

## RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL ¿TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS DAÑADOS O SIMPLEMENTE UN LIRISMO?<sup>1</sup>

*Por Juan Espinoza Espinoza<sup>2</sup>*

Sumario: 1. Definición y alcances. 2. Los principios: a) Principio de sostenibilidad (art. V); b) Principio de prevención (art. VI); c) Principio precautorio (art. VII); d) Principio de internalización de costos (art. VIII); e) Principio de responsabilidad ambiental (art. IX); f) Principio de equidad (art. X); g) Principio de gobernanza ambiental (art. XI). 3. Protección constitucional del medio ambiente. 4. Las responsabilidades formales. 5. El caso. 6. La transacción entendida por nuestros jueces: La controversial sentencia del Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República del 22 de febrero de 2008 (Casación N° 1465-2007-Cajamarca)

### 1. DEFINICIÓN Y ALCANCES

Antes de referirme a la responsabilidad civil por daño ambiental, es imperativo emplear algunas líneas para delimitar los alcances del **bien jurídico tutelado**: el ambiente o medio ambiente. A veces se cree que éste sólo está compuesto por elementos de la naturaleza, sin la intervención del hombre. Ello no es así: ambiente o *hábitat* natural es “aque-

<sup>1</sup> Este artículo es el resultado de la investigación realizada con el auspicio del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la Universidad del Pacífico. Presidente del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN.

llo que la naturaleza (cosa-madre) ha producido y produce, con concurso o no, de la mano del hombre [...]. De tal manera, cualquier obra o intervención humana se traduciría en obras o intervenciones “naturales” porque se insertan en el recorrido ya trazado por un ambiente encontrado y no alterado; pero progresivamente enriquecido por valores históricos y culturales, en el cual el hombre (“centro” del sistema ecológico, pero también destinatario de las respuestas de un *hábitat* así requerido) garantizaría su sobrevivencia y desarrollo de su propia personalidad”<sup>3</sup>. No en balde el art. IV Título Preliminar de la Ley General del Ambiente (LGA), N° 28611, del 13 de octubre de 2005, establece que:

“Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos”.

Así, “el ambiente es un valor en conjunto, tiene un sustrato material, pero, considerado en sí mismo, es un valor”<sup>4</sup>. Ya en otra sede, partiendo de la definición de orden público (entendido como el conjunto de principios jurídicos, económicos, morales, políticos y que diversa índole que son los pilares de la estructura y del funcionamiento de la sociedad) se había hecho la distinción entre orden público estático (una suerte de muro de contención frente a la autonomía privada) y orden público dinámico (las condiciones que necesitan los ciudadanos para desarrollarse plenamente)<sup>5</sup>. En este orden de ideas, se justifica plenamente, “la emergencia de un orden público nuevo que tiene por fin la protección ambiental”<sup>6</sup>. Por ello, el Estado se encuentra en la obligación de remover los obstáculos que colisionen con ello. Así, en el art. I del T.P. LGA, se entiende que:

<sup>3</sup> Lina BIGLIAZZI GERI, *Rapporti Giuridici e Dinamiche Sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998, 1150.

<sup>4</sup> Guido ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, Bologna, 1991, 345 en español en *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, traducción a cura de Juan ESPINOZA ESPINOZA, Gaceta Jurídica, 2001, p. 387.

<sup>5</sup> Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Edición, Lima, 2005, p. 263.

<sup>6</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 663.

“Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.

Por ello, el bien jurídico atacado es “el medio ambiente en sus factores ecológicos y culturales. El interés jurídico es la calidad de vida *in genere*: es decir, considerada colectivamente, sin que deje por ello de ser un interés difuso”<sup>7</sup>. En una experiencia jurídica como la brasileña, por ejemplo, se utiliza como mecanismo de protección la **acción civil pública**, la cual es “de naturaleza conminatoria, teniendo por objeto una pretensión fijando una obligación de hacer o de no hacer, que recomponga *in specie* la lesión al interés metaindividual violado, so pena de ejecución por un tercero, a su costo, o de conminación a una multa diaria por el retraso en el cumplimiento de lo ordenado. El interés objetivado puede referirse al medio ambiente, a los consumidores o al patrimonio público del país *lato sensu*”<sup>8</sup>.

Autorizada doctrina argentina advierte que **daño ambiental** “es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*) a los intereses legítimos de una persona determinada”<sup>9</sup>. Este tipo de daño afecta directamente al medio ambiente e indirectamente a las personas individualmente consideradas, en su salud o en su patrimonio<sup>10</sup>. Hablar del daño ambiental, forzosamente implica pronunciarnos acerca de los **intereses difusos**. En efecto, estos intereses “ocupan una posición en sí misma y asumen relevancia jurídica donde se concede tutela incluso a posiciones que no encuadran estrictamente en el ámbito del derecho subjetivo”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*

<sup>8</sup> Rodolfo DE CAMARGO MANCUSO, *Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. Lei 7.347/85 e legislação complementar*, novena edición revisada y actualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 46.

<sup>9</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*, 661.

<sup>10</sup> En este sentido también Henry CARHUATOCTO SANDOVAL, *La responsabilidad por daño ambiental aplicada al Perú*, en *Ius Doctrina & Práctica*, No. 4, Grijley, Lima, 2007, p. 193.

<sup>11</sup> Patrizia PETRELLI, *Interessi collettivi e responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 2003, p. 11.

Se denominan intereses difusos porque, aún perteneciendo al individuo y pudiendo relevar en vía autónoma (como intereses particulares de la persona), se ponen en una dimensión superindividual, que no contradice su naturaleza privada: tienden a repetirse y a extenderse a todos los componentes de la colectividad en razón del bien (salud, ambiente, habitación, etc.) que constituye el punto de referencia objetivo y el elemento unificante, correspondiente al individuo en cuanto perteneciente a una clase social o, en cambio, como miembro de una categoría social o de colectividad de extensión variada<sup>12</sup>. En esta línea de pensamiento, se afirma que los intereses difusos son aquellos “que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos y son por ello supraindividuales, produciendo una afectación o incidencia colectiva desde que la contaminación ambiental es susceptible de ocasionar una daño social a un grupo indeterminado de personas”<sup>13</sup>. Con razón se sostiene que el interés difuso “es extenso, amplio y pertenece a un número indeterminado de personas, pero no por esto es un interés débil o abstracto; todo lo contrario, se trata de un interés cierto y el hecho que pertenezca a “todos en general y a nadie en particular” no lo debilita, sino que lo hace más digno de protección”<sup>14</sup>.

## 2. LOS PRINCIPIOS

### **La LGA establece en su Título Preliminar los siguientes principios:**

#### *a) Principio de sostenibilidad (art. V)*

“La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”.

#### *b) Principio de prevención (art. VI)*

“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”.

<sup>12</sup> Lina BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 1155.

<sup>13</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*, 667.

<sup>14</sup> Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, *La defensa procesal de los intereses difusos*, en *Ius et praxis*, N° 24, Lima, 1994-123.

*c) Principio precautorio (art. VII)*

“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”.

*d) Principio de internalización de costos (art. VIII)*

“Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos”.

*e) Principio de responsabilidad ambiental (art. IX)*

“El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”.

*f) Principio de equidad (art. X)*

“El diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales deben contribuir a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y económicas existentes; y al desarrollo económico sostenible de las poblaciones menos favorecidas. En tal sentido, el Estado podrá adoptar, entre otras, políticas o programas de acción afirmativas, entendidas como el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas, en un aspecto o varios de su vida social o económica, a fin de alcanzar la equidad efectiva”.

*g) Principio de gobernanza ambiental (art. XI)*

“El diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales se rigen por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia”.

De todos estos principios asumen particular relevancia el de sostenibilidad y el de precaución. Respecto del primero, autorizada doctrina nacional advierte que “no cabe duda de que en nuestra sociedad no pretende —ni puede pretender cuerdamente— preservar una pureza ambiental y paisajística prístina y absoluta a cualquier costo. Por este motivo, no todo daño ambiental es antisocial, sino solamente aquél que la sociedad considere excesivo para su grado de consciencia del peligro”<sup>15</sup>. Cambiar este orden de las cosas sería “un caso grosero de paternalismo ambiental”<sup>16</sup>. Sin embargo, ello no significa solucionar el problema con la fórmula simplista de “quien contamina paga”.

En cuanto al principio de precaución se refiere, “se trata de actuar antes que se produzca un peligro, aunque sea potencial, con el fin de evitar el surgimiento de una situación intrínsecamente peligrosa que sería después extremadamente difícil, si no imposible, de afrontar adecuadamente por la falta de los necesarios conocimientos científicos o técnicos”<sup>17</sup>. En efecto, el

<sup>15</sup> Fernando de TRAZEGNIES GRANDA, siguiendo a Frank MICHELMAN, en *La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo II, PUCP, Lima, 1988, 329.

<sup>16</sup> Richard A. EPSTEIN, *Reglas simples para un mundo complejo*, traducido por Fernando CORREA SALAS, Álvaro DÍAZ BEDREGAL, Alfonso MONTOYA STAHL y Juan Manuel ROBLES MONTOYA, Ius et Veritas, PUCP, Fondo Editorial, 2005, 297. En esta línea de pensamiento, se afirma que “la disciplina se ha tornado a veces compleja y a veces confusa, pues la mayoría de los autores radicales defensores del medio ambiente sano sientan sus premisas y conclusiones como si en el desarrollo de las relaciones sociales sólo existiera el derecho subjetivo o colectivo a un ambiente sano, sin tener en cuenta otros derechos y necesidades indispensables en una sociedad masificada y tecnificada como la actual. Para ellos, el ambiente se debe conservar sano, independientemente del costo social, económico, político o jurídico que ello conlleve. Pero están equivocados, pues la Constitución Nacional consagra también otra serie de derechos que en un momento dado pueden entrar en conflicto con el derecho a un ambiente sano, tales como el desarrollo económico, la libertad de empresa, el derecho a la alimentación, a la recreación, a la educación, a la libre locomoción, entre otros. Justamente, la dificultad mayor en el estudio de la responsabilidad por contaminación ambiental radica en ponderar en cada caso concreto esos derechos, especialmente entre el desarrollo económico y el ambiente sano. Aliviar la tensión entre esos principios constitucionales es la tarea prioritaria, casi imposible de lograr” (Javier TAMAYO JARAMILLO, *Las acciones constitucionales contra la contaminación ambiental en el Derecho Colombiano*, en *Responsabilidad Civil*, dirigido por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, 589-590).

<sup>17</sup> Giuseppe TUCCI, *Tutela dell'ambiente e diritto alla salute nella prospettiva del Diritto Uniforme Europeo*, en *Studi in Onore di Cesare Massimo Bianca*, t. IV, Università di Catania, Giuffrè Editore, Milano, 2006, 890.

art. 1° de la Ley N° 29050, del 22 de junio de 2007, que modificó el literal k del art. 5° de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, N° 28245, del 4 de junio de 2004, se refiere a este principio de la siguiente forma:

“Precautorio, de modo que cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantee el análisis científico disponible. Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación”.

Comparto plenamente que “sobre la base del principio precautorio, el Estado se encuentra facultado a aplicar un amplio abanico de medidas a fin de asegurar una adecuada protección del medio ambiente y de la salud cuando se desconozcan los efectos de una actividad o producto”<sup>18</sup>.

### 3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

#### **El inc. 22 del art. 2 Const. Consagra que toda persona tiene derecho:**

“A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” (el subrayado es mío).

Debido que la Municipalidad Provincial del Santa-Chimbote, mediante Ordenanza Municipal N° 016-2001-MPS, redujo el área del **Parque Metropolitano Humedales de Villa María** de 630 a 471.29 hectáreas, el Colegio de Abogados del Santa interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra dicha norma, invocando (entre otros) el art. 73 Const., que se refiere a la intangibilidad de los bienes públicos. El Tribunal Constitucional, con sentencia del 06/11/02, (Expte. N° 0018-2001-AI/TC), interpretó, en posición que comparto, que se trataba de una antinomia entre la ordenanza cuestionada y el ya citado art. 2.22 Const., por consiguiente, la declaró in-

<sup>18</sup> Patrick WIELAND FERNANDINI, *¿Las antenas no contaminan? Reflexiones en torno a una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la telefonía móvil y su impacto en la salud y el medio ambiente*, en *Jus Jurisprudencia*, No. 5, Grijley, Lima, 2007, 255.

constitucional. Merecen destacarse algunos pasajes de esta sentencia. En efecto, se sigue el criterio del concepto de medio ambiente que abarca no sólo lo dado (por la naturaleza) sino lo *construido* (por el hombre), así:

“El ambiente se entiende como un sistema; es decir como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales —vivos o inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos.

El ambiente es concebido como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivos y que permiten —de una manera directa o indirecta— su sana existencia y coexistencia”.

Asimismo, bajo una clasificación que (obviamente) no es excluyente se afirma que:

“Desde una perspectiva práctica, un ambiente puede ser afectado por alguna de estas cuatro actividades:

- a) *Actividades molestas*: Son las que generan incomodidad por los ruidos o vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras sustancias.
- b) *Actividades insalubres*: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana.
- c) *Actividades nocivas*: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.
- d) *Actividades peligrosas*: Son las que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones”.

También se incardina el derecho al medio ambiente bajo una perspectiva de orden público dinámico, cuando se considera al medio ambiente:

“como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.

Por ello:

“el Tribunal Constitucional considera que una de las prestaciones estatales que se derivan del inciso 22) del artículo 2º, de la Constitución, es aquella en la que el legislador (nacional, regional o local), dentro de sus deberes de *conservar* y *prevenir* el ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de las personas, mantiene *in totum* el área de un parque metropolitano con las características ecológicas de las que goza el denominado Humedales de Villa María. A mayor abundamiento, es necesario subra-

yar que el legislador se encuentra obligado a prevenir que dicho espacio no sea objeto de reducción territorial”.

Otro caso: el 6 de diciembre de 2002, los señores Pablo Miguel Fabián Martínez, Digna Ortega Salazar, Alfredo Peña Caso, Rosalía Tucto Ortega, José Chuquirachi Anchieta y María Elena Cárdenas Soto interpusieron una **demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), solicitando que se diseñe e implemente una “Estrategia de salud pública de emergencia” para la ciudad de La Oroya**, de conformidad con la Ley 26842 (Ley General de Salud); y que, por consiguiente, se adopten las siguientes medidas: a) la recuperación de la salud de los afectados, mediante la protección de grupos vulnerables, la implementación de medidas de prevención del daño a la salud y que se vele por el cumplimiento y levantamiento de información sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta; b) se declare en *Estado de Alerta* a la ciudad de La Oroya, conforme lo establecen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire; y, c) se establezcan programas de vigilancia epidemiológica y ambiental de conformidad con lo estipulado por el artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire. El Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, con fecha 1 de abril del 2005, declaró fundada la demanda argumentando que las entidades demandadas no han acatado las funciones y actuaciones establecidas en las disposiciones correspondientes (Ley General de Salud y Decreto Supremo 074-2001-PCM), ni directamente ni a través de otras entidades públicas o privadas. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con sentencia del 11 de octubre de 2005, por un tema escandalosamente formal, declaró improcedente la demanda de autos. Por ello se interpuso un recurso de agravio constitucional contra esta última resolución.

El Tribunal Constitucional consideró que las pretensiones de los demandantes debían estimarse en parte, toda vez que, si bien el Ministerio de Salud ha adoptado determinadas medidas, establecidas en la Ley 26842, General de Salud, y en el Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales del Calidad Ambiental del Aire, su cumplimiento no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto. En efecto, los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños y madres gestantes de La Oroya se han venido incrementado considerablemente en los últimos años, lo que se eviden-

cia en investigaciones tales como el “Estudio de plomo en sangre en una población seleccionada de La Oroya”, realizado por Digesa en el año 1999, donde se estableció, entre una de las conclusiones, que el 99.1% de las personas analizadas sobrepasaba el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Importante ha sido la parte resolutoria, en la cual el Tribunal Constitucional, con fecha 12 de mayo de 2006 (Expte. N° 220-2206/PC-TC):

1. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación, conforme se expone en los fundamentos 59 a 61 de la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse a los responsables las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional.

2. Ordena que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas aquellas acciones tendientes a la expedición del diagnóstico de línea base, conforme lo prescribe el artículo 11° del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, de modo tal que, cuanto antes, puedan implementarse los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya.

3. Ordena que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar todas las acciones tendientes a declarar el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya, conforme lo disponen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM y el artículo 105 de la Ley 26842.

4. Ordena que la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya.

5. Ordena que el Ministerio de Salud, transcurridos los plazos mencionados en los puntos precedentes, informe al Tribunal Constitucional respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia.

6. Exhorta al Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente y empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, entre otras, que desarrollan sus actividades mineras en la zona geográfica

que comprende a la ciudad de La Oroya, a participar, urgentemente, en las acciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como la del medio ambiente en La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños y las mujeres gestantes.

El tema fue abordado tanto por el lado del goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, como por el de protección “indirecta” de derecho a la salud: la sentencia es impecable y audaz. Lamentablemente, después de más de dos años de esta decisión, simplemente... no se ha hecho nada<sup>19</sup>.

**Un contradictorio entendimiento del principio de la precaución** lo encontramos en una sentencia del Tribunal Constitucional en la cual se resuelve el siguiente caso: Máximo Medardo Mass López interpuso una demanda de amparo contra NEXTEL, a fin de que se ordene el inmediato desmantelamiento de la **antena de telecomunicaciones** y demás equipos instalados por la demandada en el Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos, puesto que consideraba que su permanencia constituía una grave vulneración al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como el derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización. El 15 de febrero de 2005, el Primer Juzgado Civil de Chimbote declaró infundada la demanda, argumentando que no se acreditó que la antena de telecomunicaciones emitiese ondas electromagnéticas que pudieran afectar la salud de los pobladores. El 20 de octubre de 2005, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa declaró improcedente la demanda, por considerar que el problema se derivó de la celebración de un contrato de arrendamiento y, dado que el proceso de amparo carece de estación probatoria, tanto la nulidad de dicho contrato como las posibles afectaciones a los derechos invocados en la demanda, deberían ser evaluadas en la vía ordinaria correspondiente. Ante el recurso de agravio

<sup>19</sup> Prueba de ello es que el tema del segundo documental “Planeta en riesgo: frentes de batalla” (CNN), emitido en todo el mundo el 11.12.08 es, justamente, la contaminación en la provincia de Yauli (Junín). El líder de este proyecto es el ganador del Emmy, Anderson COOPER. En un reportaje publicado en *El Comercio*, el 16 de noviembre de 2008, Sanjay GUPTA, jefe de reporteros médicos de la CNN, expresó que “el Gobierno (peruano, se entiende) debe tener políticas con las cuales pueda proteger a sus ciudadanos y aplicarlas. En muchos países los estándares en lo que respecta a la contaminación por plomo bordean los 10 microgramos por decilitro, en estos momentos, casi el total de niños en La Oroya, tienen niveles por encima de los 40. Eso no debería estar permitido” (c12).

constitucional interpuesto, con sentencia del 2 de junio de 2007, el Tribunal Constitucional, no obstante determinó que NEXTEL no ejerció “de manera ilegítima su derecho fundamental a la libertad de empresa”:

“al no respetar, desde un inicio, el lugar de ubicación para la instalación de la antena de telefonía celular en cuestión. De otro lado, se aprecia la desidia de los funcionarios públicos responsables de la entidad competente para hacer respetar las disposiciones legales, en este caso, la Resolución Viceministerial N° 374-2001-MTC/15.03; más aún si la Constitución establece en su artículo 45° que quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

Determinó que:

“el *principio precautorio* se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya *indicios razonables y suficientes de su existencia* y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables” (la cursiva me pertenece).

Por ello:

“no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, *sería una medida irrazonable y desproporcionada*” (la cursiva me pertenece).

De esta manera, se declaró infundada la demanda, ordenándose la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud de los demandantes; así como remitir los actuados a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin que se sancione administrativamente a NEXTEL. Esta sentencia cuenta con un voto singular, en el cual se sostiene, en posición que comparto, que:

“En el presente caso, en la medida que está acreditado que (i) la antena está dentro de un área residencial y relativamente cerca de centros de salud y educativos; ii) la antena está construida de manera muy próxi-

ma a viviendas; iii) Nextel ha construido una antena en una zona que no es apropiada de acuerdo a las normas de urbanización; y, iv) la empresa, de acuerdo al punto anterior, no contaba con la debida autorización para la construcción de la antena, la aplicación del principio de precaución debió terminar con la expedición de una sentencia estimatoria, y no como finalmente se ha decidido en mayoría”.

En efecto, no se entiende qué parte del principio de precaución no fue “internalizada” por los miembros de la decisión de la mayoría: si la regla es que no obstante la duda de que si la actividad es peligrosa (o no) para el medio ambiente, justo porque se trata de precaver, se debe paralizar o eliminar la misma, en atención a evitar un daño mayor e irreparable (la salud de las personas), el parámetro del “indicio razonable y suficiente”, en este caso, está demás. La mayoría se basa en un informe técnico de Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Dirección Regional de Defensa Civil de Ancash, sin pedir mayores elementos de juicio a otras instituciones<sup>20</sup>. Se debe tener en cuenta que las radiaciones no ionizantes (que producen estas antenas) generan efectos térmicos (calentamiento de tejidos humanos) y efectos no térmicos sobre los cuales, justamente, “existe incertidumbre científica”<sup>21</sup>. ¿Quién tiene que asumir el costo de esa incertidumbre que, al parecer, no es tal por no tratarse de un indicio “razonable y suficiente”?

#### 4. LAS RESPONSABILIDADES FORMALES

Si bien la LGA contiene una regla general de responsabilidad administrativa<sup>22</sup> y de responsabilidad social<sup>23</sup>, se entiende que la responsabili-

<sup>20</sup> También en sentido crítico, Daniel YACOLCA ESTARES, *Concepto jurídico de medio ambiente en las sentencias del Tribunal Constitucional. Comentarios a la sentencia del caso NEXTEL*, en *Jus Jurisprudencia*, No. 4, Grijley, Lima, 2008, 312. En sentido favorable, Patrick WIELAND FERNANDINI, *op. cit.*, 259.

<sup>21</sup> Patrick WIELAND FERNANDINI, *op. cit.*, 254.

<sup>22</sup> El art. 74 regula que: “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”.

<sup>23</sup> El art. 78 precisa lo siguiente: “El Estado promueve, difunde y facilita la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, entendiendo que ésta constituye un conjunto de acciones orientadas al establecimiento de un adecuado ambiente de trabajo,

dad civil es independiente de la responsabilidad administrativa<sup>24</sup>. Autorizada doctrina italiana nos enseña que “la experiencia comparatista es la comunitaria sugieren la coexistencia de la tutela administrativa y penal, es decir de perfil público, con la técnica de la responsabilidad civil”<sup>25</sup>.

Es importante comenzar el análisis de la **responsabilidad civil por daño ambiental** con el art. 142, el cual norma lo siguiente:

“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.

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”.

En materia de intereses difusos siempre ha sido discutida quien o quienes tienen legitimidad para obrar. El art. 143 zanja este problema al delimitar que:

“Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil”<sup>26</sup>.

así como de relaciones de cooperación y buena vecindad impulsadas por el propio titular de operaciones”.

<sup>24</sup> El art. 138 establece que: “La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos”.

<sup>25</sup> Giovanna VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1996, 445 traducido en español, en *Tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de María Luisa ATIENZA NAVARRO, Paz BOSSIO, Juan ESPINOZA ESPINOZA, Fabricio LONGHIN y Olenka WOOLCOTT OYAGÜE, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, 126.

<sup>26</sup> El cual establece que “Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.

Nótese que esta regulación es bien diversa de lo preceptuado en el art. 82, C.P.C., el cual, en caso de la defensa de los intereses difusos, le otorga la legitimidad para obrar al Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural, a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello, incluso a las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio. ¿Qué disposición debe primar? Creo que no son excluyentes, *sic et simpliciter*, la LGA ha ampliado el especto de los sujetos legitimados para obrar. El problema es otro: ¿Qué daños va a reclamar la persona individualmente considerada afectada por el ilícito ambiental? **La naturaleza de esta responsabilidad es, evidentemente, objetiva.** En efecto, “el contaminador va a sobrellevar el beneficio y los costos de la contaminación, y tiene los incentivos adecuados para maximizar los beneficios netos del uso del terreno”<sup>27</sup>. Así lo delimita el art. 144, el cual recita que:

“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”.

Sin embargo, **se crean curiosos (¿o ficticios?) espacios de responsabilidad subjetiva** en el art. 145, cuando se regula que:

“La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente”.

Aunque se establezca (al igual que el modelo diseñado en el art. 1969, C.C.) un supuesto de presunción de responsabilidad subjetiva, en verdad, me cuesta imaginar un caso en el que realizando una actividad en la cual se dañe al ambiente, no se incurra —al mismo tiempo— en

<sup>27</sup> Richard A. EPSTEIN, *op. cit.*, 297.

una actividad riesgosa o peligrosa [...]. veremos hasta dónde llegará la imaginación de algunos abogados [...]. Calificada doctrina italiana, al comentar el art. 2050, C.C.ita. (fuente de inspiración de nuestro art. 1970, C.C.), afirma que la naturaleza objetiva de esta responsabilidad “se deberá aplicar a los empresarios; pero no a sus dependientes, encargados del desenvolvimiento de las actividades peligrosas individualmente consideradas: a estos últimos se aplicará la responsabilidad por culpa (y en la evaluación de la culpa se tendrá en cuenta el carácter peligroso de la actividad realizada)”<sup>28</sup>. No estoy de acuerdo: el ejercicio de la actividad riesgosa la realiza el dependiente, por ello es objetiva y el principal responde porque aquel es una extensión (*longa manu*) de éste. Distinto es el escenario del art. 1981, C.C.: ahí sí el dependiente está sometido a una responsabilidad subjetiva (su actuar, aunque peque con decir lo evidente, no implica el criterio del riesgo: fundamento por excelencia de la responsabilidad objetiva).

En materia de supuestos de ruptura del nexo causal, el art. 146 establece que:

“No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos:

- a) Cuando concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta Ley;
- b) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; y,
- c) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión”.

Llama la atención que no se haya contemplado el supuesto del hecho de un tercero (aunque podría incluirse en el inc. b, al tratarse de un “suceso inevitable o resistible” o incluso complementarse con los arts. 1972 y 1973, C.C., este último, que opera como concausa). Mención aparte merece el inc. c: Es cierto que el derecho formalmente válido establece límites y *standars* en los cuales está permitido dañar, sin embargo, este dispositivo colisiona frontalmente con el art. 142.2 ya que puede haber daño ambiental “contraviniendo o no disposición jurídica”.

No se debe confundir el supuesto del art. 146.c con el de las cláusulas en las cuales se exonera o se limita de responsabilidad extracontractual al dañante (art. 1986, C.C.). Si bien (formalmente) sólo serían válidas si obe-

<sup>28</sup> Pietro TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 280.

decen a culpa leve (no por dolo ni culpa inexcusable) ¿acaso no se violan normas de orden público (art. V T.P., C.C.)? En efecto, también merece pasar este acuerdo por el filtro de constitucionalidad ¿no se debe resarcir un daño al medio ambiente cuando media culpa leve? La respuesta correcta es la negativa: se impone el respecto a la persona humana (art. 1, Const.) y la propia protección al medio ambiente (art. 67 Const., cuando se refiere al “uso sostenible” de los recursos naturales). Por consiguiente, aunque exista “previo consentimiento”, no cabe la configuración de una supuesta ruptura del nexo causal ni, mucho menos, estamos frente a un “ejercicio regular de un derecho” (art. 1971.1, C.C.).

El derogado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, D. Leg. N° 611, del 7 de septiembre de 1990, establecía en su art. 141 que “En las acciones de abuso de derecho que sean interpuestas al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso solo podrán ser apelables en efecto devolutivo”: El principio del abuso de derecho sigue vigente y está reconocido por la Constitución (art. 103) y el Código Civil.

En materia de **reparación del daño** el art. 147 norma que:

“La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

**¿Qué voces de daño se pueden invocar?** La respuesta depende de quién es el que ha interpuesto la demanda. En efecto, no obstante hemos visto que hasta las personas individualmente afectadas están legitimadas a pedir una indemnización, tenemos que delimitar qué universo comprendería la pretensión resarcitoria. Con razón, en doctrina se afirma que “otra cuestión es que el mismo hecho, que causa la degradación ambiental, pueda dar lugar contextualmente a daños injustos a los miembros de la colectividad individualmente considerados, incidiendo en los bienes propios de éstos (como la salud, la propiedad, otros derechos de goce). Para tales hipótesis puede hablarse de daño ambiental sólo en una acepción meramente descriptiva del hecho lesivo y no para indicar

las características de la tutela, que serán aquellas propias del bien lesionado”<sup>29</sup>. Por ello, debemos de distinguir:

a) Si se trata del “restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes”, están legitimados el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas o de Rondas Campesinas, incluso, los dañados directamente, individual o colectivamente. Ejemplo: en el caso del río contaminado, el dañante deberá realizar las labores necesarias para su descontaminación.

b) Si se trata de la “indemnización económica”, se presentarían las siguientes variables:

i. Está legitimado el daño individualmente considerado, para los daños que directamente los han afectado. En este sentido, lo ampararía el art. 1985, C.C., es decir, invocará el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, incluso los daños futuros<sup>30</sup>, si son debidamente acreditados. Es evidente que éste puede asumir la representación otorgada por otras víctimas.

ii. El Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas o de Rondas Campesinas, pueden actuar en representación de las víctimas individualmente consideradas.

Nuestra legislación no ha incorporado la voz de los “**daños punitivos**” en nuestro sistema. Creo que es hora que demos un paso adelante y se asimile esta categoría indemnizatoria para reforzar la desincentivación de situaciones que perfectamente encajan dentro de lo que se llama el “incumplimiento eficiente”. Por ejemplo, en Argentina, el art. 25 de la Ley N° 26361, del 3 de abril de 2008, ha incorporado como art. 52 bis de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, el siguiente texto:

“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en

<sup>29</sup> Cesare SALVI, *La Responsabilità Civile*, Giuffrè, Milano, 1998, 82-83. En este mismo sentido, Antonella BATÀ, *La Cassazione e il danno ambientale*, en *Danno e Responsabilità*, N° 2, IPSOA, Milano, 1996, 158.

<sup>30</sup> Así, “la liquidación del daño futuro es posible en la sentencia de condena al resarcimiento sólo en el caso de certeza, o al menos de alto grado de probabilidad, de verificarse ulteriores eventos dañinos de los cuales sólo es posible probar el peligro de producirse” (Francesco BUSNELLI y Salvatore PATTI, *Danno e responsabilità civile*, segunda edición actualizada, Giappichelli, Torino, 1997, 111).

función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inc. b) de esta ley”<sup>31</sup>.

Si bien es importante que se cree la voz del “daño punitivo” en nuestro sistema (a propósito del daño ambiental), creo que se debe tener en cuenta que el monto no debe ir exclusivamente a la víctima individualmente considerada (salvo un porcentaje, para incentivar el ejercicio de estas acciones), ya que se crearía una distorsión. Sería aconsejable que la mayor parte del monto vaya a un fondo compensatorio para otras víctimas o para realizar acciones preventivas o de monitoreo. Máxime cuando el art. 148 establece que:

“148.1 Tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales.

148.2 Los compromisos de inversión ambiental se garantizan a fin de cubrir los costos de las medidas de rehabilitación para los períodos de operación de cierre, post-cierre, constituyendo garantías a favor de la autoridad competente, mediante una o varias de las modalidades contempladas en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros u otras que establezca la ley de la materia. Concluidas las medidas de rehabilitación, la autoridad competente procede, bajo responsabilidad, a la liberación de las garantías.”

Otros temas que han sido omitidos son los relativos a la **probanza del nexo causal, del daño ambiental y su cuantificación**. Adicionalmente, en lo que a nexo causal se refiere, sabemos que el análisis causal es dual, vale decir, se debe indagar sobre quién es el responsable (causalidad de hecho) y hasta dónde se es responsable (causalidad jurídica). En doctrina se sostiene que “la investigación relativa a los perfiles causalísticos se concentraría en la causalidad de hecho: es decir en el nexo entre la conducta contaminante y el evento que constituiría la saturación”<sup>32</sup>. Creo que en este tipo de casos es perfectamente aplicable la denomi-

<sup>31</sup> Que es de 5'000,000.00 de pesos argentinos que, más o menos hacen US\$ 1'500,000.00

<sup>32</sup> Alessandro SOMMA, *Causalità e danno ambientale*, en *I Fatti Illeciti, III. Causalità e danno*, a cura de Giovanna VISINTINI, CEDAM, Padova, 1999, 722.

nada carga dinámica de la prueba<sup>33</sup> o, como se prefiere hablar en responsabilidad civil, la teoría de la causalidad probabilística<sup>34</sup>. Es evidente que la carga probatoria debe recaer en quien está en mejor posición para asumirla.

Un sector de la doctrina italiana afirma que “en materia ambiental una *prueba completa* y minuciosa del daño es objetivamente *imposible*. Primero, porque algunos efectos perjudiciales, aunque constituyan un daño cierto, se ponen en evidencia con el transcurso del tiempo; en segundo lugar, porque algunos son de difícilísima probanza. Puesto que el principio acogido es aquel que quien contamina no puede obtener ventaja de las dificultades de la cuantificación del daño ambiental, se genera la consecuencia que eventuales incertidumbres probatorias pueden ser consideradas por el juez con su prudente apreciación”<sup>35</sup>. **¿Qué criterios debe tener en cuenta el juez a efectos de cuantificar el daño ambiental?** En legislación comparada, en Italia, el inc. 6 del art. 18 de la Ley N° 349/1986, del 8 de julio de 1986, Ley que instituye el Ministerio del Ambiente y normas en materia de daño ambiental, establece que:

“el juez, cuando no sea posible una precisa cuantificación del daño, determina el monto en vía equitativa, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, el costo necesario para la reparación y el provecho obtenido por el trasgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo de los bienes ambientales”.

Se observa que estos criterios obedecen tanto a la finalidad reparadora como a la sancionadora del daño<sup>36</sup>. Por otro lado, se afirma que “la evaluación equitativa deberá tener en cuenta los parámetros expresamente indicados en la ley, pero deberá además hacer referencia a la entidad —aunque no sea exactamente determinable en su monto preciso—

<sup>33</sup> En la que se “impone la carga probatoria (dados ciertos supuestos) a quien se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba respectiva y no imponerla, ciega y apriorísticamente, por la sola circunstancia de tratarse de un hecho constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo” (Jorge W. PEYRANO, *Carga de la prueba. Actualidad. Dos nuevos conceptos: el de la imposición procesal y el de sujeción procesal*, en *Advocatus*, quinta entrega, Año III, Lima, 1993, p. 29).

<sup>34</sup> Sobre el particular, permítaseme remitir a mi *Derecho de la Responsabilidad Civil*, quinta edición corregida, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, 176 y 189-193.

<sup>35</sup> Pier Giuseppe MONATERI, *La Responsabilità Civile*, en *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por Rodolfo SACCO, UTET, Torino, 1998, 922-923.

<sup>36</sup> Adolfo DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, tercera edición, Giuffrè, Milano, 2001, p. 217.

del daño producido y deberá, en fin, tener presentes los fines que la ley se propone y en particular la función asignada al resarcimiento del daño<sup>37</sup>.

Las normas están ya dadas, la pregunta ahora es ¿se cumplen? ¿Las aplican los operadores jurídicos?

## 5. EL CASO

El 2 de junio de 2000, entre las 17:30 y 17:40 horas, un camión de la compañía Ransa, derramó 151 kilos de mercurio en las localidades de Choten, San Juan, La Calera, El Tingo, Magdalena y San Sebastián de Choropampa, en este último poblado es donde se concentró el mas alto nivel de contaminación (investigaciones posteriores detectaron 16 puntos de derrame en esa zona). Producto de ello, centenares de personas tuvieron contacto con la sustancia que era de propiedad de Minera Yanacocha. En efecto, los pobladores que se encontraron en las inmediaciones recogieron parte del mercurio derramado, ignorando que se trataba de una sustancia tóxica. A las pocas horas todo el pueblo había sido atraído por la noticia de este mineral con particular forma y brillo. El recojo se prolongó hacia altas horas de la madrugada del día siguiente. En las demandas que se interpusieron se da noticia del hecho que los propios representantes de Yanacocha contrataron a los mismos pobladores para recoger el mercurio a cambio de S/. 15.00 mas el regalo de la escoba con la que se había realizado la limpieza (se sostiene que al estar contaminada produjo intoxicación a los ocupantes de las casas en donde se guardaba este útil de limpieza).

Otra afirmación que se hace en las demandas es que en la posta médica y en el hospital de esa ciudad más de 250 casos habían sido tratados con quelantes (penicilamina), medicamentos que la Sociedad Médica de los Estados Unidos dispuso que se retiren del mercado por su alto grado de complicaciones y sus riesgos en la aplicación en pacientes sometidos a intoxicaciones agudas. Se afirma que la misma Minera Yanacocha había distribuido estos medicamentos, con la finalidad de disminuir de modo rápido los niveles clínicos de intoxicación por mercurio en la sangre y en la orina, no obstante tiendan a producir una mayor absorción de los tóxicos en el torrente sanguíneo y en los órganos blandos, como riñones, corazón, hígado, ojos y pulmones.

Voy a centrarme *la demanda que interponen, con fecha 6 de mayo de 2002, Marcial Alvitrez Tuesta y otras dieciséis personas contra*

<sup>37</sup> Francesco BUSNELLI y Salvatore PATTI, *op. cit.*, 100.

*Yanacocha*, en la cual se solicita, como pretensión principal, la suma ascendente a US\$ 4'200,000.00 por concepto de responsabilidad civil extracontractual, es decir, daño material (daño bio-ambiental y daño a la salud personal) y daño moral. Como pretensiones acumuladas se formulan las siguientes:

- a. Pago de un seguro médico y un seguro de vida a favor de cada uno de los recurrentes y de sus hijos por una suma no menor a US\$ 100,000.00 por el lapso de 30 años, con cobertura a todo riesgo, incluyendo enfermedades oncológicas.
- b. Descontaminación completa y de modo óptimo de las viviendas de los materiales químicos cuya presencia ha generado daños.
- c. Pago de intereses legales, costas y costos, así como multas en caso de oposición.

Se afirma que cuando el vapor del mercurio interior en las casas es superior al 0.003 mg hg/m<sup>3</sup> (límite extremadamente sobrepasado), la acción a tomarse es la evacuación inmediata de los ocupantes y la limpieza inmediata de la casa, hecho que no sucedió, imputándose una conducta dolosa a los miembros de Minera Yanacocha y a los directivos de las entidades públicas a cargo del control de la intoxicación. Se invocan como fundamentos de derecho los arts. 1970 y 1985, C.C., el T.U.O. de la Ley General de Minería y el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

El Juzgado Mixto del Módulo Básico de Santa Apolonia, con resolución N° 1, del 26 de mayo de 2002, admitió a trámite la demanda. Minera Yanacocha, en el plazo oportuno, interpuso las siguientes excepciones:

- a. Conclusión del proceso por transacción respecto de cinco co-demandantes (art. 446.10, C.P.C.).
- b. Falta de legitimidad para obrar pasiva tanto respecto de la contaminación (por cuanto el transporte lo hizo Ransa y no Yanacocha) como del suministro de los quelantes (que lo hizo la autoridad sanitaria y no Yanacocha).
- c. Falta de legitimidad para obrar activa de dos de los co-demandantes, por cuanto no habían nacido al momento del daño.

Con resolución N° 3, del 20 de junio de 2002, el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Santa Apolonia corrió traslado de las excepciones. Con fecha 19.01.04 se celebra la **audiencia de saneamiento procesal** (en la cual ya intervienen Ransa y el chofer del camión, Arturo Blanco Zar). Ransa interpone las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado, de prescripción extintiva, de falta de legitimidad para obrar de los demandantes, de conclusión del proceso por transacción y de in-

capacidad del demandante. Blanco interpone las excepciones de prescripción extintiva, conclusión del proceso por transacción, de falta de legitimidad para obrar de los co-demandantes en relación a la pretensión indemnizatoria por daño ambiental.

En esta resolución, se desestima la excepción de transacción, en atención a las siguientes consideraciones:

“Que, la transacción es uno de los mecanismos de autocomposición de litigios, siendo un contrato mediante el cual las partes extinguen obligaciones, que se basan en concesiones recíprocas de las partes, por lo que es indispensable que cada contratante sacrifique parte de sus derechos o pretensiones, sin que sea necesario que haya equivalencia entre las concesiones.

[...] Que, en el campo civil, las transacciones se encuentran reguladas tanto por la normatividad sustantiva como por la adjetiva, encontrándose las primeras entre los artículos 1302 al 1312 del Código Civil, en tanto que en el capo Procesal, se encuentra regulado por las normas previstas en los artículos 334, al 339, 446 y 453 del Código Procesal Civil, resultando necesario resaltar que en materia de transacción la normatividad civil es supletoria de la procesal por disposición expresa de lo precisado en el artículo 338 de la norma adjetiva.

[...] Que, en este caso específico estamos analizando, entre otros, las transacciones formuladas por sus padres y relacionadas a los menores (en ese entonces) Guillermo Dobbertin Espino y Enrique Alejandro Dobbertin Espino en los cuales los padres no han contado con la autorización judicial para hacerlo, en consecuencia se ha incumplido con lo establecido en el artículo 448 inciso 3, según el cual se necesita que los padres previamente cuenten con una autorización judicial, por lo que estas carecen de valor legal; no resultando amparable la excepción propuesta con relación a los mismos, por lo que debe desestimarse la Excepción en este último extremo, de la misma manera se ha celebrado transacciones con los mayores María Isabel Gutiérrez Chiclote, Juan Terrones Leyva y Aurora Tuesta Saldaña, con relación a los cuales resulta necesario tener en cuenta lo establecido en los artículos 446 y 453 del ordenamiento procesal, en cuya norma última se precisa que *son fundadas las excepciones, entre otras, la de conclusión del proceso por transacción cuando se inicie un proceso idéntico a otro; en suma, se requiere que la transacción haya sido homologada en otro proceso anterior, vale decir que una transacción extrajudicial se convierta en judicial, ratiocinio al que se llega haciendo una interpretación sistemática de las normas anteriormente señaladas como del artículo 339 del mismo ordenamiento legal*” (lo que está en cursiva me pertenece).

También se desestima la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva interpuesta por Yanacocha por cuanto:

“debe tenerse en cuenta, lo establecido en el artículo cinco del Decreto Supremo cero dieciséis guión, noventa y tres guión EM que aprueba el

Reglamento para la Protección Ambiental de la Actividad Minero Metalúrgica y que obra a folios ciento ocho (cuaderno de Excepciones I) y que expresamente señala: “*El Titular de la actividad minero metalúrgica es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de los desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones*”, en este orden de ideas, existe plena identidad entre este demandado como sujeto de la relación sustantiva y su condición de titular de la relación procesal; que con relación a RANSA como agente de Transporte, su actividad de por sí es riesgosa, en todo caso se deberá evaluar la prueba final del proceso, para determinar su responsabilidad o irresponsabilidad en el hecho dañoso”.

Se ampara la excepción de falta de legitimidad activa de dos de los co-demandantes, que no habían nacido al momento de producirse el derrame argumentando que “la persona humana es sujeto de derechos a partir de su nacimiento”. Se debe precisar que, en este caso, los nacimientos fueron después de un año dos meses y de un año siete meses, respectivamente. Los co-demandantes ni siquiera habían sido concebidos al momento del daño. Sin embargo, si se acreditaba que las madres habían sufrido los efectos de la contaminación que, a su vez, han transmitido a sus hijos —no obstante la concepción fuera después del derrame—, esta excepción debería haberse desestimado.

Respecto de la excepción de prescripción interpuesta por Ransa y el chofer, se afirma que:

“la Excepción de Prescripción Extintiva o liberatoria es aquel instrumento procesal destinado a lograr la conclusión del proceso y el no examen judicial con carácter definitivo de la pretensión misma, en virtud de la institución que le sirve de presupuesto, la que tiene efectos extintivos en relación a la acción por el solo hecho del transcurso del tiempo preestablecido por ley, sin embargo al respecto existe la denominada interrupción de la prescripción, que viene a ser la suspensión del decurso prescriptorio, por causas establecidas en la norma.

[...] Que, como lo establece reiterada jurisprudencia, como la establecida en la casación número dos mil ciento catorce guión noventa y ocho transcrita en “El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria” —Asociación no hay derecho— Ediciones Legales. Primera Edición, dos mil dos - Página seiscientos diez “*El Plazo de prescripción para demandar la indemnización por responsabilidad Extracontractual derivada de un hecho punible, se suspende con la expedición en la vía penal del auto operatorio de instrucción por los mismos hechos del cual se deriva la acción civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, que establece que la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal*” por lo que debe desestimarse la excepción señalada”.

Si bien en este caso también hay un proceso penal en trámite (como se deduce del pasaje citado), aunque no lo hubiera, al haberse interpuesto la demanda contra Yanacocha, que sería responsable solidaria con Ransa y el chofer (ex arts. 1970, 1981 y 1983, C.C.), también se interrumpe el plazo prescriptorio respecto de estos dos últimos co-demandados. En efecto, el art. 1196, C.C. establece que:

“Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surgen efecto respecto de los demás deudores o acreedores”.

No fue amparada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes, que se basó en la argumentación que no se adjuntó a la demanda las constancias o certificados médicos que acrediten el supuesto daño causado, por cuanto el incumplimiento de esta carga no es sustento para ello. Del mismo modo respecto del quien se alegó que no anexó el documento de identidad. Se amparó la *excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria de daño ambiental*. Ello en atención al art. 82 C.P.C. que, a la letra dice:

“Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93° a 95°. En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjeti-

va de pretensiones en lo que sea pertinente. En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción” (el subrayado es mío).

Al parecer, el juez se olvidó del artículo del III del Título Preliminar del D. Leg. N° 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, vigente en ese entonces, que establecía lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. Se pueden interponer acciones, aún en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante”* (el subrayado es mío).

Comparto plenamente la posición de quien sostiene que “si bien el Código Procesal Civil no niega la posibilidad de otorgarle legitimidad para obrar activa extraordinaria a cualquier persona para defender el derecho (al) ambiente, las normas jurídicas ambientales sí contemplan esta posibilidad y la conceden de manera contundente”<sup>38</sup>. Yanacocha apela respecto de estas decisiones. La Sala Superior de Justicia de Cajamarca, con resolución N° 12, del 28 de marzo de 2006, decide respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar de la minera que:

“debe señalarse que esta defensa formal está referida a la legitimación con la que debe contar en este caso, la excepcionante para ser emplazada, debiendo tenerse en cuenta que no se debe de acreditar fehacientemente su calidad de titular de la relación sustancial discutida. *Que, en el presente caso se advierte que el factor de imputación de la responsabilidad extracontractual en la demanda se ha referido al transporte de mercurio, actividad a la que no se dedica la empresa emplazada, por tanto la excepción resulta fundada.* [...] Qué, atendiendo a que en el presente proceso ya se encuentran comprendidos RANSA Comercial Sociedad Anónima y Esteban Arturo Blanco Bar, quienes efectivamente forman parte de la relación jurídica procesal, en su condición de litisconsortes necesarios pasivos, ya no resulta necesario proceder conforme lo dispone el artículo 451 inciso 4 del Código Procesal Civil, y ello en virtud al Principio de Economía y Celeridad Procesal al determinarse que la relación jurídico procesal, ya se encuentra debidamente definida”.

<sup>38</sup> Henry Marcos ALONZO CHÁVEZ, *Análisis y comentarios al Primer Pleno Casatorio en materia civil*, en *Ius Doctrina & Práctica*, No. 8, Grijley, Lima, agosto 2008, 314-315.

¿En función de la economía y celeridad de quién están razonando estos vocales? No se entiende por qué se emite un juicio de responsabilidad (que se tendría que ver durante el proceso, ya que se trata de un tema de fondo) a efectos de pronunciarse sobre la relación jurídica procesal. Por ello, no se puede determinar *a priori* la exclusión de Yanacocha amparándose en una excepción que tiene carácter formal. Se confunde (o se quiere confundir) gruesamente un análisis causal con una excepción procesal, que tienen escenarios y funciones diversas. Peor aún, se olvida que en la demanda no sólo se reclama a Yanacocha por el transporte, sino por el contrato de “recuperación” del mercurio con los campesinos y el suministro de medicamentos. Sin embargo, se cuenta con un voto discordante en el que se sostiene que:

“se debe tener en cuenta que el artículo Cuarto del Título Preliminar del Código Procesal Civil, señala que el accionante invocará interés para obrar, queriendo con ello decir, que basta la imputación del demandante de considerarse y considerar que su demandado, satisfaga su pretensión; para que dicha condición sea satisfecha; no siendo necesario que exista fundabilidad en su demanda, pues ello será visto en las sentencia”.

Por si esto fuera poco, la (des)construcción interpretativa de los vocales no llega a tener límites, cuando, a propósito de la excepción de falta de legitimidad para obrar y de prescripción de Ransa se (des)razona que:

“debe precisarse que conforme a lo expuesto anteriormente y al hecho que en el presente proceso la parte demandante, ha manifestado tener derecho a la pretensión reclamada y que la indicada empresa (Ransa) es responsable por haber transportado el mercurio, actividad que ella misma reconoce haber efectuado, debiendo tenerse en cuenta que la obligación del transportista no sólo era el de transportar el mercurio propiamente dicho, sino que dicho transporte debió hacerse con seguridad y cuidado, por lo que dicha excepción en cuanto a esta parte debe ser declarada infundada; [...]. Que, con respecto a la **Excepción de Prescripción Extintiva de la Acción**, el Colegiado precisa lo siguiente: **a)** conforme lo dispone el (art.) 1983 del Código Civil: “si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente”, y en este sentido Aníbal Torres Vásquez, en Código Civil, página novecientos sesenticuatro, Sexta Edición dos mil dos, Bogotá-Colombia, señala “el artículo mil novecientos ochentitres instituye la responsabilidad solidaria entre los coautores de un acto ilícito por la indemnización del daño. Hay coautoría cuando concurren las acciones de dos o más personas en el mismo acto dañino [...] en base a la solidaridad, frente a la víctima todos son responsables por igual e la totalidad de la obligación [...]” “el artículo mil novecientos ochentitres regula la concurrencia de responsables subjetivos (a título de culpa p falta) [...]” **b)** De lo expuesto aquí se aprecia que la responsabilidad es solidaria y siendo ella nacida del mandato legal,

que es una de las fuentes por medio de las cuales nace y que la solidaridad legal no se presume, y que esta fuente legal es el artículo 1983 del Código Civil; **c)** De allí que el artículo 1996 del Código Civil, señala en el inciso tres que: “se interrumpe la prescripción por, “[...] citación con la demanda [...]” y como queda establecido en autos, con el cargo de notificación obrante a folios seiscientos sesenta y cuatro, la parte demandante emplazó a la demandada Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, y por tanto interrumpió el plazo prescriptorio, no sólo para dicha parte procesal, *sino que existiendo solidaridad legal pasiva, interrumpió la prescripción también para los demás deudores, ya que la interrupción de la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, surte efecto respecto de los otros, y la interrupción de la prescripción emanada de uno de los acreedores solidarios respecto del deudor común, aprovecha a los demás coacreadores*; **d)** Por ello y *al haber sido emplazada Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, dentro del plazo establecido en el numeral 4 del artículo 2001 del Código Civil, se ha interrumpido la prescripción en cuanto a ella, y sus codemandados solidarios*, y por estas razones, la Excepción de Prescripción Extintiva de la Acción debe ser desestimada” (la cursiva me pertenece).

