

■  
**Responsabilidad  
por el Daño Ambiental  
en el Perú**

*reflexión y debate*

*Coordinador General: César Rodríguez Cordero*



*Sociedad Peruana  
de Derecho Ambiental*

REFLEXIÓN Y DEBATE

---

# LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL EN EL PERÚ



SOCIEDAD PERUANA DE DEFENSA AMBIENTAL  
Lima, Agosto 2001

## INDICE

---

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>v</b>
<b>PRIMERA PARTE</b>	<b>8</b>
<b>REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL PERÚ</b>	<b>v</b>
<b>I. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL</b>	<b>10</b>
1.1. El sistema subjetivo de responsabilidad civil ambiental	11
1.2. El sistema de responsabilidad por riesgo creado	18
1.3. El abuso del derecho	24
1.4. El fraude a la ley	25
1.5. Limitaciones por razón de verdad	27
1.6. Responsabilidad por ruidos del edificio	30
1.7. El principio contaminador-pagador	32
1.8. Supuestos que generan la obligación de reparar	34
1.9. Legitimidad necesaria para promover una acción de responsabilidad civil ambiental	43
1.10. Tipos de daños que pueden ser indemnizados	48
<b>II. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑO AMBIENTAL</b>	<b>53</b>
2.1. El procedimiento administrativo y su relación con los procesos judiciales	53
2.2. Los recursos en el procedimiento administrativo	58
2.3. Nulidad de oficio	61
2.4. Instituciones facultadas para el procedimiento administrativo: cargo probatorio, sanciones, última instancia	63
2.5. Sobre los recursos de impacto ambiental	67
2.6. Principales garantías ciudadanas frente a la administración pública	70
<b>III. RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑO AMBIENTAL</b>	<b>73</b>
3.1. Datos sustancialmente relevantes	73

### *Responsabilidad por el Daño Ambiental en el Perú*

Editor Responsable: Carlos Clemente Arata

Diseño gráfico: Víctor Mondul

Carátula: Juan Luis Garguerrab

Hecho en el depósito legal en la BNP 1902222000-4135

ISBN: 9972-793-04-8

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Extinguente Avenida 47 Lima 27 - Perú

Tel.: (011) 442 9171 - 421 1394 Fax: (011) 442 4568

Email: [sdpe@sdpe.org.pe](mailto:sdpe@sdpe.org.pe)

<http://www.sdpe.org.pe>

Impreso en el Perú

Octubre 2000

Impreso en Imprenta Impresiones

Calle San Pedro 173, Miraflores

Tel.: 342 2411

1.2. Diferencia con el daño civil y administrativo	74
1.2.1. Daño civil	74
1.2.2. Injuria administrativa e injuria penal	75
1.3. Elementos constitutivos del tipo penal de contaminación	76
1.3.1. Tipo objetivo	76
1.3.2. Tipo penal en blanco	76
1.3.3. Conducta prohibida	78
1.3.4. Causa especial normativa del tipo: 'por acción de los límites establecidos'	79
1.3.5. Tipo de peligro concreto	79
1.4. Delitos ambientales por culpa o dolo	81
1.4.1. Tipo subjetivo de la injuria del artículo 304 del Código Penal	81
1.4.2. Error de tipo	81
1.4.3. Tipo culpable de concurrencia	82
1.5. Responsabilidad penal por delitos ambientales cometidos con intención o el empleo de actividades de personas jurídicas	82
1.5.1. Intencional delictiva con dolo	82
1.5.2. Atribución en nombre de uno	83
1.5.3. Concurrencias accesorias aplicables	84
1.6. Delitos ambientales cometidos fuera del ámbito geográfico del Perú con daños ambientales graves para su territorio	85
1.7. Los funcionarios indolentes en los delitos ambientales	86
1.8. Ley 28531 relativa a la formalización de denuncias por infracciones a la legislación ambiental. Caso de la entidad administrativa que organizó un incendio premeditado y luego niega responsabilidad	87
1.8.1. Requisitos de procedibilidad	87
1.8.2. Discrepancia entre diferentes Actúmenes	88
1.8.3. Valor del Proceso de Admisión y Manejo Ambiental (PAMA)	88
1.8.4. Atribución administrativa con presunciones concluyentes	88
1.9. Legitimación suficiente para intervenir en parte penal	89
1.10. Ejercicio de la acción civil por el daño derivado de un delito. Regulación de la pena de multa cambiada en un proceso penal en los casos donde previamente se ha sancionado con multa en la vía administrativa	89
1.11. Medidas cautelares en el proceso judicial	90

SEGUNDA PARTE	92
DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL PERÚ	92
PARTICIPANTES DEL DEBATE	
I. PRESENTACIÓN	94
II. METODOLOGÍA	96
III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL	97
3.1 Ronda de Preguntas	97
IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑO AMBIENTAL	74
4.1 Ronda de Preguntas	97
V. RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑO AMBIENTAL	81
5.1 Ronda de Preguntas	97

## PRESENTACIÓN

Es poco frecuente la oportunidad de prologar una publicación tan interesante como necesaria en el campo del derecho y es que si bien en el Perú existe una vasta legislación referida a la protección del ambiente, son escasas las publicaciones jurídicas que con alta rigurosidad académica y conocimiento práctico, penetran en los confines de los reales contenidos y alcances de la legislación ambiental.

La responsabilidad por el daño ambiental y su tratamiento en la legislación peruana desde la perspectiva de la responsabilidad civil, penal y administrativa, es el tema que se desarrolla a lo largo de estas páginas. Este texto nos propone una primera oportunidad para explorar las diversas respuestas jurídicas que pueden producirse frente a la generación de un daño ambiental en el Perú. Invita también a la reflexión sobre los desafíos y oportunidades que las normas ambientales brindan a los ciudadanos para aprovechar sus derechos afectados.

En el Perú, el ejercicio de la tutela jurisdiccional para la protección del ambiente se inició formalmente en 1990 con la promulgación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales - CMARN. Esta norma reconoció por vez primera el legítimo interés de toda persona para iniciar demandas en defensa del ambiente y estableció que todo ciudadano tiene un interés moral en su protección.

En perspectiva, el CMARN tuvo el mérito de quebrar el esquema individualista del proceso civil en el Perú, para reconocer el interés difuso o colectivo afectado por el daño ambiental. Sin embargo, y a pesar de esta innegable apertura de la normatividad procesal para dar cabida a acciones legales en defensa del ambiente, la realidad es que las escasas demandas iniciadas en el Perú han enfrentado severas dificultades de concreción.

A esta problemática, se agrega el poco conocimiento y compromiso exhibidos por los operadores del derecho en esta materia (jueces, fiscales, abogados); la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, luego de diez años de vigencia del CMARN, siente entonces que es necesaria hacer un alto en el camino y reflexionar sobre las condiciones

en que se desarrollaron estos procesos en el Perú y consideras como punto de partida de esta reflexión el análisis de la responsabilidad relativa a la responsabilidad por el daño ambiental.

Es evidente oportuno delimitar el ámbito de análisis del documento que aquí presentamos pues si bien el tema del derecho ambiental interesa desde diversas y muy variadas perspectivas — acerca a la justicia, jurisprudencia, política institucional, etc. — hemos considerado crucial, ahora, centrar nuestro interés en explicar las rutas de aplicación recorridas por las normas legales que regulan la responsabilidad por el daño ambiental. En este sentido, nos anima un interés por repensar nuestro ordenamiento jurídico desde el punto que plantea el daño al ambiente y el deseo de abrir nuevas opciones interpretativas para una aplicación eficiente de las normas legales en tema a este campo. Con este propósito se han recopilado las experiencias y puntos de vista de destacados juristas nacionales, quienes desde sus respectivas especialidades han desarrollado las materias específicas de la responsabilidad por el daño al ambiente. Sus conclusiones podrán ser muy provechosas para los diferentes operadores del derecho, a quienes la SPDA desea agradecerles suya.

Los juristas son el Dr. Enrique Ferrando Gamero, quien se ocupa del tema de la Responsabilidad Civil por el Daño Ambiental, el Dr. Jorge Darío Ordóñez que expone las particularidades de la Responsabilidad Administrativa, y el Dr. Felipe Villavieja Torres, a cargo de la Responsabilidad Penal por el Daño Ambiental. Esta es una oportunidad propia para agradecer su valiosa y entusiasta participación.

Cada especialista desarrolló sus ponencias en el marco de seminarios de referencia elaborados por el Programa de Defensa del Interés Ciudadano de la SPDA. Luego presentaron los resultados ante un selecto grupo de abogados reunidos en un seminario-taller realizado en diciembre de 1998 en la ciudad de Lima. La valiosa contribución de los profesionales presentes, todos con experiencia y conocimientos probados sobre la materia, ha quedado plasmada en la segunda parte de esta publicación.

Esta metodología de trabajo se inspira en las iniciativas de publicación desarrolladas por nuestro distinguido amigo Raúl Brufas, notable jurista que desde su cargo de Coordinador de Programa de Derecho Ambiental en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente – Oficina Regional para América del Sur y el Caribe, realizó valiosos aportes a la difusión y conocimiento del Derecho Ambiental en los países de la región.

La publicación de este libro representa la culminación de un proceso ejecutado por el Programa de Defensa del Interés Ciudadano de la SPDA, con el apoyo decidido y generoso de la Fundación Ford y en particular de su Representante Regional Augusto Vargas. A él debemos agradecer la confianza depositada en nuestra institución para abrir estos espacios de análisis y reflexión jurídica como herramienta en responder con mayor eficacia a los problemas ambientales generados en nuestros países.

Esperamos que esta publicación no sólo contribuya un aporte a la dignificación del derecho ambiental sino, y por sobre todo, contribuya a corregir problemas y llenar vacíos en el ámbito de la legislación ambiental con el fin de enfrentar de manera efectiva los múltiples retos ambientales de la región y particularmente los del Perú.

Cecilia Chirinos

---

**Primera Parte**

---

**REFLEXIONES SOBRE  
LA RESPONSABILIDAD  
AMBIENTAL EN EL PERÚ**



## I. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

Por Enrique Ferrando G.

Ante un lamentable accidente, la responsabilidad civil ambiental no ha sido regulada explícitamente en el Perú. Con excepción de algunas disposiciones legales aisladas referidas a la responsabilidad civil de corte ambiental derivada de alguna actividad muy específica, no existe en el Perú un marco que integre un sistema unitario y ordenado los principios que la informan, ni los mecanismos y sistemas para afrontarla.

Es preciso mencionar, sin embargo, que la responsabilidad civil ambiental es, en esencia, una responsabilidad civil extrac contractual, género que sí se encuentra regulado en el Perú. Desafortunadamente, como se vea en este trabajo, la regulación de la responsabilidad civil extrac contractual en el Código Civil adolece de algunas omisiones, inconsistencias e incongruencias que el legislador del Código Civil de 1984 no corrigió o demoró a tiempo. Esto hace difícil aplicarla efectivamente a ciertos casos de responsabilidad ambiental y, ciertamente, casi imposible usarla en otros tipos de responsabilidad civil ambiental. De esta falta, los supuestos de responsabilidad, así como los mecanismos para determinarla y reparar el daño, revisados en la legislación peruana actualizada bajo conceptos clásicos de responsabilidad, resultan sumamente propicios para afrontar las complejas consecuencias presentes en la responsabilidad civil ambiental.

Considero en estas circunstancias el análisis de la responsabilidad civil ambiental a las disposiciones legales sobre responsabilidad civil extrac contractual previstas en el Código Civil. La legislación ambiental desarrollada en el país desde la expedición del Código del Medio Ambiente, ha permitido establecer a nivel sectorial y general ciertos principios y normas de indiscutible valor. Adicionalmente acorde con los de la responsabilidad civil extrac contractual, sí se permite una interpretación más creativa y proporcionalmente superior respecto a los casos posibles de responsabilidad civil ambiental en la vida cotidiana.

Desde luego, esto no resuelve el problema de ausencia de normas y vacíos de cobranza de las regulatorias actuales, que ignoran casi por completo los complejos problemas existentes en los casos típicos de responsabilidad civil ambiental, los mismos que, a mi juicio, deberían ser objeto o receptáculo de una legislación especial.

La responsabilidad civil en el Perú está sustentada en dos grandes sistemas vertebrales: el sistema de responsabilidad basado en la culpa y el sistema de responsabilidad basado en el riesgo creado. Como en casi todos los grandes sistemas algunos regímenes de excepción, que escapan de la regla, bien porque el fundamento de la responsabilidad no se basa ni en la culpa ni en el riesgo creado, o bien porque fundándose en cualquiera de ellos, ya los resultados aplicables las causas existentes de responsabilidad o que están sujetos los regímenes generales. También conviven con estos dos grandes sistemas de responsabilidad otras instituciones del derecho, de las cuales puede derivarse, ya sea como consecuencia principal o accesorio, la obligación de indemnizar. Entre los regímenes de excepción cabe considerar, por ejemplo, la responsabilidad derivada de las lesiones por vicio de veracidad, y la responsabilidad del propietario por la caída del edificio. Entre las instituciones que conviven con los sistemas de responsabilidad destacan el abuso del derecho, el enriquecimiento indebido y el fraude a la ley.

### I.1. EL SISTEMA SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAC CONTRACTUAL

El fundamento de este sistema es la culpa, facta constricta y el elemento esencial y distintivo del sistema subjetivo y el presupuesto necesario del deber de indemnizar. El artículo 1969 del Código Civil es el que "aparece que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

Todo sustrato de responsabilidad civil pretende dar respuesta jurídica al afán de determinar quién debe responder al peso económico de un daño. El sistema subjetivo responde a esta interrogante estable-



siendo que el peso económico del daño debe ser soportado por el culpable. Por consiguiente, si el culpable es el agente, tiene la obligación de indemnizar. Por el contrario, si el culpable es la propia víctima o damnificado, no tendrá derecho de reparación. Igual regla se aplicará si no hay culpable, pues en ese caso será la propia adversidad la que asigna el peso económico del daño a quien lo padece.

Bajo este sistema, la producción de daños es imbuible para el derecho a meros que existe una conducta jurídicamente reprochable por la cual se pueda imputar al agente.

No existe ninguna razón para suponer que el sistema subjetivo de la responsabilidad civil extracontractual no se aplica a la responsabilidad civil ambiental. Siendo característica fundamental del sistema subjetivo la antijuricidad, vale decir, la existencia de una conducta contraria a derecho, se aplicará este sistema a los casos de daños ambientales siempre que la conducta del agente sea antijurídica.

Como puede apreciarse, la pretendida justicia que constituye la base conceptual del sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual, está circunscrita a la situación del agente. En efecto, este sistema considera justo que el agente responda por los daños que ha causado, siempre que haya actuado con dolo o culpa y, por lo tanto, cumpla los requisitos que responde por tales daños o actuó con la diligencia debida. Al sistema subjetivo le es irrelevante demostrar que es justo o injusto para la víctima.

El sistema subjetivo de la responsabilidad civil extracontractual no tiene por qué verse en crisis por las nuevas condiciones de la sociedad moderna. Ignora que los avances tecnológicos y el crecimiento de la demanda han incrementado considerablemente la capacidad del hombre de modificar el ambiente, y por consiguiente, de dañarlo, y que en ese contexto es el potencial agente el que tiene a su alcance los mecanismos económicos y sociales para prevenir la producción de daños y distribuir socialmente el costo de aquellos inevitables. Es el agente quien puede cometer un error de responsabilidad para colocarlo en posición de afrontar a un bajo costo su responsabilidad por

daños, y es el agente quien puede, a través del sistema de precios, distribuir entre los consumidores de sus productos o servicios el costo de los daños que surge con su actividad. Responso del manejo de bienes típicamente riesgosos o el desarrollo de actividades típicamente riesgosas o peligrosas, es el agente quien tiene la obligación ética y moral de usar la tecnología a su alcance para prevenir los daños posibles derivados de sus bienes o actividad. Y es finalmente el agente el que obtiene los beneficios de su actividad riesgosa, a costa de someter a la sociedad a la necesidad de cubrir los riesgos y peligros inherentes y soportar los daños producidos.

Ninguno de los mecanismos de prevención o distribución social del riesgo se encuentra al alcance de la potencial víctima. Ella no es la dueña del negocio potencialmente riesgoso, ni tiene información en su manejo económico y tecnológico. Ella no puede contratar un seguro eficiente para protegerla de los potenciales daños de las diversas actividades riesgosas o peligrosas. Ella no maneja tampoco los precios de los productos o servicios producidos por la actividad riesgosa o peligrosa, y a meros que sea consumidora de esos bienes o servicios, no se beneficia tampoco con ellos.

Por último, bajo este sistema los daños producidos en ejercicio regular de un derecho no generan el deber de reparar. Un ejemplo está en aquellos que se basan en una licencia o en el desarrollo de una actividad lícita y se encuentran dentro de los rubros permitidos por la ley. El sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual no aplica por que dichos daños, pese a ser lícitos, no generan obligación alguna de cargo de quien los origina. Sin duda, en este tipo de daños, quienes los provocan obtienen ventajas o beneficios a costa de las víctimas que los padecen, sin que exista ninguna razón ética, moral o económica que justifique esta situación. Es el caso de las desconocidas externalidades negativas, que bajo el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual no están sujetas a reparación. Las externalidades son costos que el agente económico genera, pero no internaliza, sino traslada a la población bajo la forma de daños. Y necesariamente tales daños representarían un costo transma-

mente mayor para sus víctimas que el que habrían demandado preferían o pedirlas. Hasta parece ser una verdad de perogrullo que en materia de daños colectivos siempre se menciona el caso que demanda preferencias o exámenes, que el costo de traerlos sea considerable. El sistema subjetivo de responsabilidad civil extraccontractual no responde a este problema.

No conviene por estas razones que el sistema subjetivo de responsabilidad civil extraccontractual sea idéntico para afrontar la problemática de la responsabilidad civil ambiental.

No pretendo ciertamente con estas reflexiones poner en tela de juicio el ya discutible sentido de justicia que inspira el sistema subjetivo de responsabilidad civil extraccontractual. La imputación de la culpa a otros requisitos de imputación de responsabilidad y por consiguiente, del deber de indemnizar, constituye en muchos casos de responsabilidad común la solución más equitativa. Me refiero particularmente a aquellos casos de responsabilidad en los cuales no se encuentran evidentes hechos o actividades típicamente riesgosas o peligrosas, aquellos en los cuales los mecanismos del mercado no son aplicables o no son capaces de ofrecer soluciones más justas y donde, en suma, el examen del factor subjetivo determinante de la responsabilidad resulta tan justo para el agente como para la víctima. Pero el sistema subjetivo no es, a mi juicio, ni idéntico ni el más justo para resolver lo inmensa mayoría de casos en los cuales se producen daños ambientales, que bajo la teoría de la culpa quedarían resueltos como un supuesto.

Un hecho que merece destacarse como positivo dentro de la tendencia de objetivar la responsabilidad civil extraccontractual en el Perú es el de la inversión de la carga de la prueba. El artículo 1959 del Código Civil dispone que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Esta regla libera a la víctima de la prueba diabólica consistente en demostrar fehacientemente en juicio el dolo o culpa del autor, pero no la libera, sin embargo, de la necesidad de demostrar la relación de causalidad entre el hecho y el daño, ni de probar la antijuricidad de la conducta. Y estos aspectos pueden llegar a constituir una carga insalvable para la víctima en los casos de daños ambientales.

los. Pues ellos a menudo discuten cuestiones tecnológicas de alta complejidad, donde la víctima aparece insuficientemente informada, o dejan en sus manos la responsabilidad de probar la causalidad y la causal rectora del daño cuando existen diversos factores que concurren en la producción del daño.

Por último, el tipo de culpa que genera responsabilidad, respecto del cual el Código Civil no da una solución, constituye un aspecto que merece incluirse en el análisis del sistema subjetivo. El Código Civil no precisa si la culpa debe ser objetiva o subjetiva. Será objetiva cuando pueda establecerse la imprudencia o negligencia del agente comparando su conducta con la de un hombre prudente y diligente cualquiera, colocado hipotéticamente en las mismas circunstancias. Será subjetiva cuando la culpa se establezca en base a las aptitudes, características y cualidades personales del agente, sin importar lo que en su lugar hubiera hecho cualquier persona diligente, sino lo que el propio agente, de acuerdo a sus aptitudes y las circunstancias en las cuales se produjo el hecho dañoso, tuvo la posibilidad de hacer.

