

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



**PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO AMBIENTAL Y
DE LOS RECURSOS NATURALES**

**Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real y potencial aplicados por el
Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA en el subsector minería.**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Ambiental y de los Recursos Naturales**

AUTOR

ALEJANDRO JESÚS RAMÍREZ TORRES

ASESOR:

JEAN PIERRE ARAUJO MELONI

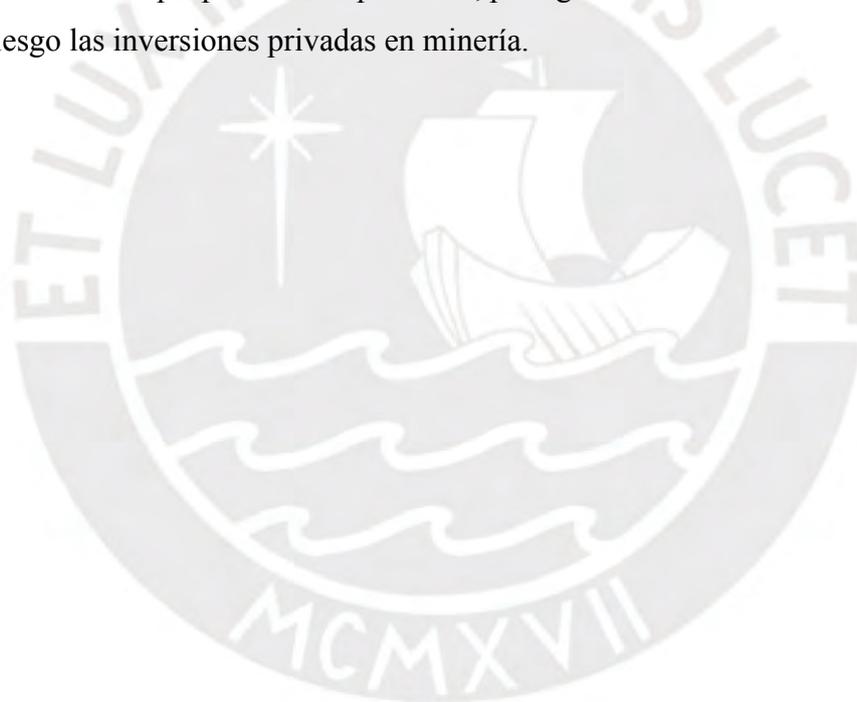
CÓDIGO DEL ALUMNO:

20091089

2018

RESUMEN

El presente estudio busca ser una actualización y profundización de los análisis críticos del concepto de daño ambiental que existen en la doctrina peruana, con la finalidad de identificar deficiencias en el concepto de daño ambiental presente en nuestra legislación para mejorar la protección del medio ambiente, sin descuidar la tutela de la seguridad jurídica de los administrados. Con esta finalidad, se identificarán las nociones jurídicas de daño ambiental de la legislación y doctrina comparada –principalmente la española–, así como el concepto de daño existente en la regulación y en la jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental en el Perú. A partir del análisis y comparación de ambas fuentes, se busca proponer una nueva interpretación del concepto de daño ambiental en nuestro ordenamiento que permita su aplicación, protegiendo al medio ambiente, pero sin poner en riesgo las inversiones privadas en minería.



Contenido:

1. Introducción.....	p. 4
2. Capítulo 1: El concepto de daño ambiental.....	p. 6
2.1. Elementos del daño ambiental.....	p. 6
2.1.1. El medio ambiente como objeto sobre el cual recae el daño ambiental.....	p.6
2.1.2. La afectación al medio ambiente como una disminución cualitativa.....	p. 9
2.1.3. La magnitud requerida de la afectación.....	p. 11
2.1.4. El concepto de riesgo ambiental.....	p. 13
2.2. El concepto de daño ambiental desarrollado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental.....	p. 16
2.2.1. El concepto de daño ambiental en la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611.....	p.16
2.2.2. La aplicación del artículo 142° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, por el Tribunal de Fiscalización Ambiental.....	p. 18
3. Análisis crítico del concepto de daño ambiental establecido por OEFA. p. 20	
3.1. Los elementos del daño ambiental según el artículo 142° de la LGA.....	p. 20
3.1.1. El menoscabo del medio ambiente.....	p. 21
3.1.2. La relación de causalidad.....	p. 21
3.1.3. La no exigencia de antijuricidad.....	p.23
3.1.4. Los efectos negativos actuales o potenciales.....	p. 24
3.2. Análisis crítico de la interpretación del TFA.....	p. 25
3.2.1. Respecto a la magnitud del menoscabo material.....	p. 25
3.2.2. La falta de necesidad de efectos negativos adicionales.....	p. 28
3.2.2.1. El significado de los efectos negativos en el artículo 142° de la LGA.....	p. 28
3.2.2.2. ¿Por qué los efectos negativos no son elementos del daño ambiental?.....	p. 29
4. Conclusiones.....	p. 32
5. Bibliografía.....	p. 35

Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real y potencial aplicados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA en el subsector minería

1. Introducción

El concepto de daño ambiental, entendido por la doctrina extranjera como el daño ecológico puro, es un concepto fundamental para el derecho ambiental, en la medida que, entre otras cosas, permite al Estado poder reprimir aquellas conductas que afecten el bien jurídico medio ambiente, sin detener el desarrollo industrial (Ruda 2008: 101). En ese sentido, dentro de un ordenamiento jurídico que busca proteger el medio ambiente, la concepción de daño ambiental es la piedra angular sobre la cual se erigen todas las normas de esta materia.

En la doctrina comparada, el estudio del daño ambiental constituye un punto al que se han dedicado varios estudios. Por ejemplo, la obra ya citada de Albert Ruda (2008) está dedicada a estudiar el concepto de daño ambiental –daño ecológico puro– en el marco de la Ley de Responsabilidad Medioambiental Española, Ley 26/2007, de 23 de octubre. En ella se expone con mucha claridad los fundamentos del concepto de daño ecológico puro, en el marco jurídico generado a partir de la trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Dicho análisis parte de un análisis doctrinario, comprendiendo también estudios de legislación comparada de la Comunidad Europea que permiten comprender en su integridad el concepto de daño y su aplicación respecto a la responsabilidad medioambiental.

De similar manera, otros autores como José Guerrero (2010), han estudiado la aplicación de dicho concepto y sus repercusiones en la vía judicial, específicamente respecto a la jurisdicción contenciosa administrativa. Por otro lado, combinando el método exegético, Lucía Gomis (2008) ha desarrollado un análisis profundo del concepto de daño en la misma Ley de Responsabilidad Medioambiental Española. Asimismo, más recientemente, Javier García (2015) ha desarrollado un estudio muy completo del régimen de responsabilidad ambiental que se erige en función del

concepto de daño ecológico puro, siendo su trabajo un estudio que reúne y desarrolla en gran medida las primeras reflexiones de los autores previamente citados.

En nuestro país, el desarrollo del concepto de daño no ha tenido el mismo desarrollo que ha adquirido en la doctrina extranjera. Si bien existen estudios generales, como los desarrollados por Gadwin Sánchez (2010) o Roger Vidal (2014), estos no han ocupado un desarrollo minucioso y comparado del concepto de daño ambiental, limitándose en algunas ocasiones en repetir algunas concepciones desarrolladas por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, sin aportar un análisis crítico, como sucede con el texto de Vidal, quien señala que el daño ambiental es aquel que tiene la magnitud suficiente para alterar la vida, la salud o el equilibrio ecológico (2014: 124), sin desarrollar ningún aspecto concreto que permita entender cómo se determina el grado de magnitud de una afectación para que califique como daño ambiental.

Un estudio de referencia en nuestro medio es el análisis crítico desarrollado por Lorenzo de la Puente (2014), quien ha cuestionado la aplicación facilista del concepto de daño ambiental aplicado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, a partir del artículo 142° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 (2014: 172). Sin embargo, este estudio, en la medida que parte de un análisis retrospectivo de la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA hacia los primeros pronunciamientos de OSINERGMIN sobre la materia (De la Puente 2014: 170-172), constituye un análisis que requiere una actualización, debido a las modificaciones normativas y recientes pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Ambiental en materia minera.

