

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DAÑO AMBIENTAL
Prevención, reparación y gestión de riesgos

PERCY GRANDEZ BARRÓN

RÉGIMEN JURÍDICO DEL
DAÑO AMBIENTAL

Prevención, reparación y gestión de riesgos

PALESTRA EDITORES

LIMA – 2024

000 X00	Grandez Barrón, Percy Régimen jurídico del daño ambiental. Prevención, reparación y gestión de riesgos / Percy Grandez Barrón; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2024. 162 pp.; 14.5 x 20.5 cm. D. L. 2024-00000 ISBN: 978-612-325-000-0 1. Derecho ambiental 2. Derecho constitucional 3. Política ambiental 4. Conservación del medio ambiente 5. Protección ambiental
--------------------------	--

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DAÑO AMBIENTAL

Prevención, reparación y gestión de riesgos
Percy Grandez Barrón

Primera edición, marzo 2024

© 2024: PERCY GRANDEZ BARRÓN

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

GRÁNDEZ GRÁFICOS S. A. C.

Mz. E, Lt. 15, Urb. Santa Rosa de Lima, Los Olivos, Lima, Perú

Marzo, 2024

Cuidado de estilo y edición:

MANUEL RIVAS ECHARRI

Diagramación:

JOHN PAOLO MEJÍA GUEVARA

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-00000

ISBN: 978-612-325-000-0

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

*A mi hijo Máximo, el roble que motivó
que estas hojas logren florecer.*

BOPHAL

La pesadilla despertó a los vecinos en medio de la noche: el aire ardía.

En el año 1984, estalló una fábrica de la Union Carbide Corporation en la ciudad de Bophal, en la India.

No funcionó ninguno de los sistemas de seguridad. O, mejor dicho, en términos económicos: la rentabilidad sacrificó la seguridad al imponer drásticas reducciones de costos.

A muchos miles mató este crimen llamado accidente, y a muchos más dejó enfermos para siempre.

En el sur del mundo, la vida humana se cotiza a precio de oferta. Después de mucho tira y afloje, la Union Carbide pagó tres mil dólares por muerto, y mil por cada enfermo incurable. Y sus prestigiosos abogados rechazaron las demandas de los sobrevivientes, porque eran analfabetos incapaces de entender lo que sus pulgares firmaban. La empresa no limpió el agua ni el aire de Bhopal, que siguieron estando intoxicados, ni limpió la tierra, que siguió estando envenenada de mercurio y plomo.

En cambio, la Union Carbide limpió su imagen, pagando millonadas a los más cotizados expertos en maquillaje.

Unos años después, otro gigante químico, Dow Chemical, compró la empresa. La empresa, no su prontuario: Dow Chemical se lavó las manos, negó cualquier responsabilidad en el asunto y puso pleito a las mujeres que protestaban ante sus puertas, por alteración del orden público.

EDUARDO GALEANO (2008) *Espejos. Una historia casi universal*

CONTENIDO

PRÓLOGO DE JOSÉ ESTEVE PARDO	13
NOTA DEL AUTOR	19
INTRODUCCIÓN.....	21

Capítulo I

EL RIESGO AMBIENTAL

1. Las decisiones jurídicas en escenarios de incertidumbre científica	25
1.1. La gestión de la incertidumbre	28
1.2. Las respuestas del Derecho frente a la incertidumbre científica.....	30
2. El derecho ambiental como un Derecho de regulación y gestión de riesgos	32
2.1. La valoración y determinación del riesgo ambiental	36
2.1.1. La valoración del riesgo ambiental.....	36
2.1.2. La determinación del riesgo ambiental	40
2.2. La prevención y gestión del riesgo ambiental.....	44
2.2.1. El cumplimiento de las obligaciones ambientales.....	45
2.2.2. La autorregulación	47
2.2.2.1. La autorregulación voluntaria	48

CONTENIDO

i. <i>Compliance</i> ambiental.....	48
ii. Auditorías ambientales	50
2.2.2.2. La autorregulación regulada.....	52
2.2.2.3. La autorregulación inducida. El caso de los incentivos ambientales.....	53
2.2.3. Fiscalización ambiental con enfoque de prevención y gestión de riesgos	55
2.2.3.1. Las supervisiones orientativas.....	58
2.2.3.2. Las medidas administrativas orientadas a evitar daños ambientales	59
2.3. Responsabilidad administrativa y penal por la inadecuada gestión del riesgo ambiental.....	64