¡Verdaderamente de Ripley! Violentando el más elemental sentido de coherencia, se excluye a Yanacocha de la relación procesal porque (según los vocales) no forma parte de la relación material; pero (a efectos de incluir a Ransa en el proceso) se sostiene que Yanacocha y Ransa ¡son deudores solidarios! Como no podía ser de otra manera, se interpone recurso de casación contra esta resolución y la Sala Civil Transitoria de la Corte de Justicia de la República, con resolución del 17 de octubre de 2006 (Cas. N° 2162-2006 Cajamarca) se declara procedente el mismo. Finalmente, con Resolución del 28 de mayo de 2007 (publicada el 31 de mayo de 1908) la Corte Suprema se ordenó que la Sala de procedencia emita una nueva resolución pronunciándose sobre las excepciones con arreglo a derecho. Respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva de Yanacocha se afirma que:

“el recurrente señala, que al resolverse la excepción de falta de legitimidad para obrar de la codemandada Minera Yanacocha, se ha infringido el debido proceso por los siguientes puntos: **i)** Que, la responsabilidad civil denunciada en la codemandada, empresa Minera Yanacocha, no se ha atribuido al transporte de mercurio, sino a la contaminación y daño sufrido por los demandantes, la misma que deriva de un bien de propiedad de la demandada, y además dicho daño se ha ocasionado por responsabilidad de la misma, en tal sentido, la relación sustantiva, esencialmente se ha establecido y existe con la empresa Minera Yanacocha, por lo que resulta incorrecto concluir que la citada empresa no cuenta con legitimidad para obrar pasiva; y **ii)** Que, respecto al aludido medio de defensa no se ha realizado una adecuada ni correcta fundamentación ni valoración del proceso, en tal sentido —refie-

re— que la decisión impugnada no ha generado eficacia ni validez, infringiéndose lo previsto en el artículo ciento veintidós inciso tercero del Código Procesal Civil; [...] los citados actores imputan responsabilidad a la demandada Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, propietaria del mercurio: **i)** por haber sido aquella quien propició e incrementó los niveles de intoxicación al proponer a los pobladores la compra del mercurio que fuera derramado por la denunciada civil Ransa Comercial Sociedad Anónima durante su transporte, con lo que se expuso a los citados pobladores a la manipulación del material contaminante, **ii)** por no haber informado a los pobladores los riesgos a los que se exponían con la manipulación del mercurio, y, **iii)** por el deficiente embalaje, transporte y tratamiento del mercurio; [...] al resolver una excepción de falta de legitimidad para obrar no debe decidir la justicia de la pretensión ni el fondo de la litis, ni mucho menos si el demandado es la persona obligada en la relación sustantiva controvertida en el proceso, ya que estos aspectos de la pretensión deben ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, mediante el respectivo juicio de fundabilidad y luego de haberse desarrollado la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos en el principal; [...] Que, en ese sentido, cuando la Sala revisora ampara la excepción de falta de legitimidad para obrar de la parte demandada, deducida por Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, bajo el único argumento de que aquella no transportó el material contaminante que ocasionó el daño y que, por tanto, no le es atribuible responsabilidad alguna, *arriba a una conclusión equivocada, toda vez que está juzgando un aspecto del fondo de la litis, y que la codemandada no estaría obligada a indemnizar el daño, aspecto que debe ser objeto de pronunciamiento al momento de expedir sentencia, y no al resolver una excepción en la cual el Colegiado Superior sólo debía verificar si la citada empresa minera era o no la propietaria del mercurio que ocasionó los daños, en atención a los cargos que se formulan en la demanda; [...].* Que, por consiguiente, se verifica en autos que los fundamentos fácticos que amparan el apartamiento del proceso de la empresa Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada *constituyen argumentos de fondo que no corresponden al estadio procesal del saneamiento*, por lo que la resolución recurrida es nula en ese extremo, al contravenir lo dispuesto en el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, pues no se ajusta al mérito de lo actuado ni a derecho; en ese sentido, la denuncia procesal a que se refiere el acápite **b.2.** referida a la excepción de falta de legitimidad para obrar de Minera Yanacocha del numeral **D)** de los fundamentos del recurso de casación interpuesto por Marcial Alvitrez Tuesta resulta fundada [...] en el cuarto considerando de la recurrida, aplicando criterios que corresponden a una resolución sobre el fondo de la cuestión controvertida, refiere que Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada no es parte de la relación jurídica procesal, por no ser autora del daño, lo que importa una

transgresión de lo regulado en el inciso sexto del artículo cincuenta del Código Procesal Civil que establece que el juez debe fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de normas y el de congruencia, por tanto, este extremo del recurso también debe ser amparado” (la cursiva me pertenece).

En el voto singular se sostiene que:

“al analizar el juzgador los hechos, a fin de determinar la legitimidad para obrar de Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, se limitó a apreciar únicamente los fundamentos de defensa de ésta, obviando los fundamentos expuestos por la parte demandante, dando lugar así a una motivación aparente, pues de sus considerandos no se presentan los elementos fácticos y jurídicos necesarios que justifiquen la razonabilidad de la decisión, por lo que se encuentra incurso en la causal de nulidad procesal prevista en el inciso sexto del artículo cincuenta e inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, en donde el Colegiado Superior tiene la obligación no sólo de presentar una debida motivación en los hechos y el derecho, de acuerdo al mérito de lo actuado, sino también debe apreciar las implicancias de la solidaridad en la obligación que ha declarado, respecto a la situación de los demandados Ransa Comercial Sociedad Anónima y Esteban Arturo Blanco Bar, a fin de evitar una contradicción interna en la decisión”.

Estas decisiones motivan dos reflexiones:

a) Se está confundiendo, en materia de intereses difusos, quién tiene legitimidad para obrar en materia de daño ambiental y el alcance de las pretensiones del justiciable. El ordenamiento jurídico amparaba y ampara (primera parte del art. IV T.P. LGA) a los dañados individualmente considerados para accionar a efectos que el juez tome las medidas solicitadas en la citada demanda. La segunda parte del art. IV T.P. LGA es clara cuando se regula que:

“Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

b) Tanto Yanacocha como Ransa son responsables solidarios del transporte de mercurio, actividad ciertamente peligrosa. El hecho que Ransa haya actuado por encargo de Yanacocha no exime de responsabilidad a la minera. El transportista ha actuado —en este caso— como una *longa manu* de la minera. Como se advirtió, son aplicables los arts. 1970, 1981 y 1983, C.C.

**6. LA TRANSACCIÓN ENTENDIDA POR NUESTROS JUECES: LA CONTROVERSIAL SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL 22 DE FEBRERO DE 2008 (CASACIÓN N° 1465-2007-CAJAMARCA)**

**Cierto precedente jurisprudencial tiene un concepto (ciertamente) exótico de la transacción.** Debido a lluvias torrenciales que hicieron que se desembalsaran relaves mineros, causando daños a unas tierras adyacentes, la compañía minera celebró transacciones con los titulares de las mismas, entre ellos, una persona que afirmó ser la única heredera de una de dichas tierras (que acreditó S/. 150.00 en daños). Sin embargo, posteriormente aparecieron dos hermanos más que, conjuntamente con la hermana que ya había celebrado la transacción, demandaron a la empresa minera por doscientos mil dólares americanos. En primera instancia, con resolución del 16 de enero de 1997, el vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró infundada la demanda, por considerarse las lluvias como un caso fortuito. En segunda instancia, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución número seis, revocó la sentencia apelada y declaró fundada en parte la demanda, señalándose el monto indemnizatorio para cada uno de los demandantes en tres mil nuevos soles, más intereses legales “debiendo descontar a la codemandante [...] la suma ya recibida, considerándose como pago a cuenta”. Ello evidencia un grueso desconocimiento del carácter de cosa juzgada de la transacción regulado en el art. 1302, C.C. *in fine*.

Mediante **sentencia del Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República del 22 de febrero de 2008 (Casación N° 1465-2007-Cajamarca)**, se ha declarado que constituye doctrina jurisprudencial el siguiente precedente vinculante:

“La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley (**voto en mayoría**)”.

Han pasado quince años para que el Pleno de la Corte Suprema saque a la luz su primera doctrina jurisprudencial. Sin embargo, esta decisión es sumamente discutible. Prueba de ello es que cuenta con el siguiente voto de minoría:

“1. Como se previene en el Art. [453°], resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso por transacción.

2. Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquélla, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.

3. Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda.

4. Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, únicamente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82, por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.