La distinción entre una u otra culpa y su aplicación en el derecho peruano es de singular importancia por sus posibles efectos en la determinación de la responsabilidad de las personas. No son pocos hechos los casos en que, frente a los mismos hechos, un examen subjetivo de la culpa libera al agente, en tanto que un examen objetivo de la misma lo condenaría al deber de reparar. Dependiendo del primer caso el que se trate, la solución que el derecho confiere a un mismo daño puede ser distinta.

Para ser justos, podría parecer más justo sustituir el sistema objetivo de la responsabilidad en la culpa objetiva. Al fin y al cabo, la víctima no tiene por qué estar sometida a las peculiaridades personales de cada potencial agente. Pero, ¿hasta qué punto es razonable recurrir al tipo objetivo de culpa en un país pluricultural, pobre y con grandes índices de analfabetismo? El Perú es un país compuesto por diversas naciones, pueblos con culturas, idiomas e tradiciones distintas y diferentes valores espirituales y morales. Es un país en el cual un gran porcentaje de la población es analfabeta o tiene un grado primario de alfabe-

ciones. Un país en el cual los conceptos del bien y del mal varían, en sus pocas variaciones, significados distintos de una comunidad a otra. Un país en el que los pobladores se han adaptado de modo distinto a su medio ambiente, existiendo por ende patrones de conducta y estrategias de supervivencia distintas en la Costa, la Sierra y la Amazonía. ¿Cómo aplicar a todos estas personas un solo patrón de referencia? ¿Cómo compararlos con un hombre prudente y diligente estándar? ¿Qué sería aceptable tal criterio si la Constitución hubiera consagrado un solo modelo social, rechazando o reprimiendo a los demás, en cuyo caso la propia Constitución, a priori, habría descalificado a todos aquellos modelos, tradiciones, culturas y valores distintos de los regulados por ella. Así, el modelo de hombre prudente y diligente se constituiría sobre las bases y premisas constitucionales de carácter ético, moral, cultural, étnico, lingüístico y tradicional aceptables y exigibles.

Esto no sucede en el Perú. La Constitución otorga a toda persona el derecho a mantener reservas sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier índole, y el derecho a no ser discriminado por ellas. Por consiguiente, acepta la pluralidad de pensamientos, de creencias, de políticas y demás convicciones e ideas. Además, la Constitución también consagra el derecho de toda persona a conservar su identidad étnica y cultural, y a usar su propio idioma. Admite además la coexistencia de idiomas, costumbres y tradiciones étnicas y culturales distintas entre pueblos, así como la coexistencia de convicciones distintas basadas en el lenguaje. En otras palabras, la Constitución garantiza a favor de toda persona el derecho de ser diferente, de conducirse de modo distinto, de desarrollarse de manera particular, de usar un idioma distinto y someterse a tradiciones distintas. ¿Cómo podría en ese contexto aplicarse válidamente y equitativamente un solo patrón de hombre prudente y diligente a todas las personas? Recordar tal cosa resultaría tan injusto como inconstitucional, pues significaría imponer un solo modelo de cultura, de tradiciones, de idioma, de creencias, de filosofía, de convicciones y de conductas a personas que constitucionalmente tienen el derecho de ser diferentes, vale decir, de responder a su propio modelo de hombre prudente y diligente.

Sin embargo, no debe olvidarse que el derecho que la Constitución confiere a las personas de ser diferentes, no es absoluto. Existen valores y principios fundamentales, inmutables, que deben ser respetados por todos sin importar si son compartidos o no por las diversas etnias y culturas del país. No podría admitirse como posibilidad legal o constitucional, por ejemplo, la lesión al derecho a la vida fundamentada en alguna costumbre o tradición cultural de algún pueblo del país. La vida es un bien supremo, al cual se encuentran subordinados los demás derechos, inclusive el derecho a ser diferentes. También debe tenerse presente que si bien toda persona tiene libertad de conciencia, opinión, religión, política y filosofía, entre otros, se encuentra prohibido de discriminar en base a estas razones, vale decir, que estos elementos pueden subsistir o existir en el fuero interno de cada persona, pero no deben ser tomados en cuenta en sus relaciones jurídicas, ni para bien ni para mal.

Desde luego que todo esto tiene gran relevancia cuando se trata de determinar la responsabilidad de alguna comunidad indígena o de alguna de sus integrantes, o de colonos o personas apartadas de la vida cotidiana. Pero observarse lo peligroso que sería aplicar el concepto de culpa subjetiva a los agentes de actividades productivas contaminantes. Estos podrían alegar que aun cuando existe tecnología disponible para evitar o paliar el daño, no cuentan con dicha tecnología. Podrían alegar que habiendo sido posible prevenir el daño, no cuentan con los recursos económicos necesarios para financiar ese gasto. A la luz de estas consideraciones, podrían probar que hicieron lo mejor que pudieron, dentro de sus posibilidades, por evitar el daño y así se liberarían de responsabilidad si el criterio usado para examinar su culpa fuera el subjetivo. Ninguno de estos argumentos, sin embargo, los liberaría de responsabilidad bajo el criterio de culpa objetiva.

Estas reflexiones muestran los obstáculos que sin duda provocaría en la aplicación de un sistema de culpa objetiva la existencia de un patrón abstracto de hombre prudente y diligente estándar, al cual pueda recurrirse en todo instante. También muestran el hecho de que existen ciertos valores y principios supremos inmutables que pre-

valores sobre los derechos sociales y económicos protegidos autónomamente por la Constitución.

Si prevalece la objetividad de la culpa, sería preciso admitir entonces que el patrón abstracto de hombre prudente y diligente no podría ser igual en todos los casos, pero resultaría por lo mismo algunas veces contrario a aquellos que subyacen los principios, derechos y valores superiores que la Constitución consagra y que en ningún caso pueden ser negociados. A ellas deberían ser aplicadas ciertas acciones productivas.

## 1.2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO

La teoría del riesgo es incorporada al Código Civil en el artículo 1970, según el cual, "aquél que realice un hecho riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, cause un daño a otro, está obligado a repararlo".

La teoría del riesgo, como se señaló, constituye una derivación de la teoría objetiva de responsabilidad civil extrcontractual, pero difiere de esta teoría en ciertos elementos subjetivos que son los que le dan el matiz de racionalidad de que carece la teoría objetiva. El fundamento principal de la teoría del riesgo es de equidad: quien introduce un riesgo de daño o se vale de él, lo hace con conocimiento de causa y a sabiendas de la peligrosidad del bien o actividad en cuestión, por lo cual es justo que también soporte el costo económico de los daños que riesgo o peligro al mismo ha creado. Se diferencia así el sistema de responsabilidad civil por riesgo creado del sistema objetivo o técnico en que el segundo que tiene más fundamento que el simple hecho causal, en que de él puede desprenderse equitativa alguna en la solución económica exigida.

En cualquier caso, la fundamentación técnica del sistema de responsabilidad derivada del riesgo no tiene otro objeto que sustentar el sentido de justicia que lo inspira. Más allá de esto, si al presente no puede ser encontrado en cualquiera de los supuestos contemplados

en el artículo 1970 del Código Civil, habrá de reparar, con prescindencia de las normas que lo motivaron a introducir el riesgo o del grado de beneficio que obtuvo del mismo.

Tal como ha sido formulado por el artículo 1970 del Código Civil, parecería ser un requisito de la responsabilidad por riesgo la existencia de una conducta del agente, que condujo a la realización del bien o de la actividad, cause un daño. En efecto, el artículo 1970 no parece referirse al daño que pueden producir las cosas por ellas mismas, sino al daño que como consecuencia de su manipulación, control, uso o manejo pueda irrogarse a terceros. Si esta interpretación fuera correcta, quedarían fuera del sistema de responsabilidad civil por riesgo creador los daños que pudieran producir los derechos peligrosos con posterioridad a su disposición final, así como los daños que pudieran producir las cosas de sí mismas con posterioridad al cese de la mano y ejecución del plan de actuación, entre otros de similar naturaleza. Esto no así pues en todos estos casos faltaría un elemento esencial exigido, en apariencia, por el artículo 1970 del Código Civil: la conducta del agente. Esta peligrosa interpretación conllevaría el hecho de que el artículo 1970 del Código Civil empezara su formulación con la frase "aquél que mediante", la cual convierte al bien riesgoso o peligroso en mero instrumento de una conducta, que es la que al fin y al cabo genera la responsabilidad. Abunda en esta tesis la disposición por el artículo 1972 del Código Civil, que refiriéndose a los casos de responsabilidad por riesgo, alude al responsable como "el autor", término que lleva implícita la existencia de una conducta reprochable. Esas son razones que sin duda respaldan de las disposiciones legal, toda vez que de prevalecer esta tesis, el ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad civil por riesgo creado quedaría circunscrito, por lo menos en lo que respecta a hechos riesgosos o peligrosos, a la previa y necesaria existencia de una conducta.

Entonces, no resulta afortunado que la conducta implícita en el artículo 1970 del Código Civil es el acto consciente y deliberado de introducir un riesgo o peligro de daño, ya sea a través de un bien que por sus características es riesgoso o peligroso, o a través del ejercicio

de una actividad igualmente riesgosa o peligrosa. Como quien que en derecho es válida la premisa según la cual nadie actúa con el ánimo de causarse daño por su propia culpa, resulta que cualquier persona, que más que el que introduce un bien riesgoso o se vale de él, lo hace en su propio beneficio y no contra sus propios intereses. Tales beneficios pueden ser de todo índole. La naturaleza del beneficio no es lo relevante, pero es la conducta lo que, con carácter genérico de una norma implícita en el artículo 1970 del Código Civil y recogida en consecuencia responsabilidad el agente.

El sistema de responsabilidad por riesgo creado tiene, en relación al daño ambiental, muchas ventajas de los cuales el sistema subjetivo de responsabilidad carece, circunstancias que lo hace más ágil y justo para resolver los complejos problemas presentes en la responsabilidad civil ambiental. Entre las razones que lo legitiman se encuentran la mejor agilidad que tiene el que crea el riesgo o peligro de asumir el costo económico del perjuicio y la mayor eficiencia económica de esta solución en relación a como por sus bajos costos de transacción.

En efecto, es válido pensar que quien crea un riesgo o peligro de daño está en posición económica de asumir, en la misma proporción, el costo de la prevención de daños ambientales del momento para evitar los daños que como consecuencia de ese riesgo o peligro se produzcan, tal como si el propio sistema contiene implícita una advertencia en sus sentidos. La falta de suficiencia económica del agente no es excusa para no prevenir el daño, pues esa consideración deberá tenerse presente antes de crear el riesgo o peligro y no después.

De otro lado, es válido afirmar que el agente está en mejor posición de diluir socialmente el costo de la reparación que las potenciales víctimas, pues siendo previsible y conocido el riesgo o peligro puede contratar un seguro de responsabilidad contra los riesgos inherentes a su negocio o actividad. Además, puede incluir en sus costos una provisión para responder a las contingencias de daños, lo mismo que contra cualquier otro costo, es imputable al precio del producto o servicios de forma que quienes en rigor lo pagan son los consumidores.

No queda claro en la legislación lo que debe entenderse por bien o actividad riesgosa o peligrosa. Las cosas pueden ser peligrosas por su naturaleza o por la forma en la cual son utilizadas. Las actividades pueden considerarse riesgosas o peligrosas bien en función del daño que efectivamente causan, comprobable estadísticamente, bien en función de la probabilidad de daño que tiene supuestos, o bien en función de la magnitud o gravedad del daño que podrían producir, entre otras consideraciones.

Atribuirle un sentido bien a las expresiones "riesgo" o "peligro" utilizadas por el artículo 1970 del Código Civil crea un problema de orden político, no quedando espacio para aplicar el sistema subjetivo de responsabilidad civil recogido en el artículo 1968 del Código Civil, pues todos los supuestos posibles de daño ya estarían comprendidos en el sistema de responsabilidad por riesgo creado. Tal situación descansa en la insostenible premisa de que si existe el daño, es evidente que precedió el riesgo de que éste se produzca, por lo que ningún supuesto escaparía a la aplicación del artículo 1970.

De otro lado, resulta que concluye que el legislador ha interpretado un sistema subjetivo de responsabilidad absolutamente inútil, por la probable incapacidad de tal sistema de convivir con el de la responsabilidad por riesgo creado. Esta interpretación, por el abandono en que se encuentra, sólo podría ser válida si fuera la única posible. Pero las reglas de la hermenéutica jurídica obligan al intérprete a indagar todos los significados posibles con el objeto de preferir aquella interpretación que concilia la existencia de ambas normas sobre la que las divide o las opone. En aplicación de esas reglas, tendría que aceptarse que el riesgo o peligro al que se refiere la ley es, por lo menos, el típico, habitual, consuetudinario o previsible, es decir, el que corresponde a actividades o bienes típicamente riesgosos, excluyéndose los bienes o actividades que no ofrecen una peligrosidad intrínseca inherente o habitual, vale decir, los bienes o actividades exclusivamente ocasionales. También podrían considerarse entre los bienes y actividades riesgosos o peligrosos aquellos que, sin caracterizarse por su peligrosidad o alto riesgo de daño, adquieren esa cualidad por la forma en que se usan o desarrollan.

Estas consideraciones técnicas, sin embargo, no resuelven la gran variedad de situaciones posibles ni la innumerable cantidad de aspectos relevantes. Llegado el caso, en relación a la naturaleza típicamente riesgosa o peligrosa de un bien o actividad determinada. A priori, podría sostenerse que el trasladarse de un lugar a otro en avión es más peligroso que viajar por tierra. El avión pasa decenas de kilómetros, sobre la fuerza de la gravedad y otros a varios kilómetros de altura y cientos de personas, a las cuales resulta a cientos de kilómetros por hora. Durante el transporte no puede tener ninguna falla que afecte sus condiciones de navegabilidad, pues la consecuencia sería su caída, con la alta probabilidad de muerte total de todos sus pasajeros. Los vehículos van sobre tierra, pueden detenerse en cualquier momento, no fuerzan ninguna ley de gravedad ni se someten a la velocidad de un avión. Teóricamente es más seguro viajar por tierra, pero estadísticamente ocurren más accidentes, muertes e lesiones personificadas o casos de accidentes de tránsito que por accidentes de avión. Por lo tanto, estadísticamente, el transporte por avión no es tan riesgoso o peligroso como el transporte en automóvil.

Una planta de energía nuclear puede considerarse altamente peligrosa por su potencial daño, pero no por la alta probabilidad de que dicho daño se produzca, pues las medidas de prevención que suelen tomarse respecto de estas instalaciones hacen de ellas actividades altamente seguras. Sin duda, muchas otras actividades económicas que no tienen la complejidad y complejidad de una planta de energía nuclear y que pueden ser tan sencillas como una planta de procesamiento de harina de pescado o una empresa cementera, causan de manera habitual y permanente un número mucho mayor de daños o riesgos. Nos sentimos tentados a sostener que una planta de energía nuclear es una actividad típicamente riesgosa o peligrosa, por su potencial grave perjuicio, pero estadísticamente son mucho más riesgosas o peligrosas las actividades que no se caracterizan por su complejidad o alta tecnología, sino por la frecuencia con que producen daños o por las externalidades negativas permanentemente generadas por ellas.

Ciertas actividades sin un peligro o riesgo inherente y que más bien podría, desde un punto de vista técnico, considerarse relativamente inocuas, pueden sin embargo generar el grave riesgo de modificar el modo de supervivencia de algún pueblo o comunidad. Por ejemplo, la construcción de una carretera en la Amazonia, que en principio no genera ninguna consecuencia ambiental de gravedad relacionada directamente con la construcción misma, puede originar una respuesta social de colonización y convertirse en el vehículo de un intercambio social pernicioso entre culturas y comunidades nativas aisladas. Estas situaciones pueden ser extraordinariamente peligrosas y graves para un ecosistema frágil y para las comunidades que habitan en él.

Existen ciertos bienes que la ley o los tratados ya califican como peligrosos, evitando así la discusión al respecto. Por ejemplo, la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Residuos Peligrosos y su Eliminación, aprobada el 22 de marzo de 1989, incluye en su Anexo 1 un listado de desechos que por sus características intrínsecas deben ser considerados desechos peligrosos. Asimismo, su Anexo 3 considera una lista de características peligrosas que permitirían considerar a un desecho como peligroso. Siendo el Perú parte de esta Convención, no resulta necesario discutir en juicio si alguno de los desechos o cualquiera de las características consideradas como peligrosas por parte de la mencionada Convención, tienen en realidad dicha condición. Legalmente, lo tienen.

Las precauciones acerca de bienes o actividades que deben evitarse riesgosos o peligrosos no son la regla. Lo usual es que la determinación de la naturaleza riesgosa o peligrosa de un bien quede librada a la interpretación del juez y de las partes. Sería sano entonces esperar, en cualquier futura reforma legislativa, la introducción de criterios legales orientados a uniformar jurídicamente criterios empíricos y otorgar mayor certeza y seguridad jurídica. Entretanto, podría considerarse como un buen criterio para coexistir con anticipación si una actividad es riesgosa o peligrosa, el conocer si para el desarrollo de la misma fue requerido un Estudio de Impacto Ambiental. Como quiera que este tipo de estudios son exigidos por el artículo 8 del Código del

Medio Ambiente a todo proyecto de obra o actividad, pública o privada, con posibles daños no tolerables sobre el ambiente, puede considerarse, prima facie, que todas aquellas actividades a las cuales, de acuerdo a la ley, se les exige un estudio de Impacto Ambiental, son ambientalmente riesgosas o peligrosas. El artículo 8 las enumera en una lista.

### 1.3. EL ABUSO DEL DERECHO

Si bien el ejercicio regular de un derecho exenta de responsabilidad al agente por los daños que cause, la ley no ampara el ejercicio ni la comisión abusivos del derecho. El artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil se encarga de consagrar este principio, agregando que el demandante indemnizatorio o una persona o el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

El abuso del derecho se manifiesta en la forma entre la forma y la intención. Consiste en que la decisión disminuya el ejercicio antinormal del derecho y se produce cuando el titular del derecho elige la forma más gravosa de ejercicio.

Dentro del marco del sistema subjetivo de responsabilidad civil contractual, habiéndose responsabilizado al agente o no obstante haberse actuado bien en el ejercicio de un derecho, si lo ejercido en forma antinormal o abusiva, pues en este supuesto no puede considerarse que el ejercicio del derecho ha sido regular.

Esta consideración no debería ser relevante para el sistema de responsabilidad civil basada en el riesgo creado, toda vez que en este sistema, por principio, no deberá importarse si el daño se produce en un desenvolvimiento del ejercicio regular de un derecho o no. Desafortunadamente, y como señalaremos en el punto 2 de este informe, una de las causas existentes de responsabilidad por riesgo creado es el ejercicio regular del derecho. Esta consideración o paradoja del derecho demuestra que la institución del abuso del derecho continúa siendo relevante para el sistema de responsabilidad civil por riesgo

creado. Pues en el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o la gestión de un bien riesgoso o peligroso, la mencionada causal realmente no puede ser evitada por el que causa un daño a otro si ese daño hubiera podido razonablemente evitarse ejercitando el derecho de manera menos gravosa o antinormal. Es relevante que el daño irrogado sea físico o socialmente tolerable.

Cabe precisar que la institución que considera el abuso del derecho es autónoma y no depende, por consiguiente, de la aplicación previa o concurrente de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual. La sola existencia de un abuso del derecho, sea que tal derecho emane de una ley, de una licencia o de un contrato, de lugar a acción, que puede tener el doble propósito de detener el ejercicio abusivo o antinormal del derecho y el de indemnizar los daños causados a consecuencia del mismo.

### 1.4. EL FRAUDE A LA LEY

Existe fraude a la ley cuando una persona consigue burlar la letra o el espíritu de una norma jurídica utilizando para ello una norma de cobertura, en apariencia aplicable al caso, que posibilita obtener el resultado que la norma evitada prohibía. En el fraude a la ley se otorga figura de legalidad a un acto prohibido y se viste a éste de un ropaje de licitud que en rigor no tiene.

El Código Civil español se refiere explícitamente al fraude a ley en su artículo 6, numeral 4, según el cual "En actos realizados al amparo del texto de una norma que permitan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiera evitado de este".

La solución aportada por el Código Civil español, y debe agerarse, por la doctrina más importante en materia de fraude a la ley, concuerda en desmenuzarse al fraude y aplicar la norma evitada. Esta consecuencia, por lo demás, constituye la solución más lógica y razonable que puede otorgar un ordenamiento jurídico evitando forzar a un fraude a la ley.