Capítulo II

EL DAÑO AMBIENTAL

1. Concepto y clasificación del daño ambiental.....	67
2. La responsabilidad por daño ambiental.....	69
3. Principios que orientan el régimen de responsabilidad por daño ambiental.....	72
3.1. Principio precautorio.....	73
3.2. Principio de prevención del daño ambiental.....	77
3.3. Principio de corrección o reparación del daño ambiental <i>in natura e in situ</i>	83

Capítulo III

VÍAS LEGALES PARA CONSEGUIR LA REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

1. La reparación del daño ambiental en la vía civil	87
1.1. La acción negatoria.....	88

CONTENIDO

1.2. La responsabilidad civil extracontractual	91
1.2.1. La responsabilidad objetiva y subjetiva	95
1.2.2. La relación de causalidad entre el hecho y el daño ambiental	97
1.2.3. Legitimación: intereses individuales, colectivos y difusos	100
1.2.4. Sobre la efectividad del Derecho civil para conseguir la reparación del daño ambiental.....	104
2. La reparación del daño ambiental en la vía penal	106
2.1. El delito ambiental.....	106
2.2. La responsabilidad civil derivada del delito.....	108
2.3. La reparación del daño ambiental como una atenuante para la reducción de la pena	111
2.4. La terminación anticipada por pago de la reparación civil.....	114
2.5. Legitimación para exigir la reparación de daños ambientales puros.....	115
2.6. Legitimación para exigir la reparación de daños tradicionales	120
2.7. El destino de la reparación civil.....	124
3. La reparación del daño ambiental en la vía administrativa	128
3.1. La influencia del Derecho administrativo en el Derecho ambiental	128
3.2. La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad.....	130
3.3. Régimen de responsabilidad ambiental.....	136
3.3.1. Concepto	136
3.3.2. Las medidas correctivas	138

CONTENIDO

3.3.3. Procedimiento administrativo de responsabilidad ambiental	141
3.3.4. Los seguros ambientales obligatorios	143
3.3.5. Retos para el fortalecimiento del régimen de responsabilidad ambiental.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	151

PRÓLOGO

Todas las instituciones y fórmulas jurídicas con las que venimos operando, muchas de ellas sobradamente centenarias, sufren una fuerte contorsión cuando se orientan y aplican a la protección del ambiente. No fueron originariamente concebidas con esta finalidad. No se diseñaron para desenvolverse en un entorno mutable y volátil como es el que ordinariamente envuelve a los conflictos y regulaciones ambientales. Son fórmulas e instituciones que necesitarían de una nueva concepción y no, como es habitual, de meras modulaciones o adaptaciones que no acaban de acertar en la cumplida respuesta a estas cuestiones.

La responsabilidad por daños es la primera institución jurídica que está siendo objeto de una redefinición en profundidad, con innovación en todos sus elementos, cuando se ocupa de los daños ambientales. Podemos advertirlo bien a las claras si identificamos, primero, cuáles son esos instrumentos y rasgos característicos en el régimen tradicional de responsabilidad por daños. Un régimen que es común en todos los países latinos marcados aquí por las concepciones del derecho romano, concretamente la llamada *lex Aquilia*. Encontramos así ese régimen en Perú, en España, en Francia, en Argentina, en Italia, etc. Su enunciado es prácticamente idéntico. Así en el Perú, el

artículo 1969 de su Código civil: “Aquel que por dolo culpa causara daño a otro está obligado a indemnizarlo”.

Podemos contrastar ese régimen con el que se ofrece en las regulaciones específicamente medioambientales, como la que en Europa se diseña en torno a la importante Directiva 2004/35/CE, del 21 de abril del 2004, sobre “responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”.

El modelo tradicional, el del artículo 1969 del Código Civil peruano y de otros muchos códigos civiles latinoamericanos, gira en torno a un enunciado breve, apenas una docena de palabras —dolo, culpa, daño, causa, indemnización, son las más relevantes— que quedan abiertas a la interpretación. Miles de sentencias se han dictado interpretando estos términos.

Por el contrario, el sistema de responsabilidad ambiental europeo que parece imponerse tiene un enunciado muy extenso y detallado con remisiones a prolijos anexos en los que, por ejemplo, se detalla con toda la precisión posible lo que es daño ambiental. Se pretende cerrar así, el margen de apreciación judicial y la incertidumbre que ello pudiera generar a los operadores, muy particularmente a uno de ellos: las compañías de seguros, pues una clave del sistema está en que los operadores con mayor potencial de riesgo —que también se enumeran en anexos— están obligados a disponer de un seguro, y las compañías quieren seguridad y saber con toda precisión a que se comprometen.