En ese sentido, el presente estudio busca ser una actualización y profundización de los análisis críticos del concepto de daño ambiental que existen en la doctrina peruana, con la finalidad de identificar deficiencias en el concepto de daño ambiental presente en nuestra legislación para mejorar la protección del medio ambiente, sin descuidar la tutela de la seguridad jurídica de los administrados. Con esta finalidad, se identificarán las nociones jurídicas de daño ambiental de la legislación y doctrina comparada – principalmente la española–, así como el concepto de daño existente en la regulación y en la jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental en el Perú. A partir del análisis y comparación de ambas fuentes, se busca proponer una nueva interpretación del concepto de daño ambiental en nuestro ordenamiento que permita su aplicación,

protegiendo al medio ambiente, pero sin poner en riesgo las inversiones privadas en minería.

2. Capítulo 1: El concepto de daño ambiental

2.1. Elementos del daño ambiental

2.1.1. El medio ambiente como objeto sobre el cual recae el daño ambiental

El primer elemento que forma parte de la definición de daño ambiental es la existencia de una afectación al medio ambiente. Teniendo en cuenta esto, para la correcta comprensión del contenido de este concepto es necesario identificar cual es el objeto de protección que se ve conculcado por este tipo de daño.

Tratándose de daño ambiental, resulta obvio que el objeto sobre el cual recae la afectación es el medio ambiente; sin embargo, dicha afirmación es demasiado general para que pueda de llenar de contenido la definición de daño ambiental, debido a la amplitud del concepto de medio ambiente y todo lo que incluye. Esto se debe a que el medio ambiente involucra a todo el medio que rodea al ser humano, incluyéndolo. En ese sentido, el medio ambiente incluye en su extensión, no solo la flora, fauna y demás recursos naturales, sino también al ser humano y todas sus creaciones, mediante las cuales ha modificado parte del medio ambiente, generando distintos impactos.

Si la definición de daño ambiental partiera de esta concepción amplia de medio ambiente, se llegaría a la absurda afirmación de que el derecho ambiental es una rama del derecho que protege todo, inclusive al ser humano en su integridad. Sin embargo, esto no es así, dado que para la protección del ser humano en sus diversos aspectos existen regímenes jurídicos distintos, de los cuales se ocupan otras ramas del derecho. Dado que el derecho ambiental y el concepto de daño ambiental se centran en el medio ambiente como objeto de protección, es necesario definir qué aspecto del medio ambiente es el objeto de protección específico.

Frente a este problema, Albert Ruda señala que existen dos formas de contemplar al medio ambiente desde el derecho, con la finalidad de construir un régimen adecuado

para su protección. La primera de ellas es la perspectiva antropocéntrica, según la cual solo será objeto de protección aquellos elementos del medio ambiente que reporten un beneficio directo para el medio ambiente. En ese sentido, el derecho ambiental protegería el agua, por ejemplo, en tanto es un recurso natural que tiene utilidad para el ser humano. Como consecuencia, este enfoque afirma que todo aquello que no guarda utilidad para el ser humano quedaría fuera de la protección del derecho, de tal manera que todo elemento del medio ambiente «inútil» para el ser humano y que es dañado no generaría ninguna responsabilidad (Ruda 2008: 120).

La segunda perspectiva del medio ambiente propuesta por Albert Ruda es la perspectiva ecocéntrica, según la cual la protección jurídica del medio ambiente debe alcanzar a los elementos que aporten una utilidad para el ser humano, pero también aquellos que beneficien a otros elementos del medio ambiente. Desde esta perspectiva, si un elemento del medio ambiente es útil para el ser humano, como el agua, por ejemplo, estará sujeto a la protección que le brinda el derecho. Por otro lado, si un elemento del medio ambiente es beneficioso para otro elemento del medio ambiente, como una especie animal que es útil para una especie vegetal, por ejemplo, dicho elemento también será protegido por el derecho (Ruda 2008: 121).

Desde mi punto de vista, ambas perspectivas no son contradictorias ni excluyentes entre sí, sino que se tratan de puntos de vista complementarios. Esto se debe a que el derecho es una disciplina esencialmente antropocéntrica que busca brindar protección a determinados objetos respecto a los cuales los seres humanos tenemos determinados intereses. Respecto al medio ambiente, el derecho busca tutelarlos en la medida que su conservación tiene una utilidad para el ser humano, pues sin él nuestra especie no podría subsistir. En ese sentido, protegemos todo aquello que representa una utilidad para el ser humano.

Al afirmar que el derecho ambiental busca proteger todo aquello que es útil al ser humano no equivale a la perspectiva antropocéntrica descrita por Albert Ruda (2008: 120), sino que va más allá de ello. Implica que se brinde protección a todo aquel elemento del medio ambiente que represente alguna utilidad para el ser humano, de manera directa o indirecta. En ese sentido, si una especie aporta una utilidad directa a otra especie u otro elemento del medio ambiente que aporta una utilidad directa al ser

humano, se entenderá que dicho elemento presenta una utilidad indirecta. Como consecuencia de ello, la protección de dicho elemento será relevante para el derecho, en función del interés que entraña por su utilidad.

Sobre la base de esta postura antropocéntrica de mayor alcance, podemos concluir en que lo que realmente es protegido por el derecho ambiental es la utilidad que los elementos del medio ambiente aportan al ser humano, de manera directa o indirecta. Por ejemplo, se brinda protección a los recursos hídricos porque sirven directamente a los seres humanos, para beber, e indirectamente también, toda vez que permiten la existencia de diversas especies de flora y fauna que benefician a las personas. En consecuencia, el medio ambiente como objeto de protección se traduce en la protección o manutención de las fuentes de los servicios que directa o indirectamente presta al hombre.

En nuestro ordenamiento, el tercer párrafo del artículo 2° de la LGA recoge una definición general de ambiente que sienta la base para la interpretación de las definiciones de esta norma. De acuerdo a este dispositivo, se entiende por ambiente y sus componentes lo siguiente:

Artículo 2.- Del ámbito

(...)

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

Como se aprecia en el texto de la norma, la definición de ambiente que el legislador ha adoptado es muy amplia, englobando elementos que involucran incluso la salud de las personas. De esta manera, la literalidad de este artículo hace que el régimen de responsabilidad ambiental pueda alcanzar, virtualmente, a ámbitos de responsabilidad que exceden lo ambiental.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado al medio ambiente para definir el objeto que será tutelado por parte del Estado. En ese sentido, ha señalado que el concepto de medio ambiente comprende todas aquellas circunstancias físicas, biológicas y químicas que rodean al ser humano (Tribunal Constitucional 2009: F.J. 4 y 5). Se excluye al ser humano del concepto de medio ambiente, toda vez que el derecho ambiental regula, en esencia, la protección del medio ambiente, como un bien constitucionalmente protegido del cual es titular el Estado, en virtud del artículo 67° de la Constitución.

En este punto, debemos hacer la distinción entre las afectaciones al medio ambiente y las afectaciones personales y/o patrimoniales que pueden generarse por influjo ambiental. Para este último tipo de afectaciones, los regímenes jurídicos de tutela se encuentran en los fueros civiles, penales o administrativos no ambientales. El objeto de afectación que interesa, para la definición del concepto de daño ambiental, es el medio ambiente como bien público, sobre el cual la titularidad de la acción y protección recae en el Estado, en virtud de los artículos 66° y 67° de la Constitución, el cual establece la titularidad pública sobre los recursos naturales y respecto a la Política Nacional del Ambiente.

En conclusión, debo señalar que el concepto de medio ambiente que se debe tener en cuenta en la interpretación del concepto de daño ambiental es el conjunto de beneficios que presta el medio ambiente al ser humano, de manera directa o indirecta. De esta manera, el objeto sobre el que recae el daño ambiental es todo servicio medioambiental que los componentes ambientales prestan al ser humano.