Si bien el Código Civil peruano no ha recogido una norma equivalente para tipificar de manera genérica el fraude a la ley y establecer sus consecuencias, no constituye caso único para sostener que el ordenamiento jurídico peruano está familiarizado con esta institución y reacciona de la misma manera frente a casos en que se pretende vestir con un ropaje de legalidad a actos contrarios a la ley o legalmente prohibidos. El Poder Judicial peruano, por ejemplo, ha anulado acciones de seguro dirigidas contra la aplicación de leyes que no obstante cumplir en apariencia con el requisito constitucional de ser generales y abstractas, en la práctica estaban dirigidas a una sola persona, la única en cumplir con los requisitos de la norma. Son también conocidos en derecho peruano los fraudes que se cometen en derecho internacional privado, cuando las partes se desvían de la jurisdicción o ley aplicables a su situación valiéndose de una norma de conflicto. El caso típico es el del cambio voluntario de domicilio, recurso utilizado para someterse a una ley más flexible que aquella aplicable en el Estado o país donde se ocurrió el domicilio real de la persona.

La consecuencia de un fraude a la ley no sólo es la ineficacia del acto fraudulento, sino la aplicación de la norma evadida, lo que equivale a decir que no sólo no le será posible a la persona que actúa con fraude a la ley alcanzar el resultado prohibido, sino que deberá cumplir con aquella obligación que pretendió evadir.

No todos los casos que en apariencia constituyen fraude a la ley en realidad lo son. Debe tenerse presente que de acuerdo al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, "la ley que establece sanciones o restringe derechos no se aplica por analogía". Este principio concuerda con la libertad consagrada en el artículo 1, inciso 24, numeral a), de la Constitución Política del Estado, según el cual "nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". A la luz de estas disposiciones, no cabría aplicar por analogía leyes que restringen derechos o establecen excepciones a situaciones que no se encuentran previstas por dichas disposiciones, ni cabría hacerlo so pretexto de corregir un pretendido fraude a la ley derivado a codede dichas leyes, pues la sanción del fraude a la ley no puede ser utilizada como mecanismo para

aplicar por analogía normas legales de excepción. En materia del just establecer en cada caso si se encuentra frente a un verdadero fraude a la ley o por el contrario, ante el ejercicio de una libertad consagrada por la Constitución, según la cual la persona no está obligada a hacer lo que la ley no manda.

No constituye, *prima facie*, que resulta muy difícil evaluar, mediante fraude a la ley, ciertas disposiciones legales de orden público destinadas a prevenir daños ambientales. Los rasgos más importantes destacarían en la falta de generalidad e integración de esas disposiciones, en la superposición de competencias y la falta de unidad de criterio para resolver situaciones iguales o equivalentes. De tal manera, una persona podría hacer pasar por licita ante el Ministerio de Energía y Minas lo que sería ilícito ante el Ministerio de Salud, o podría evadir una determinada sanción para sumarse de la aplicación de una norma más onerosa o estricta y someterla así a una más flexible. Estos procedimientos contrarios al ordenamiento jurídico serían más difíciles si existiera en la legislación sectorial ambiental uniformidad de criterio y si las disposiciones legales, tanto generales como especiales, estuvieran debidamente integradas en objetivos comunes que no crearan los grandes problemas de superposición de funciones y vacíos actualmente existentes.

Es sumamente importante, a mi juicio, tener siempre presente la institución del fraude a la ley al momento de evaluar la presencia licitud de un daño ambiental. Bien puede suceder que tal daño, producido en aparente ejercicio regular de un derecho, constituya en la práctica la evasión de una norma de orden público o la consecución de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, circunstancia que, una vez detectada, no permitiría al agente dolo no obligación de indemnizar.

### 1.5. LIMITACIONES POR RAZÓN DE VEJIDAD

El Código Civil regula este tema en la sección dedicada a los Delitos Reales y no en la sección relativa a la Responsabilidad Civil



Extraterritorial. Sin embargo, la circunstancia de que el legislador haya preferido ubicar las disposiciones sobre vecindad en una sección distinta no anula la naturaleza extraterritorial de la responsabilidad entre vecinos.

Entre las disposiciones relativas a las limitaciones por razón de vecindad se encuentran regulados hechos que generan la obligación de indemnizar y que bajo cualquiera de los sistemas de responsabilidad civil extraterritorial previstos en el Código Civil habrían quedado sin reparación. Por ejemplo, el artículo 959 del Código Civil dispone que el propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten obras con un peligro actual o inminente para los predios vecinos, pero lo obliga a indemnizarlos por los daños y perjuicios causados. Este es el caso típico del estado de necesidad, que según el artículo 1971, inciso 3 del Código Civil, cobra de responsabilidad a quien causa el daño, norma que desde luego no es aplicable al supuesto recién comentado.

Aún más flexible es el artículo 960 del Código Civil, por el cual el propietario está obligado a dejar pasar por su predio materiales destinados a la construcción o reparación de un edificio, sin perjuicio de su derecho de recibir una indemnización por los daños y perjuicios que se le causen. En este caso ya no nos encontramos frente a un estado de necesidad, vale decir, aquel que coloca a una persona en la necesidad de causar un daño a otro para conjurar el peligro de un daño mayor. Por el contrario, nos encontramos frente al ejercicio regular de un derecho, que por causar daño al vecino genera el deber de reparar.

Son relevantes a la responsabilidad civil ambiental las disposiciones relativas a limitaciones por razón de vecindad que se imponen a las explotaciones industriales y las obras o depósitos vecinos y peligrosos. Por las primeras, "el propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar los propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes". Por consiguiente, "cuando prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, injurias y vibraciones análogos que exceden de la tolerancia que naturalmente se deben los vecinos en atención a

las circunstancias" (artículo 961). En cuanto a las obras y depósitos vecinos y peligrosos, se establece que "si cerca de un edificio se construye horno, chimenea, establo u otros similares o depósito para agua o materia líquidas, petrolíferas, explosivas o radioactivas o se instala maquinaria o análogos, deben observarse las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos y, a falta de éstos, las que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos. La inobservancia de esta disposición puede dar lugar al cierre o retiro de la obra y a la indemnización de los daños y perjuicios" (artículo 963).

La disposición relativa a las limitaciones a las que están sujetas las explotaciones industriales es de singular relevancia en el contexto de las disposiciones legales sectoriales que establecen límites máximos permisibles. En efecto, una explotación industrial bien podría encontrarse cumpliendo los límites máximos permisibles autorizados por su sector, pero aun así, estar excediendo los límites de tolerancia que naturalmente se deben los vecinos en atención a las circunstancias. De llegarse a probar en este supuesto que las circunstancias obligaban a la explotación industrial a ser más estricta con sus extremidades adyacentes, tendría que abstenerse de continuar causando el daño, sin que eso le libere de indemnizar. La inatención adversa, en este caso, que el vecino no sólo tiene acción para perseguir la reparación del daño sino también para prevenirlo e impedir que se continúe produciendo. Este es un enfoque mucho más amplio que el que en apariencia permiten los sistemas de responsabilidad civil extraterritorial del Código Civil, cuyos vecinos más afectados perciben únicamente como mecanismos de indemnización.

El caso de las obras o depósitos vecinos o peligrosos es relativamente distinto. Estos deben prioritariamente observar las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos y sólo a falta de ellos, observar las que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos. Salvo esta diferencia, las consecuencias son similares a las que se desprenden de las explotaciones industriales, pues el vecino perjudicado puede solicitar el cierre o retiro de la obra y la indemnización de daños y perjuicios.

Para terminar con esta tesis, deseo también destacar un caso típico de externalidad adversa previsto por el artículo 1962 del Código Civil, el cual podría implicar la aplicación de relaciones similares para casos equivalentes. Este precepto señala que "el propietario de un inmueble no le está permitido abrir o hacer en su terreno propia susceptible de causar ruina o deterioramiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a pagar las reparaciones necesarias para la seguridad de las predios afectados, además de pagar la indemnización por los daños y perjuicios". Lo que me interesa destacar es el perjuicio que la construcción y funcionamiento de un pozo puede causar en las plantaciones vecinas, caso típico de externalidad adversa en la que el volumen del acuífero no resulta suficiente para abastecer a ambos vecinos, de lo cual se deriva que quien se encuentra aguas arriba no puede con sus actos impedir la utilización del agua que el vecino de aguas abajo verá llevada a cabo. Este supuesto es muy parecido al del propietario que como consecuencia de depender la cobertura hídrica de su predio, afecta una función esencial del ecosistema en la referente a su capacidad de generar agua, disminuyendo perjudicialmente el suministro del líquido elemento a las agriculturas ubicadas aguas abajo. Sería sumamente interesante, a mi juicio, estudiar la posibilidad de aplicar los principios que inspiran al artículo 1962 del Código Civil a casos similares de externalidades adversas que se producen como consecuencia de afectar alguna función esencial de un ecosistema afectado por varias actividades que concurren.

## 1.6. RESPONSABILIDAD POR RUINA DEL EDIFICIO

El artículo 1980 del Código Civil, ubicado en la Sección relativa a la Responsabilidad Civil Extracontractual, dispone que el dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha sido consecuencia de la falta de conservación o de construcción. Este precepto es de gran importancia en el análisis de la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, pues se aplica del mismo que el propietario responde tanto en el supuesto de culpa como en el su-

cto de ella. Estrictamente, si el edificio se derrumba como consecuencia de la falta de conservación, surge implícita la negligencia del propietario, circunstancia que justifica perfectamente hacerlo responsable de las consecuencias y daños que la caída del edificio origine. El artículo 1980, sin embargo, va más allá y también lo responsabiliza por tales consecuencias si el motivo que origina la caída es una falta en la construcción. Aquí, el elemento determinante de la responsabilidad es simplemente la circunstancia de ser propietario del edificio, sin importar quién lo construyó ni el grado de conocimiento por parte del propietario de la existencia de una falta que podría haber originado esa consecuencia.

En este caso, el legislador no ha pensado en lo que es justo o injusto para el propietario. Únicamente ha tutelado el derecho de las víctimas a ser reparadas, circunstancias que desde ya constituyen para todo propietario una advertencia sobre la conveniencia de tomar un seguro de responsabilidad por ruina de su edificio, habida cuenta del riesgo, probable o improbable, de que el edificio se derrumbe y tenga que responder por el mismo hecho de ser su dueño.

Un aspecto de especial relevancia en el análisis de este precepto es el de esclarecer el significado real de "edificio". Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, "edificio" es la "obra o fábrica construida para habitación o para uso análogo; como casa, templo, teatro, etc.". Por su parte, "edificar" es "fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir", y "edificación" la "acción y efecto de edificar, de hacer un edificio". Estos significados advierten que más allá del significado vulgar de "edificio", debe considerarse por todo el producto de toda edificación, cualquiera sea su naturaleza o uso. Esta interpretación, de singular importancia, permitiría sostener que las edificaciones construidas con motivos de ciertos procesos productivos pueden generar responsabilidad objetiva en caso de ruina. Tal podría ser el caso de las canchales de relaves, que se rompen generando enormes ecológicos y grandes pérdidas patrimoniales y personales a las comunidades aledañas. A la luz del artículo 1980 del Código Civil, no importaría el grado de diligencia que hubieran puesto los propietarios de las

mianas en su diseño, construcción y mantenimiento. Si se rompen por falta de construcción o conservación, resultan que responden por los daños propios.

## 1.7. EL PRINCIPIO CONTAMINADOR-PAGADOR

He dejado para el final de la presentación concerniente a este primer punto del trabajo, el principio contaminador-pagador.

El Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo —aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada entre el 3 y el 14 de junio de 1992— dispone que “las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y no distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”. Si bien esta declaración no tiene fuerza vinculante, recoge lo que es un ejercicio consuetudinario del Comité de la Responsabilidad Internacional en relación al principio contaminador-pagador, que como puede apreciarse, tiende claramente a la atribución de la responsabilidad.

Resumiendo a una extrema simplificación del principio, diré que “el que contamina, debe pagar”. Pero la simplificación no me debe conducir a necesariamente distorsionar el principio. Por “contaminador” no sólo debe entenderse aquel que en efecto contamina sino a todo aquel que cause deterioro o degradación del medio ambiente, siendo una de las formas de hacerlo la contaminación. Y por pagar no sólo debe entenderse la indemnización por el daño causado pues, como he podido ver, el Principio 16 de la Declaración de Río busca que el “contaminador” internalice los costos ambientales, y ello supone también asumir todos los gastos necesarios para prevenir daños ambientales.

El principio contaminador-pagador se encuentra típicamente recogido en el artículo 1, numeral 6, del Código del Medio Ambiente, según el cual “en casos de la prevención, vigilancia, recuperación y com-

pasación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio”. Como quiera que este precepto no ha dado lugar a un desarrollo legislativo del principio contaminador-pagador, es posible hacer diversas lecturas del mismo, con resultados conceptualmente distintos.

A mi juicio, una interpretación válida del principio contaminador-pagador es la que consiste que el contaminador está obligado, en términos absolutos, a internalizar la totalidad de los costos ambientales, tanto los destinados a prevenir el daño como los destinados a repararlo. Esta interpretación se basa en el principio de hermenéutica jurídica según el cual “no hay que distinguir donde la ley no distingue”. Puesto que el precepto bajo comentario no establece particularmente ni mecanismos de exclusión de responsabilidad, debe ser aplicable, incluso si se trata de una norma especial referida al deterioro ambiental, en defecto que a los mecanismos de exclusión o exención de responsabilidad previstos para los regímenes generales de responsabilidad civil contractual regulados en el Código Civil.

Otra lectura, válida por cierto, del principio contaminador-pagador está orientada que los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental a cargo del causante del perjuicio, son sólo aquellos que la ley le impone. Por ejemplo, en materia de vigilancia, el contaminador sólo estaría obligado a cumplir con las normas de control y monitoreo ambiental establecidas por la autoridad sectorial competente. En cuanto a la compensación del deterioro ambiental, habida de tenerse cuenta de esta línea de pensamiento que el contaminador sólo estaría obligado a compensar el deterioro que no sea consecuencia del ejercicio regular de su derecho a contaminar.

No creo que ningún fallo judicial o tratado del cual se haya podido tomar algún precedente relativo a la interpretación que corresponde atribuirle al principio contaminador-pagador recogido en el Código del Medio Ambiente. Por lo tanto, me temo, como antes dije que concierne a la responsabilidad civil ambiental, se encuentran en un limbo de incertidumbre debido a la falta de claridad. Es deseable un adecuado desarrollo legislativo del principio que regule con propiedad las responsabilidades ambientales del contaminador.

## 1.8. SUJETOS QUE GENERAN LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

Los sujetos que generan la obligación de reparar son los contemplados en los diversos regímenes generales y especiales de responsabilidad civil desarrollados en el punto anterior.

Sería un error, sin embargo, sostener que bajo los sistemas de responsabilidad civil extrcontractual del Código Civil existe el deber de reparar los daños causados al ambiente cuando éstos se producen por dolo o culpa o con conciencia de un riesgo o peligro introducido por el agente. Como se verá en este punto, las víctimas de escape que el Código Civil otorga al agente del daño para soterrarse del deber de indemnizar son de tal naturaleza que implican casi por completo el sistema de responsabilidad civil por riesgo creado. En adición, los sistemas de responsabilidad civil extrcontractual parecerían haber excluido, en profusa, la tutela de los intereses difusos, presupuesto que deja sin reparación innumerables daños ambientales en los cuales la agraviada es la colectividad.

Por consiguiente, debo referirme en este capítulo a lo que los sistemas de responsabilidad civil extrcontractual del Código Civil entienden por víctima, y a los sujetos de ejercicio de responsabilidad aplicables a cada uno de los sistemas de responsabilidad recogidos en el Código Civil.

El primer problema puede ser planteado de la siguiente manera: como el artículo 1989 del Código Civil, relativo al sistema subjetivo de responsabilidad civil, como el artículo 1970 del mismo cuerpo legal, sobre responsabilidad por riesgo, establecen que "quien que ... cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo/repararlo". De estas precepciones parece desprenderse que la obligación del agente es la de reparar a la víctima, y no la de reparar el daño. Esta reflexión, que podría parecer un juego de palabras, es sumamente relevante, pues en ambos sistemas de responsabilidad civil es preciso haber causado un daño "a otro" para que se origine el deber de reparar. El "otro" a que se refiere el Código Civil, parece ser una víctima individualizable, ya

se trate de una persona o de un conjunto de personas, pero siempre individualizables. Confirmaría esta tesis el hecho de que ambos preceptos consagran el deber de reparar no en función del daño, sino del agraviado, otorgando a éste el derecho a un indemnizado en sentido positivo: indemnizarse, repararlo. Querrían, prima facie, excluirlo del deber de reparar aquellos daños que por su naturaleza no tuvieran una víctima individualizable a la cual reparar o indemnizar, caso típico de los daños ambientales, en los que fundamentalmente se afecta el interés colectivo.

Planteado así el problema, cabría preguntarse, en primer término, si el ordenamiento jurídico peruano reconoce los derechos colectivos como intereses dignos de tutela. Si la respuesta fuera negativa, tendría mucho sentido que los sistemas de responsabilidad civil extrcontractual del Código Civil se refirieran únicamente a los intereses individuales, toda vez que los colectivos no serían dignos de protección.

Afortunadamente, el ordenamiento jurídico peruano sí reconoce, y constitucionalmente, los derechos de naturaleza colectiva. Particularmente ligados al concepto de calidad de vida se encuentran una serie de derechos de naturaleza colectiva o social que no obstante tener un correlato en el ámbito de los derechos individuales, se explican a plenitud colectivamente. Tales son los casos de los derechos al trabajo; a la salud pública; a la educación; a la seguridad social; a la identidad étnica y cultural; a la sindicalización; al consumo; al sufragio; y al medio ambiente saludable. Todos estos derechos tienen un correlato individual —el trabajo de cada persona, la salud de cada persona, la educación de cada persona, etc.—, pero su verdadera dimensión es colectiva, habida cuenta que más allá del interés individual de cada persona de velar por esos derechos, es interés de la sociedad en su conjunto que éstos se respeten.

La agraviación de un interés colectivo siempre es más grave que el perjuicio irrogado a la suma de intereses individuales comprendidos en ese interés colectivo, pues además de afectar la esfera patrimonial o moral de cada individuo deja una condición de vulnerabilidad de la sociedad y su columna vertebral, poniendo en tela de juicio uno de

los elementos constitutivos de la calidad de vida, que a su turno es una aspiración social inalienable.

No es prudente en consecuencia asumir el interés colectivo al interés individual, como si ambos correspondieran a la misma naturaleza jurídica, y a partir de ello, asumir el deber ambiental propiamente dicho al deber respecto al patrimonio o a la integridad física o moral de las personas, como si todo fuera parte de una misma idea. Hacer esa confluencia inevitablemente a demeritar el régimen jurídico de uno y otro interés y representar aspectos tan conversacionales como la prescripción de la responsabilidad, la transacción del interés indemnizatorio, la renuncia de la acción, el beneficio de laudemio, la indemnización o la extinción del deber indemnizable.

Sin embargo, al no asumir el interés colectivo al interés individual no debe conducirse a consecuencias equívocas, tales como conceder únicamente protección a los intereses individuales y dejar sin tutela jurídica a los intereses colectivos. Tanto el deber al ambiente propiamente dicho, como el deber producido a los componentes del ambiente sobre los cuales existen intereses individuales, deben ser relevantes para el derecho y exigidos de esta disciplina respectivamente jurídica idéntica o no, naturalmente, a la justicia y a la equidad.

Los alcances del concepto de deber ambiental en el País pueden establecerse a partir del derecho subjetivo a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, consagrado en la Constitución. El artículo 1 del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente explica los alcances de este derecho en los siguientes términos: "Toda persona tiene el derecho inalienable a gozar de un ambiente saludable, equilibrado, sano y adecuado para el desarrollo de la vida, y, en especial, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana. Le corresponde prevenir y controlar la contaminación ambiental y cualquier proceso de devaluación o depreciación de los recursos naturales que pueda interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad. Las personas están obligadas a contribuir y colaborar inalienablemente con sus propi-

as." En concordancia con este precepto, el artículo 1 inciso 4) del Código del Medio Ambiente establece que el diseño, fundamentación y aplicación de la política ambiental nacional se basa, entre otras líneas rectoras, en "el control y la preservación de la sostenibilidad ambiental, la conservación de los ecosistemas, el mejoramiento del entorno natural en los asentamientos humanos, el mejoramiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética y el aprovechamiento racional de los recursos, como directrices fundamentales para garantizar y elevar la calidad de vida de la población".