El modelo tradicional del Código Civil contempla como único mecanismo resarcitorio el de la indemnización. El de la responsabilidad ambiental, que se tramita en sede administrativa, no pretende indemnización alguna, sino la recuperación, la restauración del medio ambiente, del recurso natural dañado (la regeneración de los suelos contaminados, la repoblación forestal buscando el estado forestal antes del daño, la recuperación de una laguna, etc.).

El guion tradicional de la responsabilidad civil tiene algunos personajes principales, insustituibles. Uno de ellos es la víctima,

alguien que sufre un daño en su persona o en su patrimonio. En la responsabilidad medioambiental no aparece tal personaje. Si alguien alega que ha sufrido un daño personal o patrimonial, la respuesta de esa legislación es muy clara: reclame usted ante la jurisdicción civil con arreglo al Código Civil. Los dañados en la responsabilidad medioambiental no son los individuos, sino los bienes y recursos naturales que han de restaurarse, recuperarse, resarcirse mediante su vuelta, en lo posible, a su estado originario antes de la producción del daño.

Hay otro personaje principal, fijo, en la responsabilidad civil: el causante del daño. Se apunta a una persona causante, a la que se exigirá una indemnización; una persona que podrá plantear, y conseguir en juicio, el descargo, como prevé el propio artículo 1969 del Código Civil peruano. Pero, si no hay esa previa identificación personal no es posible plantear la acción judicial. Pues bien, en la responsabilidad medioambiental el causante es un personaje contingente, puede aparecer o no. Lo prioritario es recuperar al medio natural del daño sufrido con los costes económicos que esa actuación comporta. Luego ya se buscará al causante siendo perfectamente posible no identificarlo pues no habrá podido establecerse una relación de causalidad entre el daño producido y la actuación de un determinado sujeto, de una determinada instalación. También es posible que, si efectivamente se identifica a un causante pueda éste acogerse a los motivos de exoneración de responsabilidad que se contemplan en la directiva europea.

¿Qué ocurre entonces si no se identifica al causante o si, identificándolo, consigue exonerarse acogiéndose a una cláusula legal en tal sentido? ¿Quién pagará los costes en los que se incurrió con las actuaciones tendentes a recuperar el bien o recurso natural? No hay otra respuesta: esos costes se cubrirán con fondos públicos, fundamentalmente de origen presupuestario. De hecho, la normativa europea en materia de responsabilidad medioambiental prevé en cada Estado la constitución de dos fondos económicos.

Un primer fondo han de constituirlo las compañías de seguros y de reaseguros para cubrir las responsabilidades en que pudieran incurrirse sobre todo en daños ambientales graves, cuyos gastos de reparación resultasen extremadamente cuantiosos, rebasando las previsiones de la póliza que obligatoriamente tuvo que contratar. Este fondo cubre los supuestos en los que se identifica al sujeto causante y se le impone la obligación de pagar los costes al no poder acogerse a ninguna cláusula de exoneración.

Pero se prevé la constitución de un segundo fondo, nutrido de aportaciones públicas de origen presupuestario, para cubrir los costes cuando no se identifica a un causante o cuando, una vez identificado, puede acogerse a alguna cláusula de exoneración.

El resultado de todo ello es que el principio —*slogan* en realidad— de que “quien contamina paga”, que tanto proclamaron los impulsores políticos de este régimen, no rige en absoluto con carácter general. El que contamina, si se le identifica y no puede acogerse a una cláusula de exoneración, paga (más precisamente, paga su compañía de seguros). Pero si no es así, acaba pagando la comunidad en su conjunto.

Desde hace ya varios años atrás, Percy Grandez Barrón lleva tiempo estudiando y aplicando en la práctica las fórmulas jurídicas que se orientan a la protección del medio ambiente, destacadamente la de la responsabilidad, que explora aquí en sus tres vertientes más conocidas: la civil, la penal y la administrativa, pero apuntando de manera fundada y convincente hacia un nuevo modelo más en sintonía con la realidad del Derecho ambiental que, con todo acierto, sitúa en torno al paradigma de la regulación y gestión de riesgos.

Conocí a Percy hace ya casi diez años cuando asistió a una conferencia mía en la ciudad de Toledo, en España. He seguido desde entonces su ascendente trayectoria, encontrándome con él varias ocasiones en Perú y algunas otras en España. He comprobado así, muy directamente, como se enriquecía su formación académica y

como decantaba esos conocimientos en la práctica jurídica que ha desarrollado en la vanguardia del Derecho ambiental, allí donde le han situado los muy relevantes casos en los que ha trabajado. Su destacada trayectoria, lo ha convertido, a pesar de su juventud, en una autoridad en el Derecho ambiental. El lector podrá apreciarlo.

JOSÉ ESTEVE PARDO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona