ambiente, es decir, que el denominado daño potencial no es solo privativo del Ordenamiento Jurídico peruano, sino que también se encuentra regulado en Alemania. De hecho, con respecto a la Ley alemana de prevención y reparación de daños medioambientales se afirma:

“... De esta forma, el apartado 1.1 contempla una auténtica responsabilidad objetiva o sin culpa (Gefährdungshaftung) para los daños ambientales y las amenazas inminentes de tales daños provocados por alguna de las actividades profesionales que se relacionan en el Anexo 1...” (Beltrán 2018: 378).
(subrayado agregado)

En tal sentido, la opción del legislador peruano de regular el daño potencial y la actividad del operador jurídico de darle fundamento a nivel jurisprudencial, mediante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, no constituye un error histórico, sino un acierto que hay que destacar.

3.4 La dilución del daño potencial

En materia de responsabilidad civil o responsabilidad en general es necesario que el daño cumpla ciertos requisitos, tales como la certeza, subsistencia y actualidad.

Con relación a la certeza se ha señalado que este requisito implica que *“Con esta locución se pretende decir que el daño debe estar en relación de causalidad con su hecho productivo, por eso, se tiene un daño cierto cuando sobre la base de la regularidad estadística y de la normalidad con la cual los eventos resultan entre ellos concatenados, se puede afirmar que un cierto daño descende de los hechos productivos que integran la lesión de una víctima”* (Monateri 1998: 281).

Asimismo, la subsistencia implica que el daño no haya sido reparado previamente; y, la actualidad del mismo se refiere a que se haya determinado completamente al momento de la decisión judicial o administrativa.

Bajo esta premisa se analizará el daño potencial conforme a la configuración brindada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, es decir, como el riesgo de un impacto negativo.

Sobre el particular, el análisis de esta figura y de los requisitos del daño permiten concluir que lo que se denomina daño potencial no existe o simplemente que lo que se ha legislado y aplicado jurisprudencialmente es el daño real. Esta conclusión dista completamente del objetivo inicial de la presente investigación, la cual era darle sustento al mencionado daño potencial.

Así, en el supuesto histórico que dio origen a su regulación, cuando el operador vierte elementos al ambiente y supera los límites máximos permisibles lo que se observa es la exposición al peligro del ambiente o las personas, esto es, hay un daño cierto, que no ha sido reparado (razón por la cual se ordenan medidas correctivas) y actual, pues está completamente determinado. La diferencia entre el daño potencial y el daño real es el grado de extensión o afectación: en el primer caso, la afectación es menor; y, en el segundo, mayor.

A este punto de vista no solo se llega desde la aplicación básica de los requisitos del daño, sino también desde el punto de vista de la teoría a la exposición al peligro.

En efecto, bajo la “teoría de la exposición al peligro” el riesgo o «peligro» se entiende como la amenaza notable de un daño, grave probabilidad de lesión, que deriva de una determinada actividad, comportamiento o situación, es decir, representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño.

Así, en el daño potencial lo que se observa es una menor exposición al peligro, piénsese nuevamente en la superación al límite máximo permisible. Unos ejemplos son necesarios:

- (i) Se establece como máximo un límite de 9, pero los vertidos del operador son 10. En este caso hablamos de un daño potencial; y,
- (ii) Los vertidos del operador son 20, por lo que aquí hablamos de un daño real.

La conclusión aquí arribada no quiere decir que la regulación del daño potencial y su acogimiento a nivel jurisprudencial sea cuestionable, de hecho se la considera un acierto; sino simplemente dar a entender que cualquiera sea la denominación que se le dé, los formantes legislativos y jurisprudenciales del Ordenamiento Jurídico peruano brindan una mayor protección al derecho a un ambiente sano.

Bibliografía

- Ajani, Gianmaria
2010 «Sistemas Jurídicos Comparados. Lecciones y materiales». Universitat de Barcelona, Barcelona.
- Aguilera Rull, Ariadna; y, Azagra Malo, Albert
2007 «Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en Alemania y en España». En Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N° 3. Barcelona. 2007. pp.1-16.
- Beltran Castellanos, José Miguel
2018 «La responsabilidad medioambiental en Alemania». En Revista Aragonesa de Administración Publica, N° 51. Zaragoza. pp. 364-419.
- Capelotti, João Paulo.
2012 «Risco criado ou risco proveito?- Análise perspectiva e prospectiva do Art. 927, parágrafo único, do Código Civil». En Revista de Estudos Jurídicos UNESP. Sao Paulo. Volume N° 16. N° 24.
- Chinchay, Ady
2011 «La prueba del nexo causal por daños ambientales en el Perú: análisis comparado». En Revista Latinoamericana de Derecho y políticas Ambientales. Año 5, N° 5, setiembre, 2017. pp 17-35

- Comporti, Marco

1967 «La responsabilité civile en Italie». En Revue Internationale de droit comparé. Volume N° 19. N° 4. Octobre-décembre.1967. Paris. Société de législation comparée. pp. 827-860

1969 «Esposizione al pericolo e responsabilità civile». Morano Editore. (s.e). Napoli.

- Comunidad Europea

2004 Directiva 2004/35/CE

- De Bessa Antunes, Paulo

2010 «Dano Ambiental: Uma abordagem conceitual». Editora Lumen Juris LTDA, Rio de Janeiro.

- De la Puente Brunke, Lorenzo

2014 «La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental». En Revista Derecho y Sociedad N° 42. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, pp. 169-178.

- De Villamor Morgan-Evans, Elisenda

2001 «El Elemento Valorativo en la Interpretación del Derecho». Consulta 09 de noviembre de 2019.

http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/446/TDUEX_8477235228.PDF?sequence=1&isAllowed=y

- Fernández Cruz, Gastón y León Hilario, Leysser

- 2005 «La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. Revista Derecho PUCP. Lima. N° 58. 2005. pp.9-75»
- Le Tourneau, Phillippe
- 2004 «La Responsabilidad Civil. Colombia». Primera edición en español (traducción Javier Tamayo Jaramillo). Legis.
- Ministerio del Ambiente
- 2009 Guía de Evaluación de Riesgos Ambientales
- Monateri, Pier Giuseppe
- 1998 La responsabilità civile. Torino. Unione Tipografico Editrice Torinese.
- 2008 Legal formants and competitive models understanding comparative law from legal process to critique in cross-system legal analysis. En <https://ssrn.com/abstract=1317302>. Consulta 26 de noviembre de 2019
- Novelli, Mariano H.
- 2012 «Consideraciones acerca de la directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental» En Revista Jurídica Cognitio Juris, Joao Pessoa, Año II, N° 4, pp. 40-51.
- Ramírez Torres, Alejandro Jesús
- 2018 «Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real y potencial aplicados por el TFA del OEFA en el subsector minería». Consulta 08 de mayo de 2019.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13647/RAMIREZ_TORRES_ALEJANDRO_JES%C3%9AS1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Tribunal de Fiscalización Ambiental

2018 A Resolución N° 208-2018-OEFA/TFA-SMEPIM

2018 B Resolución N° 464-2018-OEFA/TFA-SMEPIM

2019 Resolución N° 144-2019-OEFA/TFA-SMEPIM