No viene al caso citar, con motivo de este análisis, todos los preceptos legales existentes que con diversas fórmulas consagran el derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente adecuado, asignando a dicho medio ambiente diversas cualidades y características tuteladas dentro del ordenamiento jurídico en beneficio de la población. Los preceptos que han sido aquí reproducidos dan perfecta cuenta de lo relevante que es para el ordenamiento jurídico nacional salvaguardar el medio ambiente para beneficio de las generaciones actuales y futuras.

Por consiguiente, no me equivocaré en afirmar que toda acción humana capaz de afectar alguna cualidad del medio ambiente protegida por el ordenamiento jurídico constituye un deber ambiental relevante para el derecho que merece, en tal virtud, una respuesta adecuada tanto en materia de prevención como de reparación.

Recuérdese que esa respuesta, no obstante no encontrarse debidamente desarrollada legislativamente, se encuentra en el artículo 1, inciso 4) del Código del Medio Ambiente, de acuerdo al cual "las causas de la prevención, vigilancia, reparación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio". En este caso, la responsabilidad civil ambiental no está dirigida a reparar a la víctima, sino a reparar el daño, con prescindencia de si la víctima es individualmente o no.

Pero respecto a nuestro tema de preocupación, los artículos 1869 y 1870 del Código Civil, conforme habíamos expuesto, permiten exigir la existencia de una víctima individualizable para que exista el

deber de reparar. La regla sería si no hay víctimas, no hay reparación. Esta interpretación literal, circunscrita a la protección de intereses individuales, dejada sin tutela jurídica en materia de responsabilidad civil a los intereses colectivos, y en particular, los relacionados con la conservación del ambiente, los cuales, no obstante, son relevantes para el ordenamiento jurídico peninsular según acabamos de analizar. Significaría esto que en los sistemas de responsabilidad civil extracontractual previstos en el Código Civil, existe un grave vacío que debe ser definitivamente integrado por la doctrina y la jurisprudencia con el objeto de hacer aplicables estos sistemas a los múltiples casos de daños ambientales en los cuales es el interés colectivo el que debe ser tutelado? O significa, por el contrario, que son excepciones frente a regímenes de responsabilidad concebidos únicamente para tutelar intereses individuales. Esta cuestión la plasma vaguamente el régimen de excepciones, como el que se encuentra previsto en el artículo 1 número b) del Código del Medio Ambiente —principio constitucional pagador—, que es el que conlleva el régimen especial de responsabilidad aplicable a los daños ambientales.

Las opciones que ofrece la falta de claridad de los artículos 1909 y 1910 del Código Civil están resumidas en las siguientes:

- a) Necesidad de integración.— Si bien es cierto que el legislador no previó, al formular los sistemas de responsabilidad civil extracontractual contemplados en los artículos 1909 y 1910 del Código Civil, casos de responsabilidad civil que pudieran afectar intereses colectivos, no habría sido un momento dejenos excluidos. Recordemos que el surge del Derecho Ambiental en el Perú se inicia prácticamente con la expedición del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del año 1992, vale decir, seis años después de que el Código Civil de 1984 fuera promulgado tras un largo período de estudio, análisis y debate. Dicho de otra forma, sería absolutamente coherente adaptar los sistemas de responsabilidad civil por culpa y por riesgo creados a los casos de responsabilidad civil donde se agrava el interés colectivo, para lo cual bastaría una interpretación creativa de los artículos 1909 y 1910 del Código Civil. No tendría mucho sentido excluir a estos supuestos

de los grandes sistemas de responsabilidad civil previstos en el Código Civil, incluso si se trata de la abstracción de intereses colectivos tutelados por el ordenamiento jurídico nacional. El por qué concierne de algunos casos sobre reparación por daños ambientales tendría que interpretarse que el “víctima” —la víctima— puede ser tanto el agraviado individualizable como la colectividad y que el deber de “reparación” o “reparación” se aplica tanto si el agraviado es individualizable como si no lo es.

- b) Diferenciar los sistemas de responsabilidad.— El legislador al haberse referido en materia de existencia de ciertos casos de responsabilidad civil donde pudieran verse afectados intereses colectivos, pero no habría sido de manera que estos quedaran regulados por los sistemas de responsabilidad civil extracontractual recogidos en el Código Civil. Se entendería habría sido que estos casos especiales de responsabilidad civil fueron regulados por leyes especiales. Fruto de una tesis sería que el Acuerpo de la Sección relativa a la responsabilidad civil extracontractual del actual Código Civil elaborado por el doctor Fernando de Trazunaga no ha tomado en cuenta en la formulación definitiva de la redacción actual. El Acuerpo de la Sección relativa a diversos casos de responsabilidad colectiva, como responsabilidad por productos defectuosos, daño industrial, etc. Si esta tesis es correcta, tendría que considerarse que dichos sistemas se aplican únicamente a los casos de responsabilidad civil donde se afecta algún interés individual, por ejemplo el patrimonio o la integridad física o moral de la persona. No se regiría por estos sistemas los casos de responsabilidad civil extracontractual especiales, en los cuales es el interés común, colectivo o difuso el que resulta afectado. Para el caso de los daños ambientales, la norma especial sería dada por el artículo 1, numeral b) del Código del Medio Ambiente que conlleva un sistema de responsabilidad colectiva objetivo para el comunidades.

Después de este planteamiento puede considerarse importante generar una discusión que a su vez facilite la generación de iniciativas legislativas orientadas a resolver estas dudas.

Para ahora analizar los aspectos sustantivos o excluyentes de responsabilidad, que nos conducen a un nuevo problema, a mi juicio derivado del trato equivocado que el Código Civil concede a ambos sistemas de responsabilidad civil, el aquilano y el del riesgo creado.

Para ambos sistemas no hay responsabilidad en: i) el ejercicio regular de un derecho; ii) legítima defensa; iii) daño a bienes por estado de necesidad. No llega a comprender cómo la circunstancia de ejercer regularmente un derecho puede constituir una causal de exoneración de responsabilidad en el sistema de responsabilidad por riesgo creado, si bien, precisamente por hacer abstractiva del elemento subjetivo de la culpa, asigna el peso económico del daño a quien introdujo el riesgo o peligro de que éste se produzca, lo que resulta irrelevante si el agente se encuentra o no ejerciendo regularmente un derecho. Lo significativo es que creó el riesgo o peligro. Eso debería ser el único factor de conexión para asignarle responsabilidad.

Para comprender la dimensión del absurdo, basta con tener presente que quien ejerce regularmente un derecho no actúa ilícitamente, vale decir, su conducta no es antijurídica. Por lo tanto, para que exista responsabilidad civil por riesgo es preciso, en el entendimiento jurídico peruano, que exista un conducta antijurídica. Y si se supone que el titular del riesgo siempre podrá probar que su conducta no fue antijurídica pues actuó con la debida prudencia y diligencia, vale decir, no actuó con dolo o culpa, resulta que pues que existe responsabilidad por riesgo en el Código Civil sin necesidad de requisitos de antijuridicidad y culpa. En caso contrario, no habrá responsabilidad. Mi pregunta entonces qué diferencia existe entre la responsabilidad civil por riesgo creado y la acción subjetiva de la culpa, si ambos sistemas exigen los elementos de la antijuridicidad o responsabilidad del acto de hecho para que exista el deber de indemnizar.

Esta objeción de escape, vigente aún, ha demostrado que el sistema de responsabilidad por riesgo creado no necesariamente disminuido, reservado a riesgos o peligros ilícitos para los cuales no es necesario tener un sistema especial de responsabilidad civil, pues bien pueden quedar comprendidos, como en efecto lo están, dentro del sistema de

responsabilidad civil aquilana. ¿Qué sentido tiene tratar en este sistema, si no es capaz de aportar nada que no se encuentre ya dentro del sistema de aplicación del sistema subjetivo, en el cual la antijuridicidad y la culpabilidad son dos caras de la misma moneda?

Esta reflexión conduce inevitablemente a la peligrosa conclusión de que el sistema de responsabilidad por riesgo creado recogido por el Código Civil no es más que una construcción legal ficticia por voluntad del legislador, que en el mejor de los casos ha introducido, para el intérprete incauto, un deber de prudencia y diligencia entendido como el cargo del titular de un bien riesgoso o del titular de una actividad riesgosa, en consonancia con el deber ordinario apreciable en los demás casos.

Tampoco hay responsabilidad en los sistemas subjetivo y del riesgo cuando el daño es consecuencia de un estado de necesidad. El inciso II del artículo 1971 del Código Civil señala al respecto que no hay responsabilidad "en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que se excede lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya menor diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro". Desde el punto de vista ético y moral, considero un acierto que la legislación considere lícito el daño que se produce por estado de necesidad, pero no encuentro nada extraño por lo cual dicho daño no deba ser indemnizado. Lo que en realidad ocurre dentro de esta figura es que una persona, mediante una maniobra, trata de su propia sobrevivencia a un tercero. Es lógico considerar lícito tal maniobra si el bien que pretende proteger el autor del daño con ésta es superior al bien que afecta con su maniobra. Por ejemplo, le está permitido a una persona salvar el patrimonio de un tercero para conjurar un peligro inminente a su vida. La vida es más importante que el patrimonio. Pero es injusto que el autor de la maniobra no repare el daño que ha causado, como si sucede en el artículo 959 del Código Civil relativo a los actos que realiza el vecino sobre predios de terreno para evitar o conjurar un daño en su propiedad.

El Código Civil también se ocupa de excluir del sistema de responsabilidad por riesgo aquellas casos en que el daño es consecuencia del caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de riesgo o la imprudencia de quien padeció el daño. Se hace el precepto que lo establece (artículo 1972) así referido únicamente a la responsabilidad por riesgo regulada en el artículo 1970 del Código Civil. No obstante se opone que todos los supuestos de exclusión de responsabilidad previstos en el mismo son inherentes al sistema de la responsabilidad civil basado en la culpa. En efecto, en los casos del agente cuando el daño es consecuencia del caso fortuito o la fuerza mayor, de hecho determinante de riesgo o de la imprudencia de quien padeció el daño. Pero nuevamente me pregunto, ¿qué relevancia tiene todo ello en el marco de un sistema de responsabilidad civil que se basa en el riesgo creado, sistema en el cual la culpa del agente es un dato irrelevante?

Para ser exactos, como consecuencia al artículo 1972 del Código Civil sería preciso interpretar que éste no se refiere a supuestos de exclusión de responsabilidad por falta de culpa sino a supuestos de exclusión de responsabilidad por falta de causalidad adecuada entre el hecho y el daño. Recordemos que el artículo 1965 del mismo cuerpo legal establece que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido para dar lugar a la obligación de reparar. El nexo causal es un requisito común y necesario tanto para el sistema de responsabilidad civil basado en la culpa como para el sistema de responsabilidad civil basado en el riesgo creado. Así las cosas, no existiría en ninguno de los dos sistemas nexo causal si el daño es consecuencia de hecho determinante de riesgo o de la imprudencia de quien padeció el daño. Esta lectura consolidaría, por lo tanto parcialmente, la relevancia del artículo 1970 del Código Civil.

Pero lo expuesto no responde con la claridad deseada a las dudas por las cuales en el sistema de responsabilidad basado en el riesgo creado el autor no está obligado a la reparación cuando el daño es consecuencia del caso fortuito o la fuerza mayor. Si un propietario de todo y piedad es el que causa el daño, destruyendo todos los cultivos de un valle, entiendo perfectamente que no tiene objeto hacer

ser responsable. El daño, en este caso, es producto de la adversidad. Pero si el mismo ayal encuentra en su camino una cascada de rocas mal ubicada, originada en desbaste y multiplicando los daños, no encuentro razón por la cual el dueño o responsable de la mencionada cancha de nieve no deba responder por los daños que le ocasionen. Y menos razón encuentro con un esquema de responsabilidad al titular del riesgo, si como consecuencia de un hecho fortuito se produce un daño derivado del riesgo o peligro por él introducido. En estos ejemplos cabe preguntarse si existe realmente un nexo causal entre el riesgo o peligro y el daño producido, o por el contrario, tal nexo causal es atribuible al hecho fortuito, y por consiguiente, es natural recurrir de responsabilidad al titular del riesgo.

Aun más, cabe preguntarse si el artículo 1972 del Código Civil se refiere a todo supuesto de caso fortuito o sólo a aquel que se refiere a la cosa riesgosa o peligrosa o a la actividad riesgosa o peligrosa. Soy del parecer que la interpretación del artículo 1972 del Código Civil debería ser restrictiva, por lo menos a una respecto, en el sentido de que sólo constituiría causal de exclusión de responsabilidad para el titular del riesgo, el caso fortuito referido al riesgo o peligro, pues en tal supuesto tendría cierto sentido afirmar que no existe una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño. Pero sería una verdadera desvirtuación del sistema de responsabilidad civil por riesgo creado el considerar que todo supuesto de caso fortuito, singular o general, exime de responsabilidad al titular del riesgo o peligro, pues en ese supuesto, se anularía nuevamente toda la eficacia de este sistema de responsabilidad civil. Y éste quedaría subsumido en el sistema de responsabilidad regulado en el artículo 1969 del Código Civil.

### 1.9. LEGITIMIDAD NECESARIA PARA PROMOVER UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL

Para lograr una reparación civil por daños ambientales es preciso recurrir a los tribunales, circunstancias que conducen a la pregunta sobre qué personas están habilitadas para plantear la demanda.



La cuestión era resuelta de manera seguida e invariable por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, según el cual, "para ejercitar o consumar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral sustenta la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley". De acuerdo a este precepto, sólo quien fuera titular de un interés individual afectado como consecuencia de un daño ambiental podría llevar el caso a los tribunales, en procura de una reparación.

Como se observa, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil no concede acción para la defensa de intereses difusos. En respuesta a esta deficiencia legal, el Código del Medio Ambiente dispone en el artículo III de su Título Preliminar que "toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante los jueces en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. Se puede interponer acciones, aun en los casos en que no se ofenda el interés económico del demandante o demandado. El interés moral sustenta la acción aun cuando no se refiere directamente al agente o a su familia". El caso cuando entre las grandes empresas por esta norma llevó al Gobierno a emitir en el Decreto Legislativo Nº 757, Ley Nueva para el Crecimiento de la Inversión Privada, una disposición legal destinada a desvirtuar la inoposición de acciones legales basadas en el artículo III. En efecto, la Décimo Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 757 dispone que "quien inicie una acción ante el Poder Judicial al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Decreto Legislativo Nº 610 que sea desestimada, será responsable por los daños y perjuicios que hubiera causado". Para a esta medida, el artículo III continúa vigente.

Es justo reconocer que desde la promulgación del Código del Medio Ambiente, el ordenamiento jurídico nacional no sólo reconoce el derecho sustantivo de toda persona de gozar de un medio ambiente saludable, sino el interés de toda persona de defenderlo.

¿Qué significa tener legítimo interés en defender el ambiente? Significa a mi juicio reconocer la dimensión individual de un derecho colectivo. La protección del medio ambiente interesa a la sociedad en-

tera, en la medida que contar con un entorno adecuado para el desarrollo de la vida es una condición para la viabilidad de la humanidad. Pero, ¿quién tiene la representación de la sociedad para defender el medio ambiente? O mejor dicho, ¿quién tiene la representación del interés colectivo para sus propósitos? El artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente responde que cada persona lo tiene, porque lo que es de interés para todos, es de interés para cada uno. El ambiente pasa así de ser *res nullius* —cosa de nadie— a ser *res communis*, cosa de todos. Y así como el artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente establece que todos tienen el deber de conservar el ambiente, el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente reconoce que todos tienen legítimo interés en el cumplimiento de ese deber.

Tener legítimo interés no constituye el único requisito para ejercitar o consumar una acción. Adicionalmente, es preciso tener legitimidad para obrar. Decisivamente, se reconoce que existe legitimidad para obrar cuando las partes en la relación jurídica procesal son las mismas que en la relación jurídica sustantiva y, por consiguiente, la relación jurídica procesal se encuentra bien constituida. Si el Código del Medio Ambiente ha reconocido que toda persona tiene legítimo interés para ejercitar o consumar una acción en defensa del medio ambiente, sería lógico suponer que una persona también está legitimada para obrar, para siempre que intervenga en juicio con sus propios recursos representando los intereses de la sociedad así como sus propios intereses en cuanto parte constitutiva de esa sociedad. No nos, sin embargo, creemos trata el asunto de la legitimidad para obrar el Código Procesal Civil.

El artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que "el proceso se promueve sólo a instancia de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar". Agrega que "no requiere intervención el Ministerio Público, el Procurador Obrero ni quien defiende intereses difusos". Como se advierte, este precepto consagra una suerte de prerrogativa legal hecha en el sentido de que toda persona que inicie un proceso o participe en él en defensa de intereses difusos está legitimada para

objetos. La disposición legal expresa el valor de la necesidad de tutelar el interés y legitimidad para obrar, lo que en otros términos equivale a decir que estos requisitos se presumen satisfechos. Por lo tanto, debe concluirse que toda persona que inicia una acción legal o participa en ella en defensa del medio ambiente se encuentra legitimada para hacerlo.

No obstante, el Código Procesal Civil ha dispuesto con una mano lo que hace con la otra. El artículo 82 de dicho cuerpo legal limita y hasta contradice su presunción respecto al fin de legitimidad para obrar en defensa de intereses difusos al establecer que pueden promover o intervenir en el patrimonio de intereses difusos el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el estatuto del juez estén legitimadas para ello. Y pese que no exista duda al respecto, precisa que interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial: medio ambiente, valores culturales o históricos o derechos del consumidor. En otras palabras, no toda persona puede obrar en defensa del medio ambiente, ya que este derecho es sólo reservado por el artículo 82 a las asociaciones sin fines de lucro y el Ministerio Público.

Esto constituye a su vez una absurda desnaturalización del legítimo interés para obrar consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente. En efecto, por un lado, la legislación reconoce que toda persona tiene legítimo interés para obrar en defensa del medio ambiente, pero luego le niega el derecho de participar en los procesos judiciales para propiciar su defensa en intereses difusos. Lo sorprendente es que la contradicción creada del propio Código Procesal Civil, habida cuenta que el artículo IV de su Título Preliminar dispone una cosa y su artículo 82 dispone otra. Esta es un asunto que sin duda merece una reforma legal. Cuanto es que cualquier iniciativa legislativa relativa a este tema se encuentre consagrada en el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Adicionalmente, considero que aun podría existir otro obstáculo para que las asociaciones o el Ministerio Público promuevan acciones de amparo por daños causados al ambiente. Tal obstáculo se deriva del problema práctico-concreto a la titularidad para cubrir la indemnización. Debe recordarse que las acciones judiciales promovidas por el Ministerio Público o asociaciones sin fines de lucro al amparo del artículo 82 del Código Civil, tienen por objeto la defensa de intereses difusos, no la defensa de intereses individuales o particulares. Por lo tanto, si el propósito de alguna de estas acciones fuera obtener una reparación por daños causados al ambiente, el mismo indemnizatorio que se ordenará pagar no pertenecería ni al Ministerio Público ni a las asociaciones sin fines de lucro. Pertenecería a la sociedad.

Esto podría generar confusiones que al juez se niegue a admitir una demanda de reparación por daños ambientales alegando que la asociación sin fines de lucro o el Ministerio Público poseen legitimidad para obrar en defensa de intereses difusos, pero no para cubrir la reparación civil en nombre de la sociedad. Faltaría, por consiguiente, un elemento adictorial para determinar correctamente la relación jurídica procesal en este punto.

Este obstáculo de cuenta de otro problema no resuelto por la legislación nacional, a saber, quién puede cubrir la reparación, quién debe ser el destinatario final de la misma y cómo debe ser ésta aplicada. Las soluciones a estas interrogantes pueden ser diversas pero ninguna de ellas se encuentra establecida legislativamente.

Entre las soluciones están la de designar a algún fondo para la restauración del ambiente como destinatario final de la reparación que se ordena pagar, por ejemplo PROFONANTE. Alternativamente, se podría atribuir este derecho al Municipio Distrital o Provincial del lugar donde se producen los daños, con el objeto de encargarse los recursos financieros necesarios para reparar los perjuicios o compensarlos con otras prestaciones a favor de la población y su calidad de vida. Existen, por tanto, varias alternativas no necesariamente excluyentes, pero que en cualquier caso tendrían que ser objeto de una legislación especial sobre la materia.