5. Si bien, cuando se declara fundado el recurso de casación por una causal procesal (*error in procedendo*) se debe reenviar la causa a la instancia pertinente para que el Juzgador subsane el vicio procesal encontrado y emita nueva decisión, a tenor de lo dispuesto en el Art. 396; sin embargo, se advierte un vacío normativo para el supuesto de que en sede casatoria se ampare o desampare una de las excepciones previstas en el Art. 446 del mismo cuerpo legal o una defensa previa; ante tal vacío, debe integrarse la norma procesal aplicando los principios de dirección, economía y celeridad procesal y procederse a emitir pronunciamiento en sede de instancia sobre la procedibilidad y fundabilidad de las excepciones y defensas previas”.

Me inclino por el voto de minoría. No entiendo a que interpretación sistemática se refiere el voto de la mayoría: el art. 446.10 C.P.C., claramente establece que sólo se puede proponer, entre otras, la excepción de “conclusión del proceso por conciliación o transacción” y el art. 453.4 C.P.C. que “son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por concilia-

ción o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro [...] en que las partes conciliaron o transigieron”. Sin mucho esfuerzo se entiende que el legislador está haciendo alusión a la transacción judicial, de otra manera no se entiende la conclusión de un proceso por transacción, ni la alusión a un proceso idéntico a otro. La pretendida “santidad” de cosa juzgada *ex art. 1302, C.C.*, que se le quiere dar a la transacción, se refiere a aquella judicial. Para ello, hay que interpretar “sistemáticamente” el art. 337 C.P.C.<sup>39</sup>. La transacción extrajudicial es un contrato que puede ser pasible de invalidez (nulidad o anulabilidad, según sea el caso) o de ineficacia: es un contrasentido darle el carácter de cosa juzgada. Los vocales de la Corte Suprema no han debido olvidar que, como cualquier operador jurídico que decide conflictos, no sólo se limitan a hacer un control de la legalidad del sistema, sino también deben tener en cuenta la eficacia social y económica de sus decisiones. Admitiendo que las posiciones del voto de la mayoría y el de la minoría constituyan argumentaciones razonables, se ha tenido la opción de decidir a favor de una minera o a favor de unos campesinos, con el agravante que, si se da la razón a los campesinos la minera puede ejercer sus argumentos de defensa durante el proceso, mientras que (como se hizo) al darle la razón a la minera, se le precluye esta posibilidad a los campesinos demandantes. ¿Quién pierde verdaderamente en este proceso? En puridad, al celebrarse las transacciones, la situación de asimetría informativa, respecto de la nocividad de la intoxicación por el mercurio, entre los campesinos y la minera es notoria. La voluntad de estos últimos ha sido viciada por que los representantes de la minera han incurrido en dolo omisivo (art. 212, C.C.).

<sup>39</sup> El cual regula que: “El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

*La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.*

Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso” (el subrayado es mío).

Si bien es cierto que un sector de la doctrina se ha adherido a la posición del voto de la mayoría, amparándose en la interpretación sistemática de los dispositivos citados<sup>40</sup>, la comunidad jurídica ha manifestado su rotunda crítica: se pone de relieve “el abuso en la libertad de estipulación”<sup>41</sup> por parte de la minera. También se sostiene que “es evidente que para poder “escapar” de una norma aparentemente clara como el inciso 10 del artículo 446 del Código Procesal Civil (que solo puede referirse a una transacción judicial) ha tenido que recurrir a una interpretación supuestamente “sistemática”, en lugar de una “literal”. Es decir, se ha considerado que la norma indicada debía ser interpretada conjuntamente con otras para determinar su real sentido. Pero ¿cuáles esas otras normas? El Pleno Casatorio consideró que dichas normas eran las referidas a transacción que se encuentran en el Código Civil, específicamente el artículo 1302 (Considerando 37); no obstante, como parece ser obvio, ni dicha norma, ni ninguna otra del Código Civil establecen que las transacciones extrajudiciales pueden ser opuestas como excepciones, por tanto, ante qué clase de interpretación sistemática estamos? De la norma que establece que la transacción tiene como finalidad acabar con una controversia (lo cual no es puesto en duda por nadie) no puede derivarse el momento en que dicha transacción puede ser opuesta procesalmente”<sup>42</sup>. Incluso, no faltan quienes afirman que la Sala Plena de la Corte Suprema no es un órgano jurisdiccional, sino que tiene funciones meramente administrativas, tal como lo establece el art. 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>43</sup>. En este orden de ideas, “los derechos que se vulneran es al juez natural, pues la casación es definida por un órgano ajeno a la Sala Civil permanente de la Corte Supre-

<sup>40</sup> Bruno MARCHESI QUINTANA, *Primer Pleno Casatorio de la Historia del Perú*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 116, Año 13, Gaceta Jurídica, mayo 2008, 66. También, Fausto VIALE SALAZAR, quien habla de una “deficiencia literal” del art. 453.4, C.P.C. “salvada” por una interpretación sistemática del art. 1302 c.c. (*Primer Pleno Casatorio en el Perú: Transacción judicial y excepción procesal*, en *Jus Jurisprudencia*, N° 5, Grijley, mayo 2008, p. 127).

<sup>41</sup> Rómulo MORALES HERVIAS, *Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, cit., p. 56.

<sup>42</sup> Aldo ZELA VILLEGAS, *Una oportunidad perdida: breves apuntes sobre el Pleno Casatorio*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, cit., p. 68.

<sup>43</sup> Eugenia ARIANO DEHO, *La primera aplicación del artículo 400 del Código Procesal Civil*, en *LL*, N° 1, Año 1, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2007, p. 11. También Marianella LEDESMA NARVÁEZ, *Las incongruencias del Pleno Casatorio Civil*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, cit., 73.

ma; se tolera además que se avoque la Sala Plena a la causa en giro y que interfiera en la decisión final, así como que delibere y defina la casación un órgano de gestión administrativa que no ejerce función jurisdiccional”<sup>44</sup>.

Siguiendo con las críticas, se afirma que “no existe vacío legal en el Código Procesal con relación a la excepción de transacción. El código acoge la excepción de conclusión del proceso por transacción que difiere de la excepción de transacción. Ello supone que para oponer esta excepción necesariamente tiene que haber existido un proceso y concluido por transacción”<sup>45</sup>, agregando que “la transacción extrajudicial es sencillamente el argumento para una excepción de derecho material o de fondo, mas no procesal, referido a un hecho que se aporta al proceso con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor; por ello, nuestra legislación no contempla de manera expresa la “excepción de transacción”, sino la de “conclusión del proceso por transacción”, la que se requiere necesariamente de la existencia de un proceso que haya concluido”<sup>46</sup>. Por otro lado se afirma que “la invocación que se hace a “la aplicación del principio de Economía Procesal”, al formalismo en el proceso civil (cuando los actos procesales necesariamente deben cubrir ciertas formas en cuanto al tiempo, lugar y modo sin incurrir en excesos y, no lo es el respeto a los previsto por el artículo 446.10 del CPC) y hasta de la doctrina de los actos propios (que no se aplica cuando existe un vicio de la voluntad o se violan normas imperativas: la demandante no estaba facultada para celebrar transacción con relación a sus hijos), es suficiente para atentar contra las normas procesales imperativas de estricta observancia, cuando ni la voluntad ni la decisión del juez deben dejarlas de lado”<sup>47</sup>. Se advierte que “la transacción siendo un contrato, no goza de la característica de la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino mas bien puede ser objeto de nulidad, anulabilidad”<sup>48</sup> y que la posición correcta “se encuentra “en la interpretación sistemática de los artículos 446 numeral 10 y 453 del Código

<sup>44</sup> Marianella LEDESMA NARVÁEZ, *op. cit.* Quien pone en evidencia que el vocal ponente del voto de la mayoría Vásquez Vejarano fue autor de sendos votos singulares anteriores... ¡en sentido contrario!

<sup>45</sup> Marianella LEDESMA NARVÁEZ, *¿La transacción extrajudicial como “excepción procesal”?*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>46</sup> Marianella LEDESMA NARVÁEZ, *op. cit.*, p. 94.

<sup>47</sup> Marcela ARRIOLA ESPINO, *¿Qué podemos decir a propósito del Primer Pleno Casatorio Civil?* en *Jus Jurisprudencia, cit.*, p. 105.

<sup>48</sup> Víctor Roberto OBANDO BLANCO, *Política jurisdiccional, predictibilidad y doctrina del precedente judicial. Primer Pleno Casatorio 2007*, en *Jus Jurisprudencia, cit.*, p. 107.

Procesal Civil, que solo admite que la transacción sea opuesta cuando se trate de una transacción judicial, además la transacción judicial no es inmutable”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Víctor Roberto OBANDO BLANCO, *op. cit.*, p. 118.