2.1.2. La afectación al medio ambiente como una disminución cualitativa

El daño ambiental es una afectación que recae en el medio ambiente. Como hemos indicado anteriormente, el objeto de protección son los elementos del medio ambiente que proveen un beneficio directo o indirecto al ser humano, por lo que la afectación como tal debe consistir en un efecto negativo que repercute en los beneficios que el medio ambiente provee a las personas. Como consecuencia de ello, el daño ambiental, por definición, debe consistir necesariamente en una disminución cualitativa de las

fuentes de beneficios ambientales, de manera tal que los servicios que el medio ambiente presta al ser humano cambien negativamente.

Considerando que el daño ambiental es esencialmente una disminución cualitativa de los servicios medioambientales, para que pueda verificarse su existencia en un caso concreto, deben existir medios probatorios que acrediten una disminución cualitativa de las circunstancias físicas, biológicas y químicas que rodean al ser humano y que le proveen un beneficio directo o indirecto. En ese sentido, no habrá daño ambiental si es que una actividad humana no disminuye la calidad de un servicio ambiental proveído por el elemento afectado, de manera tal que carecerá de relevancia jurídica cualquier modificación al medio ambiente que no tenga dicho resultado.

Como puede apreciarse, es evidente que la sola disminución cualitativa que constituye el daño ambiental es por sí misma un efecto negativo para el medio ambiente. Esta reflexión es importante, en la medida que permite identificar los alcances de un daño ambiental, de manera tal que la responsabilidad ambiental se activará cuando se verifique una disminución, sin necesidad de constatar que esta ha traído otras consecuencias negativas para el medio ambiente adicionales. Las posibles consecuencias adicionales que dicha disminución ambiental pueda provocar son elementos que deben ser considerados en la graduación de las consecuencias jurídicas a aplicarse, como una eventual sanción o una obligación determinada de remediación o compensación.

Desde este punto de vista, la existencia de efectos negativos generados por el daño ambiental hace alusión únicamente a otros daños que pueden ser generados por el daño ambiental, pero que evidentemente no constituyen parte de su definición. En esa línea, considero que para declarar la existencia de daño ambiental es necesario que se verifique la disminución cualitativa del medio ambiente en cada caso concreto; de ser el caso que dicha disminución ha producido efectos negativos adicionales, estos también deberán ser considerados en la evaluación de la responsabilidad y en las consecuencias jurídicas correspondientes, mas no son un requisito de comprobación indispensable para declarar su existencia.

Ahora bien, si por un lado es claro que la existencia de daño ambiental requiere de la presencia de una disminución cualitativa en un servicio medioambiental, es importante recalcar que su sola comprobación no es condición suficiente para que se pueda declarar jurídicamente su existencia. Debe tenerse en cuenta que casi todas las actividades humanas tienen un efecto negativo en el medio ambiente que ocasiona una variación negativa total o parcial de un servicio medioambiental. A pesar de ello, tales actividades no pueden ser prohibidas, debido a que son necesarias para el desarrollo humano.

Frente a la necesidad de realizar actividades que afecten negativamente al medioambiente, aparecen mecanismos que permiten controlar o disminuir tales afectaciones, sin detener el desarrollo industrial. Dichos mecanismos se erigen sobre la base del elemento del daño ambiental referido a la magnitud o grado de afectación que determina la existencia de daño ambiental.

A continuación, veremos en qué consiste el elemento de magnitud de la afectación para la configuración de daño ambiental y, sobre lavase de este elemento, analizaremos la figura de riesgo ambiental, incluyendo los conceptos de riesgo permitido y riesgo no permitido.

2.1.3. La magnitud requerida de la afectación

Para evitar que cualquier menoscabo ambiental, aun siendo mínimo, no recaiga dentro del concepto de daño ambiental, el elemento de la magnitud suficiente del menoscabo resulta fundamental. En ese sentido, solo aquel menoscabo que reviste un especial grado de degradación en la calidad del medio ambiente puede ser considerado daño ambiental, pues de lo contrario se reprimirían conductas que, aun sin alterar el equilibrio ambiental, son consideradas nocivas para el medio ambiente, pero también necesarias para las actividades humanas.

La necesidad de hacer esta distinción nace a partir de la idea de que todas las actividades humanas sin excepción tienen un efecto sobre el medio ambiente, la mayoría de carácter negativo. Así lo señala Albert Ruda, partiendo de la idea de que el hombre, en tanto sujeto transformador del medio que lo rodea, genera siempre un

efecto en el medio ambiente que tiende a modificarlo de manera permanente, con efectos que no necesariamente son inmediatos (2008: 95).

Como consecuencia de lo expuesto, la separación del concepto de daño ambiental de las demás afectaciones que puede sufrir el medio ambiente es permitir que el ser humano desarrolle las actividades industriales que son necesarias para su subsistencia. Esto es puesto de manifiesto de manera muy acertada por José Esteve, quien, partiendo de que el objetivo de la regulación en general es la reducción del riesgo, señala que la distinción entre el daño ambiental y las demás afectaciones es lograr el desarrollo sostenible, antes que la sola protección del medio ambiente (Esteve 2014: 14).

Sin embargo, el problema de la magnitud es quizás uno de los aspectos más problemáticos jurídicamente respecto a los elementos del daño ambiental, debido a que la discusión respecto a que es y que no es daño ambiental es fundamentalmente técnica y científica. Esto se debe a que la existencia de un daño ambiental requiere de una probanza y de un análisis técnico específico que solo puede realizarse en cada caso concreto. Así, por ejemplo, Sánchez Yaringaño señala que no toda alteración a los elementos físicos, químicos y biológicos genera por sí mismo daño ambiental, sino que debe tratarse de un impacto negativo relevante, el cual será determinado por la autoridad competente (2010: 279).

Como hemos visto hasta aquí, la determinación de los medios para fijar el criterio de identificación de daños ambientales es una cuestión técnica, que no permite establecer un concepto omnicomprendido, general y abstracto de daño ambiental, dado que su existencia está sujeta a un grado de afectación variable caso por caso. En nuestro país, el artículo 142° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 (en lo sucesivo, **LGA**) ha establecido en su segundo párrafo un concepto de daño ambiental de este tipo, sin embargo, dicha concepción queda desprovista de contenido al comprobar que no se requiere un análisis de magnitud en cada caso concreto para identificar un daño ambiental.

La falta de previsión del legislador peruano no ha sido replicada por el legislador español, quien reguló expresamente una serie de afectaciones que, llevadas al análisis en cada caso concreto, permite identificar los daños ambientales, en el marco de la Ley

26/2007, Ley de Responsabilidad Medioambiental española. Así como lo señala Gomis Catalá, se han excluido de la aplicación del régimen de responsabilidad creado por esta norma a aquellas afectaciones que no son «significativas» y otras que han sido excluidas expresamente, debido a la existencia de otros regímenes de responsabilidad que los engloban (2008, 104-105).

De esta forma, a manera de conclusión, podemos señalar que el elemento de la magnitud de la disminución cualitativa que constituye daño ambiental es el determinante para que una afectación de esta naturaleza tenga todas las consecuencias jurídicas que el ordenamiento establece para el daño ambiental. En ese sentido, la magnitud no es otra cosa que la calificación establecida por el ordenamiento jurídico respecto al grado de afectación que debe verificarse en cada caso para declarar la existencia de daño ambiental.

2.1.4. El concepto de riesgo ambiental

Como ya hemos indicado anteriormente, el daño ambiental se define como la disminución cualitativa de un servicio medio ambiental que posee una magnitud suficiente, calificada por el derecho. Teniendo en cuenta dicho concepto, y los elementos que lo componen, tales como la disminución cualitativa y la magnitud suficiente para su calificación –siendo el más importante, desde mi punto de vista, el elemento de magnitud de la afectación– podemos definir lo que se entiende por riesgo ambiental.

Lo primero que se debe señalar es que el concepto de riesgo ambiental es una institución jurídica que se construye necesariamente en función al concepto de daño ambiental. El riesgo ambiental puede definirse de forma general como aquella situación que tiene el potencial de convertirse en un daño ambiental, en los términos que han sido definidos previamente (Irina Ize y otras 2010: 21). Dicho potencial dañoso, aunado a eventuales circunstancias específicas de cada caso concreto –como, por ejemplo, la falta de medidas de prevención– se consumará en una disminución cualitativa de un servicio medioambiental con una magnitud suficiente para constituir daño ambiental.

Ahora bien, considerando que el daño ambiental posee dos elementos, es decir, la existencia de un menoscabo ambiental –disminución cualitativa de un servicio medioambiental– y la magnitud calificada para ser considerado daño –criterio que dependerá de la opción legislativa y el análisis técnico de cada caso concreto–, el riesgo ambiental se presenta de dos formas. La primera de ellas, es la existencia de un potencial menoscabo ambiental, sin considerar ninguna magnitud en específico, al cual podemos denominar fuente de peligro. La segunda es la existencia de un menoscabo ambiental que, si bien constituye una disminución cualitativa real y comprobada, no posee la magnitud suficiente para ser considerado daño ambiental. Este último supuesto de riesgo puede ser denominado como una disminución cualitativa sin magnitud calificada como suficiente.

Como ya he señalado, todas las actividades humanas representan un riesgo al medio ambiente, en la medida que generan fuentes de peligro ambiental o disminuciones cualitativas de los servicios ambientales que, sin ser consideradas daño por no alcanzar la magnitud necesaria, constituyen afectaciones reales al medio ambiente. En ese sentido, el concepto de riesgo ambiental alcanza, de manera general y abstracta, prácticamente todas las actividades humanas.

Frente a la generalidad del concepto de riesgo ambiental, con la finalidad de prevenir la generación de daños ambientales, el derecho hace una distinción similar a la que se hace para el daño ambiental, sobre la base de un criterio de magnitud de cada afectación. Dicha distinción se denomina prevención del riesgo, la cual no es una técnica jurídica exclusiva del derecho ambiental, sino que es una forma de intervención administrativa que es propia del derecho público. A partir de dicha técnica, la regulación divide al riesgo en riesgos permitidos y no permitidos, estableciendo a su vez obligaciones de prevención específicas para cada supuesto.

Respecto a la actividad de gestión de riesgos, Esteve Pardo señala que el Estado identifica determinados riesgos, para luego distinguirlos en tolerables y no tolerables. La categoría de riesgos tolerables, que luego son riesgos permitidos por la regulación, parte de la premisa de que no es posible desaparecer el riesgo de manera absoluta, más aún cuando muchos riesgos son consustanciales al desarrollo de actividades industriales (imposibilidad del riesgo cero). Sin perjuicio de ello, si es posible y

necesario prohibir aquellos riesgos que resultan excesivos, desde una calificación técnica o social (Esteve 2012: 358).

La misma distinción descrita por Esteve Pardo se da en el derecho ambiental para la gestión del riesgo ambiental. De esta manera, la regulación ambiental crea estándares técnicos que son recogidos en normas, los cuales determinan la existencia de un riesgo permitido, cuando una actividad se ubica bajo dichos estándares. En sentido opuesto, toda actividad que no se alinea al estándar regulatorio establecido generará un riesgo ambiental no permitido.

El mejor ejemplo para clarificar la gestión de riesgos es la evaluación del impacto ambiental que se realiza, por ejemplo, en el marco de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (en lo sucesivo, **Ley SEIA**), así como en sus normas reglamentarias. Mediante este régimen, un proyecto minero, por ejemplo, que involucra una serie de actividades que pueden generar disminuciones cualitativas ambientales y/o que generan disminuciones cualitativas ambientales no significativas, debe identificar previamente la fuente de dichos riesgos para incorporarlos en su EIA. Luego de haber realizado dicha identificación, en el mismo instrumento se establecen las medidas de prevención específicas y los estándares que deben respetarse en su ejecución para gestionar dichos riesgos. No se logra el riesgo cero para el medio ambiente, dado que este punto es imposible de alcanzar, pero se logra prevenir la generación de daños ambientales, mediante la gestión de los riesgos identificados.

Sobre la base de las previsiones adoptadas frente a los riesgos identificados, se construye la línea divisoria entre los riesgos permitidos y los riesgos no permitidos. De esta manera, cuando el desarrollo del proyecto minero del ejemplo se lleve a cabo sin adoptar las medidas de prevención establecidas en el EIA o en las normas, o cuando se excedan los estándares para emisiones, por ejemplo, estaremos frente a un riesgo no permitido. Por el contrario, cuando el titular minero desarrolle sus actividades siguiendo lo establecido en las normas y en el EIA, los riesgos se mantendrán, pero serán permitidos, en la medida que son riesgos gestionados adecuadamente.

2.2. El concepto de daño ambiental desarrollado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental

2.2.1. El concepto de daño ambiental en la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611

La primera definición de daño ambiental que existe en nuestro ordenamiento es introducida por el segundo párrafo del artículo 142° de la LGA, el cual establece el siguiente concepto:

Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales

(...)

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

A partir de lo establecido por la norma citada se pueden hacer algunas observaciones iniciales. En primer lugar, contrariamente a la opción legislativa del legislador español, el legislador peruano ha optado por establecer un concepto general y abstracto de daño ambiental. En segundo lugar, la definición recogida en nuestra legislación se reconoce, desde nuestro punto de vista, hasta cuatro elementos en su concepción.

El primer elemento es el menoscabo material en el medio ambiente, el cual de por sí no deja en claro que se debe entender por menoscabo. Peor aún, la idea de medio ambiente misma no es tan clara como parece a primera vista, dado que podría referirse a aquellos aspectos que tienen una incidencia directa en el ser humano, tales como los recursos hídricos, o también a aquellos elementos ambientales que no prestan directamente un servicio medioambiental a las personas. Si se optara por una interpretación amplia del concepto, podría llegarse al absurdo de incluir afectaciones mínimas, dado que el concepto no incluye ningún elemento de magnitud.

El segundo elemento es la relación de causalidad, el cual es un elemento propio de la responsabilidad administrativa en general y que tiene aplicación indudablemente en la responsabilidad ambiental. Los alcances de la causalidad no son materia del presente

estudio, sin embargo, es importante tener en cuenta que el concepto contenido en el segundo párrafo del artículo 142° de la LGA confunde un elemento de responsabilidad con un elemento del concepto de daño ambiental.

El tercer elemento consiste en la no exigencia de ilicitud, el cual también es un elemento relevante para la atribución de responsabilidad, pero que no aporta nada por sí mismo para el contenido del concepto de daño ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que la existencia de un parámetro de determinación de responsabilidad distinto al de la mera ilicitud permite ver que, aun cuando se cumplieran las disposiciones jurídicas o aquellas contenidas en instrumentos de gestión ambiental, es posible la configuración de daño ambiental. Este punto introduce un espacio más de discusión, pues amerita que existan criterios de equidad claros para su aplicación práctica, los cuales, como veremos más adelante, no se encuentran en el texto de la LGA.

Finalmente, el cuarto elemento es la existencia de efectos negativos actuales y potenciales, que es la parte del texto de la norma que ha llevado a OEFA a interpretar que puede haber un daño ambiental que solo sea potencial, en contraposición a la existencia de un daño real, que en definición se identifica con el concepto de daño ecológico puro que se analiza en el presente estudio.

El concepto recogido en el segundo párrafo del artículo 142° de la LGA es, qué duda cabe, bastante confuso. Lo primero que se puede identificar en dicho concepto es la falta de distinción entre la idea de un daño que solo afecta al bien jurídico medio ambiente y aquel que recibe un sujeto particular a consecuencia de la afectación al medio ambiente. Este aspecto resulta relevante para efectos de determinar el mecanismo de responsabilidad y las eventuales medidas necesarias para la reparación o compensación dentro de la regulación ambiental.

Por otro lado, el principal problema que entraña el concepto de la norma es la ausencia de un criterio de magnitud. Como ya hemos señalado anteriormente, el elemento de la magnitud de daño ambiental es fundamental, en la medida que es el aspecto que permite garantizar el desarrollo sostenible, más allá de la sola protección ambiental que, desde nuestro punto de vista, no puede ser el objetivo final del derecho ambiental.

Finalmente, es relevante advertir que la LGA posee una gran ausencia conceptual, en la medida que define el daño ambiental, pero no posee ninguna definición del riesgo ambiental. La distinción entre ambas categorías es importante, toda vez que permite verificar conductas en cada caso que califican como daño y otras que, sin constituir daño, son pasibles de responsabilidad administrativa.

El riesgo es siempre una posibilidad de daño, por lo que su definición está sujeta a la definición de daño, dependiendo del objeto de afectación. Respecto al daño ambiental, como ya he indicado, consiste en la disminución cualitativa de cualquiera de los elementos que componen el medio ambiente. Partiendo de esta definición, el riesgo ambiental es toda aquella afectación que no alcanza a disminuir el medio ambiente en un grado suficiente para que pueda ser considerado daño ambiental. En ese sentido, el riesgo es aquello que no llega a ser daño ambiental, pero que representa la posibilidad en algún grado de que se produzca el daño ambiental.

2.2.2. La aplicación del artículo 142° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, por el Tribunal de Fiscalización Ambiental

Sobre la base del concepto de daño ambiental del segundo párrafo del artículo 142° de la LGA, el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en lo sucesivo, TFA) ha señalado que el daño ambiental contiene dos elementos que identifican esta categoría jurídica: el menoscabo material y los efectos negativos actuales o potenciales.

En el fundamento 54 de la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA, el TFA expone que la existencia de daño ambiental requiere de la comprobación de dos elementos: a) La existencia de menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes, y b) La existencia de efectos negativos actuales o potenciales.

Respecto al menoscabo, el TFA lo define como cualquier perjuicio que sufra el medio ambiente o uno de sus elementos. En ese sentido, se afirma que actividades como la introducción de elementos químicos a cuerpos naturales de agua constituye un menoscabo.

Por otro lado, respecto a los efectos negativos, el TFA afirma que estos pueden ser actuales o potenciales. Asimismo, indica que estos pueden afectar la salud o el medio ambiente; afectaciones que se identifican con la sola existencia de la posibilidad de afectación. En ese sentido, para el TFA, no es necesario que se tenga que probar una afectación concreta y actual para que existan efectos negativos.

Durante el periodo en el que fue emitida la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA, estuvo vigente la escala de sanciones para actividades mineras, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM. El numeral 3 de dicha escala establecía una multa de 10 UIT para el incumplimiento de obligaciones ambientales, como, por ejemplo, el exceso de Límites Máximos Permisibles (LMP), y una multa de 50 UIT para aquellos incumplimientos que generaban daño ambiental. En ese sentido, el numeral 3.1 establecía una serie de incumplimientos sancionados con 10 UIT, mientras que el numeral 3.2 establecía que, cuando los incumplimientos establecidos en el numeral 3.1 ocasionaran daño ambiental, sería de aplicación la multa de 50 UIT.

La Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA se emitió en el marco de un procedimiento administrativo sancionador seguido por el OEFA, en el cual se discutía, entre otras cosas, si el exceso de LMP, sin que exista daño ambiental probado en el caso concreto, merecía una sanción de 50 UIT. El TFA, sobre la base de la interpretación del concepto de daño ambiental que hemos señalado, indicó en el fundamento 60 de la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA que el exceso de LMP en efluentes mineros equivale a ocasionar daño ambiental:

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

La aplicación práctica de su interpretación llevó al TFA a afirmar que, en un caso de exceso de LMP, la afectación consistía en la introducción de elementos químicos al medio ambiente. Dicha introducción –es decir, el menoscabo– quedaría acreditada con

la medición de la concentración en los efluentes del titular minero. En ese sentido, según la interpretación del TFA, en el caso concreto de excesos de LMP, la medición de dicho exceso es la prueba del primer elemento del daño ambiental.

Respecto al segundo elemento, referido a la existencia de efectos negativos actuales o potenciales, el TFA afirma que el solo exceso de LMP ya configuraría este elemento. Su afirmación se sustentó en el artículo 32° de la LGA, norma que establece que los LMP causan o pueden causar daño ambiental. De esta manera, el TFA indica que los efectos negativos potenciales ya se habrían configurado con el solo exceso de LMP, porque el artículo 32° de la LGA establece que los LMP, al ser excedido «pueden» generar daño ambiental. Bajo esta lógica, dado que el exceso detectado en el caso concreto «puede» generar daño ambiental, se comprobaría un efecto negativo potencial, con la sola «posibilidad» de daño ambiental.

3. Análisis crítico del concepto de daño ambiental establecido por OEFA

3.1. Los elementos del daño ambiental según el artículo 142° de la LGA

La definición de daño ambiental contenida en el segundo párrafo del artículo 142° de la LGA detalla los elementos que este concepto posee dentro de nuestro ordenamiento. Sin embargo, como veremos a continuación, este artículo no incluye el elemento de magnitud del menoscabo que, de acuerdo al análisis desarrollado en el primer capítulo, constituye un elemento fundamental para declarar la existencia de daño ambiental.

Dentro de los elementos que el artículo segundo párrafo del 142° de la LGA reconoce como parte del concepto de daño ambiental, se pueden identificar los siguientes: i) la existencia de un menoscabo material al medio ambiente, ii) la existencia de una relación de causalidad, iii) la prescindencia de antijuricidad y iv) efectos negativos actuales o potenciales. De estos cuatro elementos que pueden identificarse en la norma, el TFA ha reconocido y desarrollado únicamente dos: el menoscabo y los efectos negativos actuales o potenciales.

A continuación, se analizarán de manera puntual y concisa los elementos reconocidos en el segundo párrafo del artículo 142° de la LGA, con la finalidad de demostrar que

dicho concepto no ha tenido en cuenta el elemento de la magnitud del menoscabo como un requisito para la configuración del daño ambiental. El desarrollo de estos elementos no será exhaustivo, en la medida que su estudio requiere un análisis más extenso que no es el objeto del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, se harán las precisiones necesarias para identificar cada elemento con un contenido mínimo, para luego centrar nuestro análisis en los elementos que si han sido materia de pronunciamiento por parte del TFA: el menoscabo y la existencia de efectos negativos actuales o potenciales.

3.1.1. El menoscabo del medio ambiente

El elemento del menoscabo a la afectación que debe sufrir el medio ambiente para considerar un impacto como daño ambiental. Como ya he señalado en el capítulo anterior, dicho impacto debe entenderse como la existencia de una disminución cualitativa de los servicios medioambientales que brinda el medio ambiente, de manera directa o indirecta.

Este elemento por sí solo no constituye un daño ambiental, en la medida que esta afectación requiere de la comprobación de otros elementos adicionales, siendo el más importante de todos el de magnitud del menoscabo. De acuerdo a lo expuesto en el capítulo anterior, la comprobación de un menoscabo al medio ambiente constituye un supuesto de riesgo ambiental, mas no de daño.

En la misma línea de lo expuesto en el capítulo anterior, la amplitud del concepto de menoscabo en el medio ambiente –entendido como la disminución cualitativa de un servicio medioambiental– no brinda ninguna noción que permita su aplicación en la determinación de responsabilidades. Esta indefinición es la que ha llevado al TFA a interpretar que no importa el grado de magnitud de un impacto negativo, pues toda afectación al medio ambiente constituiría daño ambiental, lo cual es erróneo, como expondré más adelante.

3.1.2. La relación de causalidad

El segundo elemento que puede leerse a partir del artículo 142° de la LGA es el nexo de causalidad entre el hecho generador del responsable y el daño mismo. Si bien es

cierto que el segundo párrafo del artículo 142° de la LGA no hace mención alguna a este elemento, su exigencia se justifica a partir de que dicho artículo menciona en su primer párrafo que la responsabilidad por daños ambientales recae sobre el sujeto que ocasiona el daño, como se observa a continuación:

Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

La exigencia de causalidad es un elemento que se exige en todo sistema de responsabilidad, no solamente en el ámbito administrativo ambiental, sino también en materia civil y penal. Este elemento consiste en la relación lógica de causa-efecto entre dos hechos, la cual es identificada a partir de las máximas de la experiencia. De esta manera, a partir de la constatación de los hechos y circunstancias que rodean la producción de un daño ambiental, se debe identificar una relación lógica de causa-consecuencia que vincule al generador del daño con el menoscabo perpetrado.

Este elemento no puede ser considerado parte integrante del concepto de daño ambiental, toda vez que no es una condición que deba comprobarse para determinar la existencia de daño, sino que se trata de una relación que debe verificarse para determinar un responsable, luego de haberse identificado un daño ambiental. En ese sentido, algo resaltante sobre este aspecto de los pronunciamientos del TFA es que no ha confundido su comprobación en el marco de la determinación del daño ambiental.

Al respecto, mediante el fundamento 89 de la Resolución N° 292-2013-OEFA/TFA, el TFA ha dejado sentado que la relación de causalidad, fuera de la determinación de la existencia de daño ambiental, exige la comprobación de dos elementos en cada caso concreto: i) la ocurrencia de los hechos que sirven de base para la atribución de responsabilidad y ii) la ejecución de tales hechos por parte del sujeto generador del daño ambiental. De esta manera, el TFA hace una distinción clara entre un elemento constitutivo del daño ambiental, como la comprobación del menoscabo (ocurrencia de

los hechos) y la atribución del hecho generador de daño al sujeto responsable (comprobación del nexo de causalidad).

En conclusión, respecto al elemento referido a la relación de causalidad, el análisis de su comprobación no forma parte del concepto de daño ambiental, pero sí constituye un requisito ineludible para la atribución de responsabilidad ambiental. En ese sentido, su evaluación debe realizarse de manera independiente a la comprobación de daño ambiental, tal y como ha señalado el TFA en la Resolución N° 292-2013-OEFA/TFA.

3.1.3. La no exigencia de antijuricidad

La antijuricidad se refiere a la contravención de un deber contemplado en una norma jurídica. En ese sentido, un sistema de responsabilidad que exige la comprobación de antijuricidad es un sistema en el cual no existirá responsabilidad si es que no existe un incumplimiento de un deber jurídico prescrito por una norma jurídica expresa.

En nuestro sistema jurídico, conforme al artículo 142° de la LGA, la comprobación de antijuricidad no es un requisito necesario para la atribución de responsabilidad por daños ambientales. De esta manera, nuestro ordenamiento no exige la existencia de una conducta transgresora de una norma jurídica –como el incumplimiento de una obligación regulatoria, por ejemplo– para que pueda declararse tal responsabilidad respecto al causante del daño. Esto quiere decir que basta únicamente la comprobación de los demás elementos del daño ambiental para que –con incumplimiento o no– exista responsabilidad por daño.

Para entender mejor este supuesto, pondré un ejemplo. Supongamos la existencia de un proyecto minero que cuenta con un instrumento de gestión ambiental en el que se prevén medidas de prevención para evitar impactos por dispersión aérea de concentrados en polvo. Sin embargo, a pesar de que el titular minero cumple con implementar y mantener las medidas de prevención establecidas en su instrumento, se advierte que se produce una afectación de consideración, la cual ocasiona, entre otras cosas, que desaparezcan especies arbustivas de la zona (se ha excedido la capacidad de resiliencia de estas especies).

En el caso propuesto, el titular minero ha dado cumplimiento a la obligación establecida en su instrumento de gestión ambiental, pero tal cumplimiento no ha impedido que el daño se produjera de igual manera. En ese sentido, si admitiéramos que la antijuricidad es un elemento del daño ambiental, concluiríamos que el titular minero no tiene ninguna responsabilidad que asumir respecto a la remediación o compensación del daño ambiental generado.

La prescindencia de la antijuricidad como un elemento del daño ambiental se fundamenta en este tipo de supuestos, en los cuales se producen daños ambientales aun cuando no se han incumplido las obligaciones ambientales de prevención establecidas en el ordenamiento o en los instrumentos de gestión ambiental específicos. Si la antijuricidad fuera un requisito para la responsabilidad por daño ambiental, el daño perpetrado quedaría suelto, sin ser atribuido a ningún sujeto privado, resultando en una afectación materialmente irreparable o en un costo que debe ser soportado por el Estado. En ese escenario, ni los objetivos de la prevención ambiental ni el esquema de responsabilidad ambiental cumplirían su finalidad, que es evitar o reparar y compensar los daños ambientales.

Ahora bien, dado que la antijuricidad no es un requisito indispensable, el titular minero de nuestro ejemplo tendrá que asumir la responsabilidad respecto al daño causado, toda vez que el ordenamiento busca que los daños ambientales sean reparados, al margen de que exista un incumplimiento normativo. De esta manera, la no exigencia de antijuricidad constituye una cláusula normativa general que caracteriza al régimen de responsabilidad por daños ambientales.

Sobre este elemento, el TFA no ha emitido ningún pronunciamiento en su análisis para la determinación de daño ambiental. Sin embargo, no se debe soslayar su importancia, dado que, como hemos explicado, la no exigencia de antijuricidad es una característica que dota de efectividad al sistema de responsabilidad ambiental.

3.1.4. Los efectos negativos actuales o potenciales

El segundo párrafo del artículo 142° de la LGA indica que el daño ambiental debe generar efectos negativos reales o potenciales, por lo cual sería válido asumir que su

constatación resulta un requisito indispensable para determinar la existencia de daño ambiental. Sin embargo, dada la redacción del artículo, no es posible comprender a que se refiere la norma cuando menciona efectos negativos reales o potenciales.

Los efectos negativos que causa el daño ambiental en el ambiente podrían entenderse como otros impactos negativos que son causados a consecuencia del daño, como veremos a continuación. De esta manera, puede diferenciarse entre el daño ambiental primigenio y los impactos generados a consecuencia de su producción, estableciéndose un esquema de causalidad entre el daño primigenio y los efectos negativos.

Además de la comprobación de un menoscabo al medio ambiente, la exigencia de efectos negativos actuales o potenciales es otro de los elementos respecto a los cuales el TFA ha emitido su pronunciamiento. Sin embargo, desde mi punto de vista, el TFA se ha limitado a hacer una interpretación literal del artículo 142° en este extremo, sin analizar las implicancias del elemento referido a los efectos negativos actuales o potenciales, como se desarrollará en el siguiente acápite.

3.2. Análisis crítico de la interpretación del TFA

3.2.1. Respetto a la magnitud del menoscabo material

Como ya se ha indicado anteriormente, el TFA, al interpretar el concepto de daño ambiental contenido en el artículo 142° de la LGA, no contempló el elemento de magnitud del menoscabo para su calificación como daño ambiental. Sin embargo, el TFA no tomó en consideración que el problema que genera el no haber incluido el elemento de magnitud dentro de la definición de daño ambiental, ocasiona que el concepto se vuelva extenso y sin contenido, pues sin este requisito cualquier impacto ambiental negativo puede calificar como daño ambiental.

Según el fundamento 54 de la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA, el TFA afirma que, para comprobar si existe un daño ambiental o no, conforme a lo señalado en el numeral 142.2 del artículo 142 de la LGA, se debe verificar la concurrencia de dos elementos: i) la existencia de un menoscabo material y ii) la existencia de efectos negativos actuales o potenciales. Como ya había adelantado, el TFA omitió

pronunciarse sobre todos los elementos que he podido identificar a partir del artículo 142° de la LGA y que han sido señalados en el numeral anterior del presente documento. En ese sentido, en el presente caso analizaré la omisión del elemento magnitud respecto al menoscabo material, mientras que la crítica a la necesidad de efectos actuales o potenciales será desarrollada en el acápite posterior.

Ahora bien, respecto al elemento menoscabo, como señalé en el primer capítulo del presente documento, se debe verificar la existencia de una magnitud calificada para poder determinar la existencia de daño ambiental, pues lo contrario equivaldría a vaciar de contenido la definición de daño ambiental. Sin embargo, sobre el elemento menoscabo, el TFA no ha hecho ningún desarrollo en absoluto, pues solo se ha limitado a señalar en el fundamento 54 de la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA que el menoscabo es cualquier perjuicio que sufra el medio ambiente o uno de sus elementos, mencionando la introducción de sustancias contaminantes al medio ambiente como ejemplo de menoscabo.

La omisión del análisis de magnitud en la interpretación del TFA grave porque, aun cuando el artículo 142° de la LGA no establece de manera expresa que el menoscabo debe poseer una magnitud calificada para ser considerado daño ambiental, la LGA posee otras disposiciones que si deben ser interpretadas en ese sentido. Así, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 131° de la LGA establece 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.

De esta manera, 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. En ese sentido, esta disposición, sobre la base de una interpretación sistemática de la LGA, debió haber motivado que el TFA realice una valoración en términos de magnitud del concepto de daño ambiental.

En ese sentido, el TFA incurre en el error de hacer una interpretación general y abstracta respecto a un concepto jurídicamente indeterminado. En primer lugar, no toma en cuenta nunca que un impacto negativo en el medio ambiente o menoscabo debe tener magnitud suficiente para ser considerado daño ambiental, pues de lo contrario se puede incurrir en el error de incluir dentro de la noción de daño ambiental supuestos que no califican como tal. Por esta razón, considero que el TFA debió ahondar en la definición de daño ambiental, partiendo de una evaluación de los elementos, no interpretando la norma literalmente, sino dándole contenido a partir de las demás disposiciones del ordenamiento, la jurisprudencia nacional o comparada y la amplia doctrina existente en la materia.

En segundo lugar, el TFA incurre en el error advertido por Ruda Gonzales, porque ha realizado la generalización de un concepto jurídico indeterminado que deberá comprobarse en cada caso concreto para poder realizar una calificación correcta de la existencia de un daño ambiental (Ruda 2008: 101-102). Sin perjuicio de lo anterior, es posible y necesario aportar algunas pautas o directrices que sirvan de guía para la calificación de los supuestos de afectación ambiental como daño ambiental.

Sobre el particular, una aproximación importante es la señalada por Andrés Briceño, quien define el daño ecológico como *“el deterioro, la degradación o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad”*, además de *“la destrucción de especies, la degradación de los recursos naturales (agua, aire, flora), la alteración de las condiciones de los suelos, el deterioro y la modificación de los sistemas ambientales en la que se integran”* (2009: 36). En ese sentido, la magnitud suficiente para calificar un impacto ambiental negativo como daño ambiental es la alteración del medio natural de manera que se provoque la destrucción de especies, la degradación de recursos naturales o modificaciones de similar índole que alteren las condiciones del medio ambiente. En otras palabras, uno de los criterios –sino el más importante– para determinar que un impacto ambiental negativo es daño ambiental es la capacidad de resiliencia del medio ambiente, pues solo un menoscabo capaz de alterar el equilibrio ambiental puede ser considerado daño ambiental.

Sin embargo, en la interpretación del concepto contenido en el artículo 142° de la LGA, realizada mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA, el TFA no ha

considerado en absoluto que el daño ambiental consiste en una afectación considerable al medio ambiente, sobre la base de un análisis técnico que determine un grado de afectación considerable. Por esta razón, en cada caso concreto, se debe verificar un estándar probatorio que se considere cumplido cuando se haya demostrado la existencia de una alteración a la capacidad de resiliencia.

3.2.2. La falta de necesidad de efectos negativos adicionales

Partiendo de que el daño ambiental es una disminución cualitativa de los elementos del medio ambiente, es evidente que tal disminución es un efecto negativo por sí mismo. En esa línea, el primer cuestionamiento que se debe realizar a la interpretación realizada por el TFA consiste en si es realmente necesario que se verifiquen efectos negativos adicionales a la disminución cualitativa del medio ambiente que es el daño ambiental para que pueda atribuirse responsabilidad.

Desde mi punto de vista, no es necesario que se constaten otros efectos ambientales negativos distintos al daño o menoscabo ambiental propiamente dicho, dado que su sola existencia ya constituye un efecto negativo consecuencia de la actividad del responsable, siendo suficiente su comprobación para la atribución de responsabilidad ambiental por daño, aún si este no tiene otras consecuencias negativas adicionales.

Sin embargo, la interpretación expresada no puede obviar que el artículo 142° de la LGA establece de manera expresa que el daño ambiental causa o puede causar efectos negativos actuales o potenciales, por lo que dicho extremo de la norma debe ser interpretado necesariamente para la construcción del concepto de daño ambiental en nuestro ordenamiento. En ese sentido, para poder hacer una correcta interpretación del concepto de daño ambiental, analizaré a continuación que debe entenderse por efectos negativos, de acuerdo al texto del artículo 142° de la LGA.

3.2.2.1. El significado de los efectos negativos en el artículo 142° de la LGA

Respecto a este punto, se debe tener en cuenta que el daño ambiental, al igual que todo perjuicio relevante para el derecho, es un hecho que, a su vez, puede generar otros hechos de similar naturaleza. Desde esta perspectiva, como ya había adelantado en el

numeral precedente, el daño ambiental puede generar otra disminución cualitativa de magnitud suficiente –daño ambiental– o la generación de una nueva fuente de peligro para una disminución cualitativa de magnitud suficiente –riesgo ambiental–.

De esta manera, el daño ambiental se define como la disminución cualitativa de algún elemento del medio ambiente, de manera tal que se altere un servicio medioambiental prestado por el medio ambiente. En contraposición a la definición de daño ambiental, el riesgo ambiental incluye todos los supuestos en los cuales no se comprueba una afectación que califique como daño ambiental, pudiendo identificarse dos supuestos generales: la posibilidad en cualquier grado de que se pueda producir un menoscabo al medio ambiente y la existencia de un menoscabo al medio ambiente que no tiene la magnitud suficiente para considerarse daño ambiental.

Siguiendo ambos conceptos, desde mi punto de vista, cuando el artículo 142° de la LGA hace mención que el daño ambiental causa o puede causar efectos negativos actuales o potenciales, está indicando que el daño ambiental puede generar otros daños ambientales –efectos negativos actuales– o supuestos de riesgo ambiental –efectos negativos potenciales–. Cabe señalar que entre los efectos negativos potenciales se incluirían, no solo los supuestos en los que existe una posibilidad en algún grado de que se produzca daño ambiental, sino también aquellos supuestos de menoscabos sin la magnitud suficiente para considerarse daño ambiental.

3.2.2.2. ¿Por qué los efectos negativos no son elementos del daño ambiental?

Luego de haber explicado que se debe entender por los efectos negativos, es necesario que analicemos si estos deben ser elementos constitutivos del concepto de daño ambiental del artículo 142°, como ha señalado el TFA. La importancia de esta precisión radica en que, si tales efectos negativos son un elemento del concepto, para que exista responsabilidad por daño ambiental deberá de acreditarse, además de la existencia del menoscabo primigenio, la existencia de un daño ambiental o una fuente de riesgo generados a consecuencia del daño original.

Para poder evaluar lo anterior, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que el daño ambiental y el riesgo ambiental son afectaciones que poseen relevancia jurídica, pero

que desencadenan consecuencias jurídicas distintas. Por un lado, el daño ambiental origina la obligación de reparar el daño perpetrado o, cuando esto no sea posible, la compensación en términos ambientales del mismo; por otro lado, el riesgo ambiental va a originar principalmente la obligación de adoptar medidas de prevención para disminuir al mínimo la posibilidad de que se produzca un daño ambiental, las cuales son establecidas en instrumentos de gestión ambiental específicos o en reglamentos de protección ambiental de naturaleza sectorial.

En la misma línea de nuestra postura, Javier García Amez, señala que la importancia del daño ambiental y del riesgo ambiental es crucial, pues sobre ambos conceptos se erige todo el sistema de responsabilidad ambiental:

El daño ha sido, y debe ser, el centro de atención de la responsabilidad, ya que ésta se origina en el momento en el cual se manifiesta el mismo. La creación de un riesgo no es una conducta ilícita que genere responsabilidad, aunque cuestión distinta será que se obligue a las personas que llevan a cabo este tipo de actividades a la adopción de una serie de medidas preventivas de daños.

Sin daño no será posible hablar de responsabilidad, a pesar de que lo que se pretenda es prevenir su existencia. Cuestión distinta será que se quiera hablar de un Derecho de Daños Ambientales, en el cual se integrarían los dos aspectos que hemos mencionado, prevención y reparación, que es lo que viene a realizar la DRA¹ y la LRA² (García 2015: 92).

Conforme a lo indicado por el autor, el riesgo ambiental no genera la obligación de remediación o compensación ambiental, porque no existe un menoscabo de magnitud calificada que deba ser remediado o compensado. Sin perjuicio de lo anterior, el derecho actual incluye al riesgo ambiental para establecer las obligaciones de prevención que evitarán de forma anticipada la generación de daño ambiental.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no tendría sentido asumir que el artículo 142° de la LGA ha establecido que la comprobación del daño ambiental involucra la constatación

¹ Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril sobre Responsabilidad Medioambiental e Relación con la Prevención y Reparación de Daños Ambientales.

² Ley 26/2007, de 24 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, norma del ordenamiento español.

de otros supuestos de daño y riesgo sucedáneos que no necesariamente se van a producir en todos los casos. Pueden existir casos en los cuales la producción de un daño ambiental ocasione otros supuestos de daño ambiental o de riesgo, pero esto no es una consecuencia obligatoria, pues la sola constatación del daño primigenio ya constituye un impacto que debería generar responsabilidad. Afirmar lo contrario equivaldría a exigir que el daño ambiental alcance proporciones demasiado grandes para poder producir la obligación de remediar o compensar, lo cual sería contraproducente para la finalidad de la LGA y la regulación ambiental.

Considero que la mención a efectos negativos actuales o potenciales señalados en el artículo 142° de la LGA no tiene otra finalidad que la de incluir la responsabilidad por riesgos ambientales dentro del régimen de responsabilidad ambiental en el Perú. La inclusión de la responsabilidad por riesgo ambiental mediante este artículo hace efectiva la aplicación del principio de prevención que está regulado en el artículo VI del Título Preliminar de la LGA, el cual señala lo siguiente:

Artículo VI. - Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

Sobre la base de este principio, la actuación pública en materia ambiental debe dar prioridad a la prevención de la degradación ambiental, lo que equivale a la obligación de efectuar medidas de prevención para prevenir el daño ambiental o, en otras palabras, de realizar actividades preventivas frente al riesgo ambiental. Si fuera el caso de que la degradación ambiental ya se convirtió en una realidad, resulta obligatorio adoptar medidas de mitigación, recuperación, restauración y, si no es posible adoptar estas medidas con resultados satisfactorios, compensación. Mediante este principio positivizado resulta notorio que, aun cuando no hay un reconocimiento expreso en una norma de alcance general y transversal, todo el sistema de responsabilidad ambiental en el Perú reposa sobre los conceptos de riesgo y daño ambiental, como he venido afirmando a lo largo del presente documento.

En esa línea, cuando el artículo 142° agrega la característica de “genera efectos negativos actuales o potenciales” al concepto del daño ambiental, no debemos interpretar que constituye un elemento indispensable para la comprobación de daño ambiental, sino que tiene la finalidad de incluir los supuestos de riesgo ambiental dentro del sistema de responsabilidad regulado por la LGA. En otras palabras, en virtud de la cláusula normativa general contenido en dicha norma, y a falta de una norma jurídica de rango legal que conceptualice específicamente el riesgo ambiental y sus implicancias jurídicas, gracias a esta incorporación se complementa el marco de responsabilidad ambiental, incluyendo supuestos de daño y riesgo ambiental.

Por otro lado, la incorporación de los efectos negativos actuales o potenciales a los que hace alusión el artículo 142° de la LGA incluye también un marco para la delimitación de los alcances de responsabilidad ambiental respecto al daño. Gracias a la inclusión del término “efectos negativos” –los cuales son daños y riesgos ambientales ocasionados por un daño primigenio–, la LGA deja en claro que el responsable por un daño ambiental debe responder por la remediación o compensación del daño mismo y por las medidas de prevención necesarias frente a los riesgos consecuencia, así como la remediación o compensación de otros daños generados. En ese sentido, la comprensión de los efectos negativos señalados en el artículo 142° de la LGA involucra también una disposición que determinará el quantum de las obligaciones generadas a partir de la producción de un daño ambiental en el Perú.

4. Conclusiones

4.1. Respecto al concepto de daño ambiental

El daño ambiental debe entenderse como la afectación que recae sobre el medio ambiente. Para esto, se debe tener en cuenta que el medio ambiente protegido por el derecho no es otra cosa que los servicios medioambientales que son proveídos por el medio ambiente.

Una vez que tenemos claro que el daño ambiental recae respecto a los servicios medioambientales que proporciona el medio ambiente, se debe tener en cuenta que la afectación a la que hace alusión el concepto de daño ambiental consiste en

una disminución cualitativa del servicio afectado. De esta manera, no podrá haber daño ambiental si es que en cada caso concreto no se verifica que un servicio medioambiental ha disminuido su calidad a partir de la ocurrencia de daño ambiental.

Sin perjuicio de lo anterior se debe observar que la disminución cualitativa verificada constituye una afectación de magnitud suficiente para alterar la capacidad de resiliencia o de carga del servicio medio ambiental o de la fuente que proporcionaba dicho servicio. En consecuencia, en cada caso concreto se debe probar que existe una disminución de dicha magnitud, pues de lo contrario no puede hablarse de daño ambiental.

Finalmente, se debe indicar que el daño ambiental no puede confundirse con los supuestos de riesgo ambiental. De esta manera, constituirá riesgo ambiental toda aquella posibilidad de disminución cualitativa de un servicio medioambiental o toda disminución cualitativa que, a pesar de ya haberse producido, no posee la magnitud suficiente para alterar la capacidad de resiliencia del servicio medioambiental o de su fuente.

4.2. Respecto a los defectos en la interpretación del TFA

No se debe aseverar, contrariamente a lo señalado por el TFA, que cualquier menoscabo ambiental puede ser considerado daño ambiental, pues dicho menoscabo debe consistir únicamente en una disminución cualitativa ambiental. En ese sentido, solo habrá daño ambiental si es que se comprueba en cada caso concreto la existencia de una disminución cualitativa.

Asimismo, la disminución cualitativa que debe probarse en cada caso debe, además, alcanzar una intensidad tal que altera el servicio medioambiental o su fuente hasta el punto de alterar su capacidad de resiliencia. En esa línea, deberá probarse además en cada caso la existencia de tal magnitud.

Finalmente, no existe ninguna necesidad de exigir que se prueben efectos negativos actuales o potenciales a partir de la producción de un daño ambiental

para que podamos entender que existe realmente esta afectación. La producción de daños ambientales puede generar efectos negativos actuales (otros daños ambientales) o potenciales (riesgos ambientales) adicionales al daño primigenio, pero no constituye una condición sine qua non que deba comprobarse en cada caso.



5. Bibliografía

- Briceño Chaves, Andrés Mauricio

2009 «Aproximación a los conceptos de daño ecológico y daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad». En *Daño Ambiental*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 15-73.

- 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.

- Esteve Pardo, José

2012 *Lecciones de derecho administrativo*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons.

2014 *Derecho del medio ambiente*. Tercera Edición. Madrid: Marcial Pons.

- García Amez, Javier

2015 *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Navarra: Editorial Aranzadi.

- Gomis Catalá, Lucía

2008 «La ley de responsabilidad medioambiental en el marco del derecho de la Unión Europea». En Lozano Cutanda, Blanca (Coordinadora). *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*. Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 83-146.

- Guerrero Zaplana, José
2010 La responsabilidad medioambiental en España. Madrid: La Ley.
- Ize Lema, Irina, Miriam Zuk y Leonora Rojas-Bracho
2010 Introducción al análisis de riesgos ambientales. Segunda edición. México D.F.: Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT).
- Lozano Cutanda, Blanca
2010 Derecho ambiental administrativo. Onceava edición. Madrid: La Ley.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA
2016 Jurisprudencia ambiental. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
- Ruda González, Albert
2008 El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Sánchez Yaringaño, Gadwyn
2010 «El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: una perspectiva crítica». *Thémis*, N° 52, pp.277-284, Lima.

- Vidal Ramos, Roger

2014 La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano.
Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.