Entre otras, piensa que toda demanda interpuesta por una asociación civil sin fines de lucro o el Ministerio Público cuyo propósito sea lograr una reparación por daños ambientales resultará que dejar planteado en la propia demanda cuál sería el destino final de los fondos y la forma en la cual estos serían aplicados. Quizá con esta presión, el buen juicio de algunos jueces permitiría llevar adelante este tipo de procesos judiciales.

### 1.10. TIPOS DE DAÑOS QUE PUEDEN SER INDEMNIZADOS

El artículo 1985 del Código Civil dispone que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. Son indemnizables de este modo sólo los daños que cumplen este requisito.

En el ordenamiento jurídico peruano, el nexo causal entre el hecho y el daño no se presume. La prueba del mismo es de carga de la víctima. No serían reparables entonces aquellos daños que tuvieran como causa probable algún hecho, pero la probabilidad de que tal hecho sea la causa del daño no es prueba de que realmente lo sea.

La relación adoptada al respecto por el Código Civil convalida las leyes que sustentan al principio precautorio recogido en el artículo 15 de la Declaración de Río y en el inciso f) del artículo 8 del Decreto Supremo N° 049-97-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM). De acuerdo a este último precepto, la política nacional ambiental se sustenta en "la aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como excusa para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente". De la concordancia entre el principio precautorio y el artículo 1985 del Código Civil resulta que la falta de certeza absoluta sobre el nexo causal entre un hecho y un daño no libera al agente del deber de adoptar las medidas de prevención necesarias, pero sí lo libera de la reparación si el daño es producido.

Con el objeto de lograr una efectiva aplicación del principio precautorio, algunos países han adoptado el sistema de responsabilidad civil extrac contractual por riesgo integral, mediante el cual se rigiere algunas actividades extraordinariamente riesgosas o capaces de producir daños muy graves e inevitables. Este sistema presume el nexo causal entre el bien u actividad riesgosa y los posibles daños. Por lo tanto, la carga de la prueba en comercio corresponde al agente. En el Perú, el principio precautorio se encuentra reconocido legalmente pero su aplicación todavía no está reflejada en los sistemas de responsabilidad civil previstos en el Código Civil.

Otra rama de relevancia radica en determinar qué debe entenderse por relación de causalidad adecuada, o mejor dicho, hasta dónde la causalidad es adecuada para generar el deber de reparar. Muchas veces sucede en materia de daños ambientales que unos daños son consecuencia de otros, por lo que respecto del hecho generador, unos daños son directos y otros indirectos. También existen situaciones en las que el daño es continuado, vale decir, persiste en el tiempo, y en ocasiones se va agravando, y hasta puede alcanzar la condición de irreversible. Un ejemplo es la contaminación que afecta de manera permanente un elemento del ecosistema esencial al funcionamiento del mismo, y que se prolonga en el tiempo hasta ser absorbido por completo y modificado por lo tanto de manera definitiva los procesos biológicos del ecosistema.

Existen también los daños latentes: aquellos que no se ha producido aún, pero que van a producirse más adelante. En ocasiones se demuestran daños latentes o ciertos daños actuales que no son inmediatamente advertidos, pero sus efectos se manifiestan con posterioridad al hecho dador.

La situación de los daños ambientales puede ser aun más compleja cuando existen varios agentes que contribuyen a causar el daño, pero ninguno de ellos puede ser reconocido como la causa eficiente del mismo. Esto sucede cuando varias empresas mineras contaminan el mismo río. Bien puede suceder que cada una de ellas, individualmente considerada, se encuentre cumpliendo con los límites máximos permisibles establecidos por la legislación, pero la contaminación

producida por todos ellos, en conjunto, excede los estándares de imputación que la legislación describe para ser así en función de sus actos. En el mismo ejemplo, puede ocurrir que algunas empresas se encuentren cumpliendo con los límites máximos permisibles y otras no, pero aun así determinarse que no se habría producido el daño sin el concurso de todos ellos. La circunstancia de que algunas se hubieran encontrado ejerciendo regularmente un derecho las exoneraría de responsabilidad, en tanto que las otras serían responsables por su conducta antipolítica, pero siempre podrían oponer en su defensa que no existe una relación de causalidad adecuada entre sus propios hechos y el resultado, toda vez que para producir el mismo concurrencian otras causas, resultando inepto atribuirles el resultado.

El problema de las concurrencias no es necesariamente resuelto por el Código Civil. Aunque su artículo 1983 establece la obligación a una respuesta solidaria cuando un daño tiene varios responsables, tal regla se aplica en la medida en que sean realmente responsables. Los que actúan en el ejercicio regular de un derecho no son responsables y los que no lo hicieron pueden liberarse de responsabilidad alegando que no existe una relación de causalidad adecuada entre su hecho y el resultado.

La "causalidad adecuada" utilizada por el artículo 1985 del Código Civil no resuelve ninguno de los problemas planteados. Queda a criterio del juez decidir si existe causalidad adecuada entre el hecho generador del daño y los daños indirectos, y establecer si una relación causal es aplicable respecto de los daños futuros. Queda a su juicio resolver si esa causalidad adecuada existe y en qué grado cuando varios concurren en la producción del daño. Y queda igualmente a su criterio determinar si la causalidad adecuada se resuelve únicamente en bases objetivas o también son aplicables consideraciones subjetivas. Así, un juez podría considerar que la relación de causalidad adecuada sólo existe respecto de los daños previsibles y entonces todos los daños imprevisibles quedarían sin repercusión. Este temperamento resultaría sólo válido en el sistema de la responsabilidad civil por riesgo creado, toda vez que la doctrina del riesgo o peligro se centra en la

previsibilidad del daño, por lo cual parece, prima facie, justo atribuir al titular del riesgo o peligro únicamente responsabilidad por los daños o perjuicios previsibles.

En materia de responsabilidad derivada de la inobservación de obligaciones, el Código Civil introduce ciertas precisiones relativas a la extensión de la responsabilidad del obligado que están acordes en la esencia relativa a la responsabilidad civil extrac contractual. Por ejemplo, el artículo 1121 del Código Civil dispone que "el resarcimiento por la inobservancia de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o deficiente, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inobservancia". Sin embargo, agrega el precepto que "si la inobservación o el cumplimiento parcial, tardío o deficiente obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que pueda probarse al tiempo en que ella fue cometida". En ningún caso, el deber responde por consecuencias remotas o indirectas de su inobservación, y más aun, si actuó con culpa leve su responsabilidad se reduce a aquellas circunstancias que pudieran provenir al tiempo en que la obligación fue cometida. Cabe preguntarse hasta qué punto es viable modular con criterios a la evaluación del nexo causal en la responsabilidad civil extrac contractual, pues con este procedimiento posiblemente estaríamos sometiendo a parámetros rígidos un sistema que, por el contrario, ha querido reconocer cierta elasticidad, confiriendo al juez la facultad de decidir, de acuerdo a su buen juicio y criterio, hasta dónde la causalidad puede ser adecuada.

La respuesta puede resultar de gran relevancia en materia de daños ambientales, y en particular, respecto de aquellos deberes previstos en los Estudios de Impacto Ambiental elaborados con motivo del inicio de una actividad riesgosa o peligrosa. Sobre esto, debe tenerse presente que las directivas, pautas y posturas vigentes para elaborar Estudios de Impacto Ambiental obligan a considerar en los mismos los diferentes impactos adversos y positivos, directos e indirectos de la actividad riesgosa o peligrosa. Estos incluyen sus efectos sobre el ambiente físico (aire, agua, tierra, recursos), el ambiente biológico (ecosistemas terrestres, marinos y acuáticos, entre otros) y el am-

bienes incoercibles (aire de la tierra, ríos, lagos, educarctos, ingresos y características de la población; características de seguridad y salud poblacional, patrones de actividad humana y uso y tenencia de la tierra, instituciones y servicios, actividades económicas y valores y actitudes de la comunidad). Otro punto es el ambiente de interés humano (recursos arqueológicos, lugares históricos y áreas naturales protegidas, además de lagos de interés científico y turístico, características de paisaje natural, características estéticas y patrimonio cultural). De todo esto se puede desprender que existiría una relación de causalidad adecuada entre los hechos generadores del daño y los daños resultantes, en consideración a que los segundos fueron previsibles conforme a los Estudios de Impacto Ambiental correspondientes.

Habríamos utilizado antes en este trabajo el ejemplo de la construcción de una carretera en la Amazonía. Una obra de esta naturaleza podría ocasionar daños poco significativos en el ecosistema, pero involuntariamente construiría la «vía para la colonización de un ecosistema frágil que el país le resulta considerablemente valioso. A su vez, significaría también la vía para un intercambio cultural entre culturas y comunidades nativas, que la experiencia ha demostrado ser altamente perjudicial para dichas comunidades e incluso para sus costumbres, identidad cultural e inclusive sus medios ancestrales de supervivencia. En otras palabras, se producirían graves daños indeseados, tal vez ellos previsibles y además, evitables. Si el país no encuentra en estos daños una causalidad adecuada, pero a través de efectos indirectos de una actividad riesgosa o peligrosa, de nada habría servido haber exigido en la legislación que tales presiones fueran consideradas y tomadas en cuenta en el respectivo Estudio de Impacto Ambiental. Las exigencias legales imponen al riesgo de la actividad para adoptar medidas de prevención y mitigación según igualmente ocurre.

En otro tema de importancia, el artículo 1965 del Código Civil se refiere sobre las consecuencias del daño indemnizable. El artículo establece que son indemnizables las consecuencias derivadas de la acción o comisión generadora del daño o incluso al hecho concreto, al daño a la persona y al daño moral.

## EL RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑO AMBIENTAL

Por Jorge Davis O.

### 2.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LOS PROCESOS JUDICIALES

Nuestro ordenamiento jurídico contempla diferentes modalidades para regular la relación entre los procesos administrativo y judicial en los casos de daño al ambiente.

La Ley N° 26631 del 21 de junio de 1996 dispone que los fiscales podrán formular denuncias por la comisión de los delitos previstos "además de la acción penal" del Código Penal solo si cuentan previamente con una opinión escrita de las entidades sectoriales competentes acerca de la existencia o no de la infracción ambiental<sup>1</sup>. Este requisito busca dotar a los fiscales de los elementos técnicos indispensables para determinar la posible comisión de los delitos investigados. Se entiende que los informes de los organismos especializados proporcionarían un sustento específico.

La regla no es del todo estricta y nuestro ordenamiento jurídico y así mismo también en otras actividades en que existen entidades administrativas especializadas. Las áreas de protección a la libre competencia y la administración tributaria son ejemplos relevantes, con la atenta influencia del INDECOPI y la SUNAT<sup>2</sup>. También en es-

1. De acuerdo al primer párrafo del artículo XI del Decreto Legislativo N° 1017, según texto modificado por la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 10794, dichos requisitos son "... los elementos o los reportes fiscalizatorios, según sea el caso, de las entidades correspondientes a las actividades que desarrollan las empresas.", lo que a decir de la Primera Disposición Complementaria del mismo texto legal son los reportes que determinan los niveles aceptables de contaminación por cada empresa "... cuando se cometiere la degradación ambiental".

2. Artículo 32 del Decreto Ley N° 18121 "Ley sobre Regímenes de la Competencia Comercial". Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 812 "Ley sobre el Derecho de Autor". Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 821 "Ley de Propiedad Industrial" artículo 7 del Decreto Legislativo N° 813 "Ley Penal Tributaria".

en caso el legislador ha considerado convenientes condicionar el inicio o la continuidad de los procesos penales al previo pronunciamiento de estas entidades. El propósito es siempre asegurar en este campo un tratamiento justo en temas complejos de un análisis especializado.

La Ley N.º 26631 ha previsto el rumbo a seguir cuando existan dos o más entidades sectoriales competentes y se reúnan en consecuencia informes discrepantes sobre un mismo caso. El artículo 1 señala que en esas circunstancias los fiscales deberán reportar la opinión drástica del Consejo Nacional del Medio Ambiente - CONAM<sup>1</sup> apelando a su condición de última instancia administrativa.

En opinión del profesor de derecho penal Carlos Carró: "La exigencia del informe constituye una condición procesal, es decir un presupuesto procesal delictivo legislativo que debe cumplirse antes de ejercer la acción penal, de modo que su incumplimiento da lugar a la procedencia de una cuestión penal (...), que incluso puede declararse de oficio por el juez, tratándose como sucede la declaración de nulidad de todo lo actuado en sede judicial".<sup>2</sup>

La Ley N.º 26631 no establece criterios específicos para el contenido de los informes sectoriales a que deberán recurrir los fiscales y jueces. Entendiéndose sin embargo que las entidades consultadas deben fundar su opinión en las normas sobre límites máximos permisibles para determinar si existe o no contaminación. La Ley, por otro lado, no dice nada acerca del responsable del curso de los informes. En su

<sup>1</sup> Competencia desarrollada por los artículos 34 y 34 del Reglamento de Organización y Funciones del CONAM, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 24497-PCM, publicado el 24-10-92.

<sup>2</sup> Ver su trabajo titulado "La intervención de la Administración en los Delitos Ambientales", publicado en el Diario Oficial El Peruano los días 21 y 22 de julio de 1992, en las páginas 861 y 867. El autor considera que la referencia "condición procesal" establecida por el artículo 1 de la Ley N.º 26412 se explica por la dificultad de los fiscales y jueces "de conocer y definir el mismo delito ambiental aplicado a los delitos contra el entorno". Deben señalar que los principios que regulan los delitos ambientales en el Código Penal constituyen realmente "normas en blanco" respecto del contenido de los informes administrativos responsables por la correcta interpretación de las disposiciones ambientales que conforman el supuesto tipo penal ambiental. No obstante el autor se muestra crítico de esa postura.

opinión resulta obvio que ni el Ministerio Público ni el Poder Judicial deben ser cargados con los gastos de realización de los mismos. Probablemente debe evaluarse acerca de la conveniencia de transferir el costo al denunciante o al posible infractor, si bien esta disposición podría dilatar infortunadamente la elaboración de los informes. Aceptado esto, ciertamente se necesitaría de una norma expresa que ordene dicho pago.

La relación entre procedimientos administrativos y procesos judiciales en el derecho ambiental tiene otra parte importante en la posibilidad de acciones múltiples para un mismo comportamiento infractor. No son improbables aquellos casos en que una determinada conducta puede ser objeto de sanción por la entidad administrativa sectorial competente y paralela penalmente a su vez, incluso el Código del Medio Ambiente - Capítulo de las Sanciones Administrativas, artículo 117 - dispone expresamente que "la responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse de los mismos hechos". Así, la responsabilidad administrativa de aquellos que infringen normas ambientales no afecta ni disminuye en manera alguna la posible responsabilidad civil o penal.

Conviene hacer presente que una ordenamiento jurídico, singularmente el español, usa del principio del non bis in idem para evitar la aplicación simultánea de sanciones administrativas y penales. En tales casos, se establece que el procedimiento administrativo deberá suspenderse cuando se ha dado inicio a un proceso penal por los mismos hechos, de modo de evitar la duplicidad de sanciones. Así, una sentencia penal desfavorable significará que el infractor no podrá ser procesado administrativamente. La sanción administrativa tampoco procederá si los jueces eximen de responsabilidad penal al procesado porque en este caso resulta judicialmente comprobada su inocencia.

<sup>3</sup> Decreto Legislativo N.º 613 del Código de Medio Ambiente y las Recursos Naturales. Véase al caso con Antonio Domínguez Vila ("Competencia y Derechos Sancionador Administrativo"), Marcial Pons, Madrid, 1997, Pg. 237. Y José Gabriel Urbónaga ("La Aplicación de los Delitos - Comisión Constitucional de la Presonal y el Procedimiento Administrativo Sancionador", Tirran, Madrid, 1999, Pg. 149) y

En nuestro país, sin embargo, la mayoría de las normas sectoriales que contemplan sanciones administrativas establecen su aplicación sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran producirse sobre el infractor. No existe en nuestro ordenamiento jurídico alguno para aplicar los dos tipos de sanciones cuando un comportamiento encuaja en los delitos previstos por la normativa penal y administrativa. Incluso la existencia de responsabilidad penal no impide que el procedido pueda ser sancionado administrativamente, ya que a nuestro juicio la configuración de las infracciones previstas por el ordenamiento administrativo conforma un tipo independiente de la tipificación penal de los delitos. Consideramos erróneo que un comportamiento inaplicable en el campo penal, por no encuajar en el tipo penal o no cumplir las condiciones de punibilidad previstas por el Código Penal, pueda sin embargo estar sujeto a sanción administrativa en caso de cometer una infracción en la legislación ambiental dictada por los organismos sectoriales correspondientes.

Es conveniente aclarar que nuestra postura no implica defender sentencias administrativas absolutamente contradictorias respecto a hechos declarados por el Poder Judicial, sino más bien, señalar que la autoridad sectorial en ningún caso está impedida de hacer una distinta calificación jurídica de los hechos ambientales administrativos.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Entre otras, artículo 190 del Código Tributario aprobado por Decreto Legislativo N° 816, según artículo del artículo 96 de la Ley N° 26702, "Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Organismo de Regulación y Supervisión de la Banca y Seguros", artículo 147 del Decreto Legislativo N° 861, "Ley del Mercado de Valores", artículo 19 del Decreto Legislativo N° 716, "Ley de Promoción al Consumidor", artículo 240 del Decreto Legislativo N° 821, "Ley de Seguridad Industrial", etc.

<sup>7</sup> El Anteproyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos preparado por el Ministerio de Justicia establece en el numeral 2 del artículo 19 que en el procedimiento administrativo para la aplicación de sanciones los entes administrativos están facultados por los hechos declarados probados por mediación judicial firme.

<sup>8</sup> Clemente Berrospi y el cónsul Juan José González Baras, "Las Sanciones Administrativas en la Organización Constitucional", *Administración* N° 1871-17 de julio, 1994, Madrid, Pg. 403.

En lo relativo a aquellas conductas que sanción conjuntamente las competencias de distintos entes administrativos, la legislación nacional de hecho no ha explicitado ningún mecanismo ordenado. El Anteproyecto de la nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos preparado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial N° 271-98-RUS de 22 de setiembre de 1997, ha querido corregir una situación estableciendo en su artículo 190 un listado de principios específicos para el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los entes administrativos. El numeral 6) excluye el principio denominado "Concurso de infracciones", según el cual "cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan coexistir las demás responsabilidades que establezcan las leyes".

En nuestra opinión, la configuración y operatividad de las infracciones administrativas es independiente de los delitos penales ambientales. No sucede necesariamente lo mismo a la inversa, porque los tipos penales previstos en el Código Penal requieren por lo general que se cumpla un artículo de acuerdo a la normativa administrativa ambiental. En el Perú, los delitos contemplados por el Código Penal corresponden a la rama legislativa de la "ley penal en blanco", que a decir del profesor Carlos Cruz es "aquella que se remite, a fin de cumplir la descripción típica, a una fuente jurídica, que puede ser una ley penal, leyes de otras ramas del ordenamiento jurídico o normas reglamentarias de nivel inferior".<sup>9</sup>

La diferencia entre delito administrativo y delito ambiental depende, en gran medida, de la opción adoptada por el legislador para reprimir una determinada conducta considerada atentatoria contra

<sup>9</sup> Véase Cruz "La Promoción Penal del Ambiente", *Revista Jurídica y Legal* (Lima), 1995, Pg. 127. Desde una perspectiva opuesta se puede ver en el trabajo de Elías María Gallardo ("Factores como el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la Promoción del Medio Ambiente"), publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo* (CITAS), N° 81, Madrid, 1995, pp. 385 y en La misma revista que la promoción penal del ambiente se debe que también "se funda en la misma naturaleza de las leyes penales en blanco".

bienes jurídicos intermedios de tutela. El principio penal "de máxima intervención" aconsejaba al legislador reservar el tratamiento penal sólo para los delitos de mayor gravedad o con efectos especialmente graves. Probablemente por dicha causa existe en el derecho ambiental una fuerte tendencia a apoyar la vigencia de las sanciones administrativas en una campo, donde la intervención de la administración es activa por razones de regulación o fiscalización. Se estima que así se cumplen las siguientes ventajas:

- Las sanciones son aplicadas por entidades administrativas más cercanas a la producción de los hechos y con mayor conocimiento técnico sobre la materia que el Poder Judicial.
- Se acepta la más importante objetivo de las infracciones administrativas es imponer el grado de dolo o culpabilidad del infractor.
- Se puede recurrir directamente a los procesos judiciales, que son interpretados hasta la letra en el derecho penal, donde sólo se admite la responsabilidad de las personas físicas.
- Se abre la posibilidad de que las sanciones administrativas constituyan la responsabilidad de las infracciones a los deberes, obligaciones o deberes de las personas jurídicas infractoras.

## 2.2. LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En nuestro derecho se acepta pacíficamente que toda persona tiene la potestad de formular denuncias por infracciones administrativas ambientales ante las autoridades sectoriales competentes.

Esta regla se desprende de una serie de normas presentes en la legislación ambiental. Podemos mencionar aquí el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente —específicamente referido a acciones "ante la justicia"— y al artículo 10 del Reglamento de Protección Ambiental para el desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI. Otras normas son el artículo 45 del

Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas aprobado mediante Decreto Supremo N° 29-94-EM y el artículo 11 del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos —Decreto Supremo N° 046-93-EM— que expresamente atribuye legitimidad "a cualquier persona" para denunciar infracciones en su contra.

Las dificultades en esta zona surgen de una disposición administrativa que, desconociendo esencialmente una legitimación amplia para denunciar infracciones, en verdad condiciona este derecho a la presentación de informes técnicos sustentados. En el caso del artículo 45 del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minería Metalúrgica (Decreto Supremo N° 016-93-EM) que establece como requisito que la denuncia sea presentada con el informe técnico de un auditor ambiental. De forma análoga ocurre, una vez emitido el descargo del denunciado, el artículo 11 del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, donde antes, facultó a la Dirección General de Hidrocarburos a requerir al denunciante la presentación de un "examen especial" que sólo puede ser efectuado por un auditor ambiental registrado en la misma Dirección.

A pesar de eso, se puede sostener que la regla general en el ordenamiento ambiental es que toda persona —y por ende cualquier grupo o colectivo de personas— puede formular denuncias de infracciones administrativas ante las autoridades sectoriales. Los Reglamentos para la Protección Ambiental en las Actividades Minería Metalúrgica y de Hidrocarburos hay que verlos como casos especiales, donde se debe evaluar si es necesario mantener la exigencia de respaldar las denuncias con informes técnicos tan altamente especializados.

A nuestro juicio, en esta discusión el asunto más importante es preguntarse si las denunciantes de infracciones ambientales adquieren la condición de parte en el respectivo procedimiento administrativo sancionador. El tema no es pacífico ni siquiera en la doctrina administrativa comparada. En España, por ejemplo, la jurisprudencia doctrinaria mayoritariamente le confiere la calidad de parte a los denun-



casos y los rasgos al derecho de intervenir en el procedimiento sancionador.

El profesor español Manuel Rebollo Páez<sup>10</sup> resume con claridad las representaciones tradicionales expresadas por quienes niegan legitimación o cualquier otro sujeto-derecho del proceso responsable de la infracción: 1) El denunciante no adquiere por el mero hecho de formular la denuncia la condición de interesado ni legitimación para recurrir; 2) el contenido y naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración no permite considerar que existe un derecho del particular a su ejecución ni un interés legítimo para la imposición de sanciones; 3) no es obligatorio para los órganos administrativos iniciar el procedimiento sancionador ni acordar la sanción, aun cuando se cumplan todos los requisitos exigidos para ello, por lo que ningún administrado puede imponerse el ejercicio de la potestad sancionadora.

Frente a una tesis, estas nociones de la doctrina administrativa española<sup>11</sup> han sostenido la necesidad de reconocer en algunos casos al denunciante la condición de titular de un interés legítimo en el procedimiento administrativo sancionador, dejándole libre para ejercer todos los poderes otorgados por la legislación procesal administrativa para la parte interesada: ser notificado, presentar pruebas e impugnar hechos de impugnación o hechos denunciados pidiendo cuenta las resoluciones administrativas en el procedimiento sancionador.

Los defensores de esta posición sostienen que así se evita una mayor cautela sobre los "intereses generales", donde los intereses comunes y parciales se ven estrechamente relacionados, y así se resalta también en el campo de los denunciados (sujetos colectivos y difusos). Actualmente en España, las nociones sobre deberes del denunciante

de<sup>12</sup> concuerdan un mayor protagonismo en el procedimiento administrativo sancionador a las representaciones defensoras de tales intereses.

En nuestro país no existe norma legal que asigne la condición de parte en el procedimiento administrativo sancionador a los denunciantes de infracciones ambientales.<sup>13</sup> Entiendo que en alguna circunstancia podría intentar invocarse el artículo 82 del Código Procesal Civil refiriendo al procedimiento de interposición de recursos, pero resulta difícil en trasladarlo al ámbito administrativo.

Las representaciones de la legislación ambiental respecto a las atribuciones del denunciante se centran a la necesidad de un mayor control de la potestad sancionadora de la administración<sup>14</sup> para revisar, en la práctica, toda participación activa al denunciante en el procedimiento administrativo sancionador.<sup>15</sup> La única excepción real contenida en el anteproyecto citado artículo 23 del Reglamento para la Protección Ambiental de las Actividades de Hidrocarburos. Esta asigna expresamente la calidad de parte al denunciante de las infracciones ambientales para recurrir a la Dirección General de Hidrocarburos la calidad de extractor del procedimiento administrativo sancionador, con facultad para exigir al denunciante pruebas consistentes en el informe de un analista ambiental.

<sup>10</sup> Manuel Rebollo Páez, op.cit., pp. 189 y 211.

<sup>11</sup> Tesis sostenida que en alguno de los procedimientos administrativos por el DGR-CDR se le reconoce al denunciante calidad de parte.

<sup>12</sup> Tesis sobre el cual he sido publicado algunos comentarios en "Nuevas nociones de la Potestad Sancionadora de la Administración", *ES EL VERDADERO* año 1995, pp. 199.

<sup>13</sup> El Anteproyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos preparado por la comisión encargada por el Ministerio de Justicia prevé en su artículo 105 el derecho de toda persona a formular denuncia sobre hechos constitutivos de infracciones penales, sin necesidad de acreditar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo. Sin embargo, la formulación de la denuncia en la única calidad de parte en procedimientos, ocurre sólo al constituirse el expediente del mismo (artículo 1 del artículo 105 y numeral 6 del artículo 105).

<sup>14</sup> En "Intereses y Obligaciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador", publicado en el colectivo "El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado" dirigido por Javier Santos Vázquez, Civitas, Madrid, 1973, pp. 274.

<sup>15</sup> En el caso de Manuel Rebollo Páez en el rubro citado en la nota anterior y de María Concepción Hernández en "La Potestad de Denunciar en el Procedimiento Administrativo Sancionador", *Revista Vasca de Administración Pública*, N.º 41, España, 1991, pp. 127.

### 3.3. NEJUDAZ DE OFICIO

En 1995 el plazo para declarar la nulidad de un acto administrativo en sede administrativa fue ampliado de seis meses a tres años. En ese período la administración tiene la potestad de revisar de oficio un acto administrativo considerado nulo. Se estableció expresamente además que cuando una plaza de administración sigue conservando la posibilidad de iniciar un proceso sancionatorio-administrativo contra su propio acto administrativo para que su nulidad sea declarada en sede judicial.<sup>16</sup> En esta materia la legislación nacional se muestra sin duda garantista y actúa en la tutela del ambiente respecto a actos administrativos donde se infringe la normativa correspondiente.

La nulidad de oficio de un acto administrativo inválido puede declararse inclusive respecto de aquellos actos ciertos o presuntos generados por el silencio administrativo positivo. Es necesario, sin embargo, que no se haya cumplido con los requisitos exigidos por las normas legales.

Tampoco ocurre dudas acerca de la calificación del tema ambiental como tema de interés público, requisito que ha de satisfacer la administración para ejercer la potestad de nulidad de oficio, según lo establece el primer párrafo del artículo 109 del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

Los casos de nulidad de oficio merecen sin embargo un papel menor a los ciudadanos y limitados a poner en conocimiento de la administración la existencia de un vicio capaz de invalidar un acto administrativo. En el Perú la nulidad de oficio —una de las formas en que se manifiesta la potestad de la administración de revisar sus propios actos— no tiene el mismo carácter que el término de un recurso de impugnación, porque la administración haya o no conocimiento del vicio que afecta a un acto administrativo a través de la comunicación de un particular. La potestad de invalidar un acto es siempre una

actuación de oficio que difícilmente puede reconocerse al denunciante la calidad de interesado. No ocurre de igual modo en la comisión de infracciones administrativas, donde el que formula la denuncia en tutela de intereses colectivos o difusos, como el ambiente, debería merecer la condición de parte.

Respecto al CONAM, probablemente deba ser modificado su reglamento para precisar los casos donde puede actuar como aquel "funcionario participativamente superior" apto para declarar la nulidad de oficio de actos administrativos que hayan entrado en vigencia pública en contradicción con la legislación ambiental —artículo 110 del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos—. No parecen suficientes las normas que le asignan la calidad de última instancia administrativa para resolver recursos de impugnación, porque no le otorgan necesariamente una superioridad jerárquica frente a las diferentes entidades con injerencia en el tema ambiental —hablamos del inciso h) del artículo 4 de la Ley de Creación y los incisos d) y j) del artículo 41 de su Reglamento de Organización y Funciones. Una futura reforma legal deberá establecer de manera expresa las circunstancias en que el CONAM ejercerá la potestad de declarar la nulidad de oficio en actos administrativos o promover demandas para conseguir la nulidad en el Poder Judicial.

### 3.4. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CARGA PROBATORIA, SANCIONES, ÚLTIMA INSTANCIA

En mi opinión, la carga probatoria en la comisión de las infracciones ambientales corresponde a la administración sectorial. Esto se confirma al principio de presunción de inocencia consagrado en el inciso e) del numeral 24) del artículo 2 de la Constitución, legítimamente trasladable al campo del derecho administrativo sancionador. Como hemos señalado en un trabajo anterior:<sup>17</sup> "no se le puede imputar

<sup>16</sup> Modificaciones a los artículos 109 y 110 del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos dispuestas por la Ley 77 (1995), publicada el 30 de mayo de 1995.

<sup>17</sup> "Nueve años de la Fiscalía General de la Administración", Pg. 134.

al primero refuerza la carga de probar su inocencia porque se le acusa condenando a la indiferencia de creer que desista con pocas reglas lo ordenado por la Administración<sup>18</sup>.

Si se trata por objetivo establecer mecanismos administrativos destinados a asegurar la eficacia preventiva y reparadora de las acciones administrativas, no parece conveniente recurrir en la legislación ambiental la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas tanto como de los individuos pertenecientes a sus órganos de dirección y gestión. Esta regla no es extraña al derecho administrativo nacional y existe, por ejemplo, en la legislación bancaria y de seguros. Refiriéndose a la legislación española, el profesor Alejandro Nieto, de su nacionalidad, señala sobre el tema que: "algunas leyes trasladan la responsabilidad a las personas que ocupan cargos directivos de una entidad por considerar que esta medida ejerce una disuasión mucho más fuerte que la de comisión de acciones a esta entidad que es a su vez más susceptible de ser vigilada, puede responsabilizar la medida como un caso más de producción a la administración..."<sup>19</sup>. Si es así, esta propuesta debería ajustarse a lo establecido en el Código del Medio Ambiente que establece el marco general de las acciones administrativas ambientales.

Es deseable modificar el Código del Medio Ambiente para otorgarle a la administración la potestad de sancionar la realización de una multa por la realización de actividades benéficas para el ambiente. Esta figura ya existe, en germen, dentro del Código, cuyo artículo 114, inciso e), habla, tratándose de sanciones a infracciones ambientales, de la "responsabilidad de obligaciones competenciales relacionadas con el desarrollo ambiental en la zona, cuando en cuenta los planes normativos, reglamentos y locales sobre la materia, a fin de dar cumplimiento a las normas de control ambiental que afecta la actividad competente"<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En "Derecho Administrativo Sancionador", Tirron, Madrid 1974, pp. 170. Citamos, Argandoña De Pablo Del Toro, cuando sostiene la posibilidad de sancionar administrativamente a las personas físicas que ocupan los órganos de dirección de una persona jurídica solamente siempre que "cometieron que concuerdan con voluntad propia" (El Principio de Causalidad en el Derecho Administrativo Sancionador", Tirron, Madrid 1976, p. 271).

Es pertinente puntualizar que para la doctrina administrativa existen diferencias marcadas entre las sanciones administrativas y la indemnización, en cuanto los primeros involucran una medida reparatoria y la segunda se funda únicamente en el resarcimiento. Sin embargo, los mismos autores<sup>21</sup> aceptan que en el caso de aquellas multas cívicas impones elevadas —en el Perú hasta 600 UIT— pareciera que el legislador ha querido introducir elementos propios del resarcimiento de daños. Como mecanismo de protección del medio ambiente, considero por lo tanto que no existe incongruencia alguna en que se establezca mediante modificaciones legislativas la posibilidad de que el infractor solicite la suspensión del pago de una multa por la realización de actividades reparadoras de los daños. La solución será contar siempre con mecanismos de control para velar porque las actividades restauratorias compensen precisamente el daño causado.

La Novena Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 757, denominada Ley Nueva para el Crecimiento de la Inversión Privada, declara que sólo las autoridades sectoriales competentes —a decir el ministro del sector— están facultadas para aplicar las sanciones administrativas contempladas en el Código del Medio Ambiente por la comisión de infracciones ambientales. La primera parte de este tratado testimonia que esta regla ha sido debidamente acogida en todos los reglamentos sectoriales de protección al medio ambiente.

No obstante existen dos excepciones. La primera es el CONAM, que a decir del artículo 35 de su Reglamento de Organización y Funcio-

<sup>19</sup> José Luis Escrivá, "Sanciones Administrativas", Ponencias del Real Colegio de España, Bolonia 1977, p. 20 y 21.

<sup>20</sup> El artículo Anteproyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, numeral 3, artículo 120, contempla que como parte del principio de causalidad que debe regir la potestad sancionadora "Las autoridades administrativas deben poner en la comisión de la conducta sancionable un vínculo más estrecho que el infractor que comete la misma infracción o acción ilícita...". El numeral 3) del artículo 121 otorga además la competencia de la responsabilidad de acciones administrativas "... con la exigencia de la existencia de la situación alterada por el mismo (el infractor) o su acción o acción, así como la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente".

res —Decreto Supremo N° 045-97-PCM— “si el órgano competente para aplicar las sanciones contempladas en el Código en los casos que por la ley expresa no se vean expresamente a miembros públicos deontas”. La otra competencia a las municipalidades, a través de la potestad sancionadora que les confiere el artículo 115 y siguientes de la Ley Orgánica de Municipalidades. Esta les deja libres para aplicar instrucciones al medio ambiente y sus respectivos satélites, y converge además con las competencias que les asignan la Constitución y las leyes a los concejos edilices.”

En este contexto, la determinación de la última instancia administrativa en materia de infracciones ambientales dependerá de la naturaleza local o nacional de la autoridad a cargo del procedimiento administrativo sancionador y de su posición jerárquica en la estructura orgánica de su respectiva entidad. Sobre esta, conviene recordar que la Ley N° 26810 ha modificado la redacción del artículo 5 del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. El nuevo texto precisa los casos en que se considera agotada la vía administrativa a efectos de abrir la posibilidad de la impugnación judicial de un acto administrativo constituido:

- 11 Como sucede por ejemplo cuando se dictan disposiciones para regular los medio ambiente y la recolección de gases tóxicos por los unidades de empresas, o cuando se establecen normas urbanísticas o de zonificación para la realización de actividades industriales, comerciales o cualquier otra potencialmente nociva al medio ambiente y la salud de los vecinos.
- 12 Las reglas para agotar la vía administrativa las hemos resumido en “Los Procedimientos que Pasa Por el Procedimientos Administrativos”, en *Temas jurídicos* que “conoce revista” *Revista de la Academia de la Magistratura* N° 1, 1998, pp. 103. Tratándose de materia del gobierno central, la vía administrativa se agota generalmente con la resolución del recurso de apelación por el órgano jerárquico del funcionario que dictó el acto impugnado, salvo que se trate de materia que ha sido objeto impugnado ante instancia administrativa superior de competencia nacional. Para agotar la vía en este caso es indispensable interponer recurso de apelación pero que sea una instancia que el texto impugnado nacional lo que se promueve como última instancia. En las municipalidades, la vía administrativa se agota con la resolución del edilicio en que el concejo ordena de competencia administrativa para resolver recursos según la Constitución. En las resoluciones del CONAM, la vía administrativa se agota con la resolución de su Consejo Director a tenor de lo previsto por el inciso 3 del artículo 41 de su Reglamento de Organización y Funciones (Decreto Supremo N° 045-97-PCM).

El mismo CONAM pareciera circoscribir su papel de última instancia administrativa únicamente a aquellos casos que involucran conflictos de competencia interjurisdiccional. Por lo tanto así puede desprenderse del inciso b) del artículo 4 de su Ley de Creación como del artículo 37 de su Reglamento de Organización y Funciones. Hoy el CONAM actúa como última instancia administrativa en los casos que aplica directamente sanciones y en muchos casos resuelve cuando se generan controversias de competencia entre entes locales sectoriales para la aplicación de sanciones administrativas.

## 2.5. SOBRE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL

Debemos precisar, en primer lugar, que la exigencia de Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para la aprobación de obras o actividades con daños potenciales para el ambiente no puede ser considerada incompatible con el principio de simplificación administrativa, porque en obras que así en juego la protección de un derecho constitucional: disfrutar de un medio ambiente adecuado.

Entendemos que el objetivo de la simplificación administrativa es facilitar la relación del ciudadano con la administración pública y reducir la intervención de esta última en materias que deben estar libradas a la iniciativa de los particulares. En tal sentido, las normas dictadas en los 10 últimos años para eliminar trámites administrativos a la inversión han establecido reglas para que la administración pública no sólo evite impactos negativos sobre las actividades de los particulares, sino que actúe como un agente de estímulo.

La derogación de los procedimientos administrativos “de aprobación automática” implica, virtualmente, sustituir el procedimiento de licencia, autorización o permiso<sup>13</sup> por uno mecanismo de control administrativo consistente en la presentación de una declaración jurada por el

- 13 Este procedimiento comprende una evaluación previa por parte de la administración para determinar si el solicitante cumple con los requisitos legales legítimos para llevar a cabo una determinada actividad.

particular interesado. Una de las modalidades más intensas de control sobre los particulares da paso a un trámite mucho menos riguroso desde el particular se limita a girar una simple constatación a la administración.

La legislación rigiere condiciones el requerimiento del Estado de Impacto Ambiental a la aprobación del Consejo de Ministros mediante Decreto Supremo y opinión favorable del CCNAAs (artículo VI del Decreto Legislativo N° 757 modificado por la Ley N° 26786 y el Código del Medio Ambiente). En sus apartados, esta constatación suficiente garantía para impedir la exigencia irreflexionada de los recursos.

Conviene además llamar la atención sobre los estudios de "Declaración de Impacto Ambiental" (DIA), mecanismo alternativo consagrado por el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de las Actividades de la Industria Manufacturera (Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI). Los DIA están pensados para aquellas actividades de la industria manufacturera cuyos riesgos ambientales no tienen suficiente magnitud o gravedad para justificar la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental.<sup>25</sup> Considero que la distinción marcada entre los EIA y los DIA constituye una medida compatible con el principio de simplificación administrativa, cuyo espíritu a su vez está reforzado al respeto de los derechos constitucionales.

Para las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos sugiero establecer las siguientes previsiones normativas:

25. Según el artículo 14 del Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI "se entiende que una obra arquitectural o obra de ingeniería o de los sistemas eléctricos, comunicaciones o transporte es:
- Obra, instalación o elemento de la red o capacidad de las personas
  - Obra o elemento sobre la cantidad o calidad de los recursos naturales
  - Obra o elemento sobre las condiciones o elementos de las personas mediante servicios
  - Obra o elemento sobre otros aspectos sociales vinculados por su funcionamiento, patrimonio o patrimonio o recursos naturales susceptibles de ser afectados
  - Obra o elemento o las Areas Naturales Protegidas o sus zonas de influencia
  - Alteración de las condiciones paisajísticas de zonas declaradas de valor turístico
  - Alteración de lugares con valor prehistórico, arqueológico u, en general, los pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación
  - Obra o elemento a la infraestructura de servicios básicos

- La modalidad de otorga en concesión mediante Concurso de Proceso Integral —prevista por el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Supremo N° 019-96-PCM— deberá contemplar necesariamente la obligatoriedad de acompañar las propuestas con un Estudio de Impacto Ambiental. Hay que recordar que en una proclama sobre la unidad administrativa concurren no sólo los valores de la obra o servicio futuro, sino que surge por cuenta de los intereses, que se relacionan el modelo de concesión desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico.<sup>26</sup> Los contenidos de los EIA, sin embargo, deben ser regulados para evitar investigaciones excesivas y costosas. Incluso podría ser facultado a ciertos tipos de procedimientos a algunas obras, un perfil de voto que el objetivo es conocer de cerca sus compromisos de prevención y control ambiental.
- Las otras modalidades de otorga deberán incluir a la entidad administrativa a elaborar un EIA cuando exista necesariamente tal y necesario dentro del contexto específico de la licitación. El EIA será tomado como referencia para determinar los requisitos y condiciones exigibles a quienes gozan la concesión.
- La entidad debe complementar con una norma técnica e regular los parámetros de calificación de las propuestas de los postores<sup>27</sup> y girar a la administración encargada la evaluación de los compromisos de los oferentes respecto a la protección del ambiente, los recursos e insertar en dichas actividades, los planes de ejecución, etc.

En una licitación pública con exigencia de un Estudio de Impacto Ambiental, la omisión de este requisito por parte del postor genera determinar invalidar el acto administrativo de otorgamiento de la obra por, que padecerá de causal de nulidad de pleno derecho y podrá ser impugnado por cualquiera de los otros elementos para su nulificación de oficio.

Las modificaciones preventivas que pueda sufrir un proyecto aprobado por licitación pública debido a observaciones al respectivo EIA, no

25. Sobre el concepto de proyecto sugiero seguir a María Mercedes C'Esteban sobre "Contratos Públicos". Editorial Gestión de la Administración, Lima, Año 1996, Pg. 146.

26. Como sucede con el artículo 15 del citado Decreto Supremo N° 019-96-PCM que establece el marco legal de la otorga en concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

no necesariamente afectan el derecho de los recursos no calificados en el procedimiento de selección si es que aparecen fundadas en causas objetivas. De lo contrario, puede considerarse que violan el principio consagrado de igualdad entre los postulantes y así por ende también cuestionables.

## 2.6. PRINCIPALES GARANTÍAS CIUDADANAS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es indispensable aprobar una ley para desarrollar el derecho constitucional de acceso a la información en poder de la administración pública. La ley deberá precisar aspectos vinculados a la legitimación, al tipo de soporte de la información brindada y al tipo de información prohibida por mandato constitucional o protección de otros intereses igualmente relevantes. Será necesario incluir en ella un procedimiento especial que permita agotar rápidamente la vía administrativa en caso de una negativa injustificada a la solicitud de acceso. De este modo los postulantes podrán iniciar el proceso constitucional de Hábeas Data demandando la tutela de su derecho.

Sabemos que en agosto de 1998 el Congresista Carlos Ferrero Costa presentó a la oficina de trámite documentario del Congreso de la República un proyecto de ley para regular los aspectos a que acabamos de hacer referencia. Sus puntos más relevantes son los siguientes:

- Sin necesidad de licencia, autorización o consentimiento por parte de titular del derecho de acceso a la información en poder de la administración pública (artículo 1).
- El acceso a la información podrá ser efectuado directamente o mediante la obtención de copias en el soporte material indicado por el solicitante e incluso por correo (artículo 2).
- Es susceptible de acceso toda información generada, producida, procesada o poseída por los entes de la administración pública. Esto incluye expedientes terminados o en trámite, estadísticas, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos, etc., en cualquier forma de expresión gráfica, sonora, audiovisual, fotomecánica y demás soportes materiales (artículo 4).

- Se establece una lista taxativa de supuestos de información excluida del derecho de acceso, conforme a la Constitución (artículo 5).
- Se establece un término breve para agotar la vía administrativa cuando los postulantes deseen iniciar el proceso de Hábeas Data por no haber obtenido la información solicitada en sede administrativa y respaldar la tutela jurisdiccional de sus derechos (artículo 7).
- Los funcionarios y servidores de la administración pública que agreden el derecho de acceso a la información pública son sancionados e incluso desvinculados penalmente si es pertinente (artículo 10).

Urge una nueva ley acerca de las Acciones de Cumplimiento porque la vigente —Ley N° 28301 de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento— tuvo una finalidad coyuntural y fue dictada sólo para incorporar precisiones al Hábeas Data de forma que no pudiera ser usado como pretexto para coartar la libertad de prensa. Tratamos entonces que en 1998 el mismo Congresista Carlos Ferrero Costa presentara un proyecto de Ley Orgánica para regular el proceso constitucional de Acción de Cumplimiento. A continuación resumimos sus aspectos más relevantes:

- La acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario de la administración pública para demandar el cumplimiento a una norma legal o la ejecución de un acto administrativo firme, dictar un reglamento o exigir a la administración proscriptores expresamente cuando las normas legales lo ordenan antes una resolución administrativa (artículo 2).
- No procede contra magistrados judiciales ni para exigir al Congreso aprobar leyes. Tampoco es aplicable cuando es interpuesta con el exclusivo propósito de impugnar la validez de un acto administrativo o cuando se demanda el ejercicio de facultades expresamente calificadas por la ley como discretivas (artículo 3).
- La demanda puede ser interpuesta por cualquier persona cuando esta solicite el cumplimiento de normas legales o la ejecución de actos administrativos de carácter general. Para hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo de carácter particular sólo podrá ser planteada

- da, en cambio, por la persona a cuyo favor se expidió el acto o por quien invocó interés para el cumplimiento del deber omitido. A propósito de la defensa de derechos difusos o de intereses colectivos, como el medio ambiente, la demanda puede ser interceptada, de nuevo, por cualquier persona (artículo 6).
- La autoridad administrativa cuenta con un plazo de diez días hábiles para ejecutar el acto administrativo reclamado por el administrado. La demanda sólo será hábil si se ha verificado tal plazo y se ha carecido, aun con requerimiento notarial pidiendo el cumplimiento del acto (artículo 6).
- La demanda ha de presentarse directamente a la autoridad o funcionario de la administración pública encargada del cumplimiento de la actividad. Si esto no fuera posible, deberá manifestarse con el superior jerárquico (artículo 7).
- El juez podrá disponer la adopción de medidas cautelares necesarias (artículo 8).
- Las autoridades que omiten la demanda ordenando el cumplimiento inmediato e incondicional de la norma legal o la ejecución del acto administrativo en el término de 24 horas. Si la demanda surge en procedimiento expreso, la autoridad o funcionario de la administración pública tendrá para cumplir con el 10 días calendario, vencidos los cuales será repetible por un juez bajo circunstancias de ejecución de norma penal. En el caso de disposiciones legales o de actos administrativos cuyo cumplimiento genera gastos públicos no presupuestados, la resolución que declara fundada la demanda deberá ser revocada vía transferencia de responsabilidades con cargo de libre disponibilidad. En su defecto, el juez dispondrá la inclusión preliminar de los recursos necesarios para la ejecución en una partida específica (artículo 10).
- Como tema nuevo, un grupo de profesores de Derecho Constitucional —integrado por los Doctores Domingo García Belaúza, Francisco Espigares Prada, Juan Moreno, Álvaro Ort, Samuel Albal y quien escribe— está concluyendo la elaboración del "Código Procesal Constitucional" que regulará los recursos procesales para la manifestación de todos los procesos constitucionales, entre los que se encuentra precisamente la Acción de Cumplimiento.

### III. RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑO AMBIENTAL

Por Felipe Villavicencio T.

La responsabilidad penal en asuntos ambientales presenta en la justicia nacional una situación problemática debido a los desarraigos entre la criminalización primaria y la criminalización secundaria. Si bien la legislación penal ambiental —la criminalización primaria— ha mostrado una importante dinámica en los últimos años, en cambio la aplicación de sus normas por los agentes penales —la criminalización secundaria— experimenta hasta hoy una marcada pasividad. Las causas pueden estar en el alto poder económico de los actores de infracciones, las dificultades en el campo normativo administrativo y el fuerte costo de la prevención, retrocediendo responsabilidad del Estado.

#### 3.1. DAÑO AMBIENTAL PENALMENTE RELEVANTE

La legislación y la doctrina penal peruana califican al daño ambiental en función de la gravedad, es decir, del número de víctimas y evidentemente de acciones. El hecho que la gravedad del daño sea permanente hace imposible medir correctamente sus efectos sociales, por lo cual el ambiente, en ese sentido, es susceptible de ser considerado un bien jurídico colectivo, y al mismo tiempo, un interés difuso.

Se ha querido ver en esta definición una genuina y directa emanación de la dignidad de la persona conectada con la salud pública. A propósito de eso, se ha discutido si el medio ambiente debe protegerse en razón de su valor intrínseco o porque a través de él se ejerce la legítima defensa de bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad e incluso el patrimonio.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Rodríguez Ramos, Luis. *Protección Penal del Ambiente en Constitución y la Legislación Penal*. I. Derecho Penal y Constitucional. Lima, Madrid, 1993, pp. 260.

El concepto constitucional de bien jurídico es el más recomendable, con todo, pues el derecho penal de protección del medio ambiente y debe abarcar aspectos antropológicos como también propósitos sociológicos. "El medio ambiente constituye, a nuestro entender, como un bien jurídico pluridimensional, en la medida que afecta tanto a los bienes jurídicos individuales del hombre integrados por la vida, la salud y eventualmente también la libertad y la dignidad humanas, como un bien jurídico representativo, que alude a las propias condiciones de existencia de la sociedad como tal y del que es esencial la integridad humana. En su virtud, la descripción de las conductas delictivas de agresiones ecológicas susceptibles de ser incrementadas por la legislación penal deberá tener en cuenta la valoración de ambos conceptos de bienes jurídicos: los individuales de las personas y el general de la colectividad".<sup>24</sup>

El Perú está sustrato al derecho internacional de protección ambiental (ver Protocolo de Montreal relativo a Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y el Convenio sobre Diversidad Biológica). Este derecho constituye una visión integral de los temas ambientales con miras hacia el desarrollo sostenible. Estas normas forman parte del derecho nacional como lo señala el artículo 15 de la Constitución referida al ambiente natural: aire, agua, suelo, flora y fauna y la ordenación del territorio.

## 3.2 DIFERENCIA CON EL DAÑO CIVIL Y ADMINISTRATIVO

### 3.2.1 Daño civil

Existe la posibilidad de recurrir a tribunales civiles para conseguir el amparo de daños ambientales con consecuencias sobre patrimonio individuales. En ese sentido, "ese caso es la determinación del punto de imputación de responsabilidad y de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros —esta determinación corresponde

de a la administración— y una vez dadas el paso por no cumplir con los requisitos ordenados o porque los elementos exigidos sean deficientes, se produce un daño en la propiedad de un tercero".<sup>25</sup>

### 3.2.2 Injuria administrativa e injuria penal

Es evidente que se presenta una posibilidad de duplicidad sancionadora en el ámbito de una conducta lesiva al medio ambiente. Por esta razón es necesario señalar con la máxima certeza y seguridad jurídica un régimen positivo donde aparezcan claramente delimitados los ámbitos de competencia regulativa del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. Este doble plano normativo requiere acotar estrictamente los intangibles principios de orden constitucional que como el non bis in idem tiene especial importancia en el ámbito jurídico.

"Conjuntamente con el principio han de subsiguírsele específicos criterios inspirados de la responsabilidad jurídico-penal, así, la imputación personal de la conducta típica al autor, la culpabilidad personal por la realización del tipo de injuria y la fundamentación de la posibilidad, tanto por la presencia de reproche jurídico (en virtud de la falta de motivación de la conducta en la norma) como la posibilidad subjetiva de haber actuado conforme a derecho, cuando por exigencia de índole político-criminal (que acredite la ineludible necesidad y la conveniencia de la imposición de una sanción penal)".<sup>26</sup>

Por ejemplo, injuria administrativa será el supuesto de la conducta molesta y peligrosa desde el punto de vista sanitario. Injuria penal estará presente si dicha conducta alternativamente ha originado una situación de peligro grave a la salud de las personas o peligro a la vida animal o vegetal.

De esta manera el ámbito preventivo y sancionador administrativo comprende un rango de acción considerablemente más amplio

<sup>24</sup> Javier Collado, *El delito Biológico en Cuestiones de Política Criminal*, No. 38 Edersa, Madrid, 1996, pp. 118.

<sup>25</sup> María Maza, *Sanción Triada de Derecho Ambiental*, volumen 1 Ed. Tirant, Madrid, 1991, pp. 104.

<sup>26</sup> Del Castillo Palero Cano, *Matia: El Delito Biológico en la Jurisprudencia Criminal Española en Cuestiones de Política Criminal*, No. 38 EDERSA, Madrid, 1996, pp. 118.



y "sin incurrir en alguna de otras ecológicas, comprendiendo la presencia anormal de la creación de situaciones generadas de peligro abstracto a las áreas jurídicas personales y comunitarias, que se originan en el medio ambiente".<sup>11</sup>

### 3.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO GENÉRICO DE CONTAMINACIÓN

#### 3.3.1 Tipo objetivo

Son dos las observaciones más importantes al modo en que están concretados los elementos del tipo genérico de contaminación (artículo 104 del Código Penal): un del tipo penal en blanco y la concreción sobre la base de fórmulas de peligro concreto.

#### 3.3.2 Tipo penal en blanco

Esta fórmula supone vincular las normas penales a las administrativas y defenstar la materia de prohibición en base a las segundas.<sup>12</sup> Por ejemplo, el artículo 104 del Código Penal hace referencia a las "veredas sobre la protección del medio ambiente".

El problema radica en la dispersión de las normas administrativas y su diferente naturaleza (normas de protección ambiental propiamente dichas y normas con relevancia ambiental),<sup>13</sup> donde es fácil hallar ciertas contradicciones. Existen además importantes compromisos asumidos por las industrias que sin embargo no poseen el rango de "norma". Es el caso de los vertidos autorizados en los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental —DAMAS— y los Estudios de Impacto Ambiental.<sup>14</sup> No obstante, los espacios de incertidumbre pueden operar en muchos campos donde no existen actualmente normas ni programas ambiental-

<sup>11</sup> Lema Gallego, *ibidem* El Delito Biológico en Cuadernos de Política Criminal, No. 38, EDESA, Madrid, 1996, pp. 134.

<sup>12</sup> Tomás de la Cruz, *ibidem* Juan Ferrer del Penal de la Empresa, Ed. Tróica, 1995, pp. 174.

<sup>13</sup> Informe de Carlos Garmas sobre el Proyecto de Ley 2/1997-CA.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

los. Pero le plantea al Estado una constante actividad legislativa en esta materia y refuerza la "naturaleza oculta y secundaria de la sancionada norma penal, que ha sido justificada en base a las siguientes consideraciones: por la necesidad de poner resalta de manera "preventiva" áreas que responden por la necesidad de determinar "mediante normas no penales" lo que debe considerarse por culpabilidad degradable y extenuación; y por la necesidad de conservar valores, áreas y objetos de valoración de las realidades".<sup>15</sup>

Es evidente que el uso del tipo penal en blanco atenta contra el principio de legalidad inculcado como norma del derecho transaccional de los derechos humanos y reconocido en la legislación interna. "... la concreción de los elementos del tipo a través de la acción de las leyes penales en blanco, que obliga a un planteamiento de la disposición penal en virtud de la remisión a la legislación ambiental, técnica que ha de ser empleada por el legislador penal con singular cautela y precisión, a fin de evitar el desconocimiento a la certeza y seguridad inherentes al principio de legalidad penal".<sup>16</sup>

Si bien algunas consideramos inconstitucional el remitirse a normas administrativas, "la norma de la ley es, para, compatible, con la remisión de la concreción o accidental a los reglamentos, siempre que la ley penal mantenga el monopolio sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición. Esas no se limitan, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta; es necesario la determinación en la ley penal del "valor a proteger".<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Del Castillo Pérez-Cas, *ibidem* El Delito Biológico en la Jurisprudencia Criminal Española en Cuadernos de Política Criminal, No. 38, EDESA, Madrid, 1996, pp. 133.

<sup>16</sup> Lema Gallego, *ibidem* El Delito Biológico en Cuadernos de Política Criminal, No. 38, EDESA, Madrid, 1996, pp. 134.

<sup>17</sup> Tomás de la Cruz, *ibidem* Juan Ferrer del Penal de la Empresa, Ed. Tróica, 1995, pp. 18. "Como norma la Leyenda española a Arroyo, en tema de garantía el carácter complementario del reglamento como norma técnica de detalle, mediante que la norma penal la definición de la culpa y momento de desarrollo que permite de imponer (ibidem).

### 1.3.3 Conducta prohibida

La contaminación se realiza "vertiendo" residuos. Si bien el verbo "verter" significa derramar o vaciar líquidos<sup>39</sup>, la ley nacional ha incluido en la categoría los residuos sólidos y gaseosos o de cualquier otra naturaleza.

Además parece recurrente afirmar que sólo el "residuo" es el que constituye para cualquier la lesión las producciones finales o residuos industriales: hidrocarburos, venenos, plaguicidas, radiaciones ionizantes, energía nuclear, etc.<sup>40</sup> La contaminación podría aparecer poco limitada. Queda fuera de la norma los casos de superexplotación de recursos naturales, básicamente la tala masiva de árboles y la extracción del marisco lago. Han que insistir con más que el tipo no es tan restrictivo y puede extenderse hasta conductas prohibidas de vertidos industriales.

Cabe la omisión impropia (artículo 13 del Código Penal) en el caso del que debió y pudo neutralizar una emisión y no lo hizo. En esta materia la cuestión más debatida radica en definir hasta dónde llega la posición de garante. La respuesta no puede girar de que las empresas son fuentes de peligro en todos los casos, por lo que deberán determinarse cuidadosamente las circunstancias específicas.

Se requiere pues determinar la posición de garante del infractor. Sin embargo, "establecer cuándo es que alguien garantiza que ciertos re-

sultados no habrán de ocurrir, demuestra que se debe un tratamiento restrictivo. Debe equipararse la omisión a la acción positiva cuando exista el control o que ha sido, en control, o es vez, requiere el conocimiento de parte del autor del curso causal concreto. No basta, de otro modo, que el autor sepa que tal o cual hecho —genérico— está siendo llevado a cabo, es necesario que sepa cómo es que éste se desarrolla y, al mismo tiempo, que está colocado en posición real, física de modificar el curso de los hechos. De ejemplo podría darse, y de la descripción de ciertos fundamentos que sustentan en el caso de las corporaciones, se sigue que sólo en muy contados casos son aplicables las reglas de la omisión impropia<sup>41</sup>.

### 1.3.4 Otro aspecto normativo del tipo "por omisión de los límites establecidos"

En el Perú no están señalados claramente los límites relativos de contaminación a propósito de las diferentes actividades productivas. El efecto legal ha sido la responsabilidad sobre el argumento de la inexistencia de otros delitos. Parece muy adecuada la idea de vincular esta referencia a la lesión del bien jurídico o al peligro de lesión, siempre que éste sea "grave".

### 1.3.5 Tipo de peligro concreto

La acepción legal de que la conducta prohibida "puede causar perjuicio" determina que las figuras de peligro concreto están representadas la creación de una efectiva amenaza de peligro (resultado de peligro)<sup>42</sup>. Este tipo excluyen que la acción tenga como resultado la proximidad de una concreta lesión: por ejemplo, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado.

El límite relativo de la tipología de peligro concreto posibilita del delito ecológico está representado por la previsión de sanciones administrativas para

<sup>39</sup> Diccionario de la Lengua Española, Vigésimo Tercera Edición, Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1992, pp. 209.

<sup>40</sup> Véase Informe de Carlos Chirinos sobre el Proyecto de Ley 29029-CE. El Código Penal español de 1995 en su artículo 165 incorpora una diversidad de conductas de contaminación: "Toda conducta que sea fuente de peligro de una lesión o cuando ésta, multa de vida o privación de libertad o inhabilitación especial para profesoión o oficio por tiempo de uno o más años el que, cometiendo las leyes o otras disposiciones de carácter general promuevan del medio ambiente: provocar o realizar daños o alteraciones sustanciales, venenos, radiaciones ionizantes o radioactivas, microorganismos, toxinas, organismos transgénicos o depósitos en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o la agua: incendios, marismas o subterráneos, con sus efectos, multas, en los espacios marítimos, así como las extracciones de agua que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los ecosistemas acuáticos. Si el riesgo de grave perjuicio hace más la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

<sup>41</sup> Tomadillo Barona, Juan. *Delito Penal de la Empresa*. Ed. Tróica, 1995, pp. 208.

<sup>42</sup> *Análisis del Caso*, Juan E. Polanco. *Criminal de la Empresa*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1985, pp. 43-44.

<sup>43</sup> Informe de Carlos Chirinos sobre el Proyecto de Ley 29029-CE.

<sup>44</sup> *Informe Juan Domingo Penal. Parte general, cuarta edición*. Bosch, 1994, pp. 228.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 229.

la mera creación de situaciones de peligro general, abstracto, e incluso las justicias, o las fuerzas jurídicas medioambientales. La delimitación máxima absoluta de la esfera de especial del delito ecológico, abstractamente, se fundamenta en el principio de la subsidiariedad y de la fragmentariedad del derecho penal, así como en el principio de maximización máxima legislativa, que inspira al ordenamiento penalista (...). El límite máximo de la tipificación del delito ecológico, en la propiamente configurada de delitos de peligro concreto, está representado por las incriminaciones de hechos singulares de las respectivas normas jurídicas, individuales y colectivas que resultan implicadas en el delito ecológico.<sup>45</sup>

Podemos decir entonces que “el delito ecológico, como delito de peligro concreto, cubre un campo intermedio entre el derecho administrativo sancionador y la maximización de los delitos de hecho de las normas jurídicas afectadas por aquellos”.<sup>46</sup>

Rectamente ha señalado Ferrás, sin embargo, un criterio distorsión,<sup>47</sup> según el cual las normas jurídicas colectivas o sociales deben entenderse como medidas con la finalidad de dar seguridad a determinadas normas jurídicas individuales. Esta seguridad debe comprenderse como ausencia de peligro y entendida el contenido de las normas colectivas o sociales es decir, la seguridad de esas normas individuales es en sí misma el bien jurídico colectivo. Por consiguiente, cuando se ocasiona peligro para las normas individuales protegidas complementariamente por las normas colectivas, se está lesionando la seguridad (ausencia de peligro). En estos casos, impropio hablar de delitos de peligro en referencia al bien jurídico colectivo, cuando con más bien cuadraría con delitos de hecho. La puesta en peligro del bien colectivo —una riesgo para la seguridad o la ausencia de peligro o con peligro de peligro— es simplemente un delito de peligro concreto con relación al bien jurídico colectivo.

<sup>45</sup> Ferrás Collado, *op. cit.* El Delito Ecológico en Cuadros de Política Criminal, No.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Cf. Mendieta Rodríguez, *Crucero Delitos de Peligro o Bienes Jurídicos Colectivos en el Nuevo Derecho Penal*, Tomo Segundo, 1999.

### 3.4. DELITOS AMBIENTALES POR CULPA O DOLO

Esta diferencia entre el injusto penal y el injusto administrativo aparece a nivel del tipo subjetivo y el tipo culpable establecidos por la ley penal pensada en el delito de contaminación.

#### 3.4.1 Tipo subjetivo de la injusto del artículo 304 del Código Penal

Este injusto admite dolo directo y dolo eventual de primer y segundo grado por su condición de tipos de resultado. En el dolo directo de primer grado (dolo inmediato), la realización del tipo es precisamente la que el autor persigue. En esta clase de dolo predomina la voluntad de la conducta perniciosa. Un ejemplo está en aquel que intencionalmente infringe una norma sobre protección del medio ambiente y causa contaminación de las aguas de un río vertiendo residuos tóxicos en él. El dolo directo de segundo grado (dolo mediato) surge cuando el agente considera que el resultado de la conducta está acompañado de consecuencias necesarias e inevitables (dolo de consecuencias necesarias). No resulta necesario que el agente crea que es seguro la realización de la consecuencia abstracta pues es suficiente que crea que está vinculada con el desarrollo del suceso perseguido.<sup>48</sup> El dolo eventual supone en cambio que el agente considere su conducta como muy problemáticamente incierta en el tipo legal y se conforma con llevarla a cabo.

#### 3.4.2 Error de tipo

Es posible admitir el error de tipo (artículo 14 del Código Penal) cuando el error se produce sobre un elemento del tipo penal. Si el error es invencible o inevitable resultará de nulo el sujeto. Por el contrario, si es vencible, es decir, si el sujeto pudo poner freno al error en que se encontraba tomando precauciones, la conducta será castigada como injusto culpable.

<sup>48</sup> Ferrás Collado, 1995, pp. 103.

### 3.4.3 Tipo culposo de consentimiento

La legislación peruana se encuentra en el sistema del *numerus clausus* para las figuras culposas. Precisamente, el segundo párrafo del artículo 304 admite esta situación y ordena la sanción para los comportamientos culposos. Será necesario determinar para más que el sujeto incurrió un específico deber de cuidado. Un caso típico es ignorar el contenido de la norma administrativa impuesta para asegurar el cuidado específico en una actividad industrial y así causar contaminación a través de acciones operativas con los residuos.

La forma de infringir el cuidado debido admite la culpa con representación, es decir el obrar sin tener en cuenta (llamada culpa inconsciente). Se presenta cuando el autor anticipó el proceso que afectó al bien jurídico ambiental y debió por eso llevarlo a cabo con un cuidado determinado. La culpa sin representación es la culpa inconsciente y se presenta cuando el agente no anticipó el proceso perjudicial que surge en un hecho especial, pero debió anticiparlo. El derecho penal no establece distinción entre hechos felices para la medición de la pena, sin que una sea más grave que la otra.

## 3.5. RESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS AMBIENTALES COMETIDOS CON OCASIÓN O AL AMPARO DE ACTIVIDADES DE PERSONAS JURÍDICAS

### 3.5.1 Sociedades delinqüentes sin penas

El principio del *socius delinqüens non poenit* hace inabordable la responsabilidad penal de las personas jurídicas por considerar que carecen de capacidad de conciencia. Esto sin embargo no excluye la imputabilidad de penas a las personas físicas que actúan como órganos representativos de aquellas.

<sup>69</sup> Orrego de Toledo y Utrilla, 1994, pp. 34. La actual preocupación por el medio ambiente para enfrentar a la criminalidad de gran alcance se ha conjugado que se haya admitido la responsabilidad de las personas jurídicas en algunos países europeos. Como España, Irlanda del Norte, Irlanda, y recientemente Francia. "Simultáneamente, algunos dominios cualificados siguen la convicción jurídica del principio de *socius delinqüens non poenit* y se afirma la posibilidad de apenar, como fundamento de la pena, la culpabilidad, cuando que se maneja un concepto social de bien" (Terradillos, Juan Derecho Penal de la Empresa, Tirrenia, 1995, pp. 84).

### 3.5.2 Actuación en nombre de otra

Es posible considerar penalmente responsables a las personas físicas que actúan como órganos de representación o socios representantes de una sociedad en aquellos casos que el tipo legal no exige especial cualidad para ser sujeto activo del delito. Puede decirse que el empresario responde como autor cuando haya realizado la acción típica con abstracción del hecho o en los casos de comisión por omisión. "... que haya realizado la realización del comportamiento típico habiendo tenido la posibilidad de evitar el resultado que..."<sup>70</sup>

Los delitos especiales, en los que la cualidad especial concurre en la persona jurídica, pero no en la persona física que actúa como órgano o representante de dicha entidad, presentan indudablemente una dificultad de interpretación. Hay aquí un vacío de posibilidad para poner al que actúa como órgano de representación o socio representante, pero no posee la cualidad especial, implicaría una violación del principio de especialidad derivado de la legalidad. Por otro lado, la persona jurídica, en la que al concurrir la cualidad especial, está protegida de la acción penal por el principio de *socius delinqüens non poenit*.

El artículo 27 del Código Penal de 1991 (actuando en nombre de otra) pretende resolver este problema admitiendo la cualidad de características personales de autoría o quien actúa en nombre. Los requisitos elementales de la tipicidad penal deben haber sido identificados en la persona física que actúa como órgano de representación o como socio representante. No basta figurar como órgano o socio representante para responder penalmente por los delitos donde aparece la entidad como autor activo, sino además haber incurrido en los respectivos elementos del tipo del delito, aparte de la imputabilidad y la culpabilidad. En buena cuenta, el artículo 27 da por sentado que toda persona jurídica, y por ende, todo organismo oficial, quedan excluidos del ámbito de capacidad de acción en el campo del derecho penal.

*delinqüens non poenit* y se afirma la posibilidad de apenar, como fundamento de la pena, la culpabilidad, cuando que se maneja un concepto social de bien" (Terradillos, Juan Derecho Penal de la Empresa, Tirrenia, 1995, pp. 84).

<sup>70</sup> Terradillos, Juan Derecho Penal de la Empresa, Tirrenia, 1995, pp. 85.

"En cambio, quedan en su caso explícitamente comprendidos (por la correspondiente imputación típica) quienes actúan como órganos de administración de la persona jurídica o en representación de la misma, no sólo en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del ilícito ambiental o de su parte típica, sino en la esfera de la propia responsabilidad penal individualizada conforme al principio del "actuar en nombre de otro".<sup>11</sup>

### 3.5.3 Consecuencias accesorias aplicables

Una posibilidad semejante está contenida en las "consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas", cuyas características aparecen señaladas en los artículos 101 al 105 del Código Penal. Precisamente, el artículo 105 faculta al juez a aplicar diversas medidas si el hecho punible se comete en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando la organización para fomentarla o ocultarla. Estas medidas, parcial o íntegramente aplicables, son las siguientes:

1. Cierre de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. En caso de cierre temporal, éste no excederá los cinco años.
2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o entidad.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o entidad por un plazo no mayor de diez años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o entidad de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, fomentado o ocultado el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Con la aplicación de cualquiera de estas medidas, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

<sup>11</sup> Del Castillo Falcón Carr, María. *El Delito Ambiental en la Jurisprudencia Criminal Española en Conferencia de Política Criminal*, No. 90, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 121.

En suma, el ordenamiento jurídico peruano presenta normas que, aplicadas adecuadamente, comprometen distintos aspectos sobre las personas jurídicas en el marco de la realización de delitos penales contra el ambiente.

## 3.6. DELITOS AMBIENTALES COMETIDOS FUERA DEL ÁMBITO GEOGRÁFICO DEL PERÚ CON DANOS AMBIENTALES GRAVES PARA SU TERRITORIO

La ley penal peruana es aplicable a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República (principio de territorialidad, artículo 1 del Código Penal). La extraterritorialidad, en cambio, requiere que la infracción contra el medio ambiente sea cometida por un peruano y constituya un delito susceptible de extradición según la ley nacional. Además, el delito debe ser punible también en el Estado en que se cometió (artículo 1, inciso 4 del Código Penal). El principio universal (guerra mundial), contenido únicamente en el artículo 2, inciso 3, converge en esta línea al establecer que la ley penal peruana es aplicable a todo delito cometido en el extranjero que el Perú se ha comprometido a reprimir mediante tratados internacionales.

En este sentido, con independencia según las recomendaciones del XV Congreso Internacional de Derecho Penal sobre la competencia en el caso de infracciones transnacionales e infracciones penales consuetudinarias.

Las intenciones transnacionales estipulan que "cuando el delito o el grave riesgo de delito (peligro consuetudinario, subjetivo) a una infracción penal principal contra el ambiente, se produce, en todo o en parte, fuera de la jurisdicción del Estado donde la infracción penal se haya cometido, deberá ser posible la persecución del delictivo, con respecto de las actividades salvaguardadas del ambiente y del derecho internacional aplicable, tanto en el Estado donde las infracciones penales se hayan cometido como en cualquiera de los Estados en los que se produzca el delito o el grave riesgo de delito" (XV Congreso Internacional de Derecho Penal. Proyecto de Resolución, Recomendaciones N. 1).

Se producen infracciones penales transnacionales “cuando el delito o el grave riesgo de delito (peligo concreto) subsistan en una infracción penal cuando el ambiente se produce fuera de la jurisdicción de cualquier Estado o en un espacio internacional. Es necesario allí implementar las convenciones internacionales existentes que permitan perseguir la infracción penal en el orden siguiente: principio del pabellón, principio de nacionalidad, principio de persecución o extradicción y, en caso de criterios internacionales generalmente consensados, principio de universalidad” (Ibáñez, V, 1).

Debe señalarse que los delitos contra el medio ambiente global no están en la competencia de la recientemente creada Corte Penal Internacional. La Corte se limita a tratar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Su competencia abarca a los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.<sup>52</sup>

Por otro lado, el artículo 307-A del Código Penal vigente contiene un tipo legal que sanciona el ingreso ilegal —definitivo o en tránsito— de residuos o desechos calificados como peligrosos o tóxicos para el equilibrio ambiental por la legislación especial sobre la materia.

### 3.7. LOS FUNCIONARIOS INFERIORES EN LOS DELITOS AMBIENTALES

Es posible que los funcionarios inferiores actúen sin noción de lo que hacen o al menos del significado de lo que hacen. Este supuesto admite la figura mediata (artículo 13 del Código Penal) del funcionario superior para éste poseer el control del acontecimiento del cual como el funcionario inferior. Sin embargo, este control o dominio de los hechos atribuibles a los funcionarios y directivos superiores pocas veces se registra en la práctica pues ellos también sólo o establece las estrategias y actividades generales, sin saber siquiera cómo se ejecutaron las tareas especí-

<sup>52</sup> Corte Penal Internacional, Estatuto, art. 5. Publicado por la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional, Bogotá, julio 1998, pp. 23.

das<sup>53</sup>. Por ende, la figura del actor mediato no sirve cuando el funcionario inferior resulta también, en cierta medida, responsable del daño ambiental. La investigación podría ser allí un recurso, aunque suponiendo como probar la creación del dolo en los agentes funcionarios inferiores.

### 3.8. LEY 26631 RELATIVA A LA FORMALIZACIÓN DE DENUNCIAS POR INFRACCIÓN A LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL. CASO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE ORIGINALMENTE INFORMÓ POSTIVAMENTE Y LUEGO NEGÓ RESPONSABILIDAD

La Ley 26631<sup>54</sup> se refiere a las normas diseñadas para formalizar denuncia por infracción de la legislación ambiental.

#### 3.8.1 Requisito de procedibilidad

El artículo 1 de la norma citada precisa que para formalizar denuncia por los delitos tipificados en el Título Decimotercero del Libro Segundo del Código Penal será necesario referendarlas con informes emitidos por las entidades sectoriales competentes dando cuenta que se ha infringido la legislación ambiental. El informe será emitido dentro de un plazo no mayor de 30 días.

Este requisito de admisibilidad supone diferentes prohibiciones, establecidas por Manuel Caceres en sus Lecciones de Derecho Procesal Penal:

- El juez puede devolver la denuncia presentada para que se cumpla con el requisito de procedibilidad (artículo 77, tercer párrafo del Código Penal modificado por la Ley 24.998), pero no implica elotas en perjuicio del denunciado. No creo que con eso el juez pueda declarar no haber lugar a la apertura de investigación porque se trata de un requisito admisible.
- El juez puede declarar fundada la Causa, pero ya sea a pedido de parte o de oficio se llega a abrir la investigación omitiendo el requisito de procedi-

<sup>53</sup> Adelman Ovi, Javier, Política Criminal de la Empresa. Ed. Hemisferio, Buenos Aires, 1983, pp. 41.

<sup>54</sup> Publicado en el diario oficial El Peruano el 22/02/98.

habida (el denunciante no aceptó) los motivos por los que la ley. Así, se podrá admitir solo lo actuado y dar por no presentada la denuncia.

**3.8.2 Discrepancia entre diferentes decisiones**

Cuando existen en un mismo caso dos o más entidades sectoriales competentes y discrepancias entre las decisiones se hará necesaria la opinión del Consejo Nacional del Ambiente (CONAMA), que actuará como última instancia administrativa. El Fiscal deberá suministrar los informes de las autoridades sectoriales competentes o del Consejo Nacional del Ambiente según fuera el caso. Dichos informes deberán ser motivados igualmente por el juez o el tribunal al momento de expedir sentencia.

**3.8.3 Valor del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA)**

El artículo 2 involucra aquellos casos en que el titular de una actividad productiva cuenta con Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) o Estudios de Impacto Ambiental (EIA). Esta norma subordina la acción penal por los delitos aplicados en el Código exclusivamente a la transgresión de las partes contenidas en dichos programas o resolu-  
ciones.

El artículo 3 agrega que el juez requerirá de inmediato la opinión fundamentada de la entidad sectorial competente en los procesos penales en trámite por los delitos aplicados en el Código Penal.

**3.8.4 Autoridad administrativa con pronunciamientos consultorios**

La autoridad judicial podrá ordenar un peritaje alternativo o aplicar su criterio jurisdiccional si una autoridad administrativa que informó originalmente en tener positivo luego niega responsabilidad.

**3.9. LEGITIMACIÓN SUFICIENTE PARA CONSTITUIRSE EN PARTE PROCESAL**

Cuando se trata de bienes jurídicos difusos, existe el problema de la legitimación procesal de la parte civil. Al respecto, el OMARN no

distingue tipos de proceso para otorgar legitimidad a todas las personas —afectadas o no— en busca de una acción rápida y efectiva en defensa del medio ambiente (artículo III del Título Preliminar). Eppure, el Código de Procedimientos Penales sólo reconoce la calidad de parte civil a los agraviados, sus familiares o representantes (artículo 34). Por fortuna, una interpretación amplia de esta norma puede generar la intervención de la ciudadanía en el proceso penal<sup>55</sup>, pues por agraviado debe entenderse al sujeto pasivo o al titular del bien jurídico, en este caso la colectividad en general.

Aquí resulta aplicable, como complemento, el artículo 82 del Código Procesal Civil que otorga legitimidad a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro. De allí que sea posible la intervención de las ONGs en casos judiciales ambientales, algo que por cierto establece el artículo 87 del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 refiriéndose a las organizaciones de ciudadanos. Para ser fin, resulta deseable reformular el tradicional concepto de víctima en el caso específico de bienes jurídicos colectivos y difusos, a ejemplo de las recientes reformas procesales penales de El Salvador, Guatemala y otros países.

**3.10. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL POR EL DAÑO DERIVADO DE UN DELITO. REGULACIÓN DE LA PENA DE MULTA ESTABLECIDA EN UN PROCESO PENAL EN LOS CASOS DONDE PREVIAMENTE SE HA SANCIONADO CON MULTA EN LA VÍA ADMINISTRATIVA**

La defensa ambiental también puede catalizarse a través de la responsabilidad civil contractual y del abuso del derecho. El primer instrumento permite a la parte agraviada constituirse en parte civil durante el proceso penal y abogar la reparación civil del daño.

<sup>55</sup> Caso pp. 115/94.  
<sup>56</sup> El Código Procesal Penal de El Salvador de marzo de 1997 establece en su artículo 11 que "se considerará víctima: El A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación resulte directamente con una afectación".

También es posible orientar la acción civil por el daño como un proceso autónomo, pero la jurisprudencia indica que en este caso la parte deberá observarse de un punto civil en el proceso penal. En cuanto a la cosa juzgada, ejerce un efecto sobre la responsabilidad penal pero no necesariamente impide la acción civil en procesos autónomos.

Las multas penales y administrativas son, por otro lado, de naturaleza diferentes. La multa penal es esencialmente una pena y, por ende, de obligación cumplimentaria (artículos 28 y 41 del Código Penal). Sin embargo, para la individualización de la pena de multa el juez atiende a la actitud del agente en cuanto a la "represión espontánea que hubiere hecho del delito" (artículo 46).

El derecho penal puede cumplir también un papel importante con respecto a una efectiva represión del delito, que de acuerdo al artículo 93 del Código Penal comprende la restitución del bien o, en su defecto, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. Estas posibilidades son interesantes pues el juez al dictar condena condicional tiene la facultad de establecer como una regla de conducta la reparación de los daños ocasionados por el delito. El incumplimiento de esta regla puede dar lugar a la revocación de la condena condicional y al cumplimiento efectivo de la pena.

### 3.11. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO JUDICIAL

El artículo 314 del Código Penal establece la medida cautelar a fin de evitar la consumación o la prolongación del delito. Es una medida imprevista y puede consistir en una clausura definitiva o temporal. La medida cautelar se aplica durante la instrucción del proceso, antes de la sentencia. Se ha criticado no obstante la opción de cierre definitivo como medida cautelar, pues ésta por su naturaleza es provisoria y variable. Además, la clausura definitiva es una consecuencia accesorio del delito prevista en el artículo 103 y resulta contradictorio darle el tratamiento de medida cautelar.

<sup>11</sup> La aplicación de una ordena legal ha sido utilizada por el Poder Judicial Penal de 1981.

## Segundo Parte

# DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL PERÚ



## PARTICIPANTES DEL DEBATE

- Dra. Ada Alegre Chang – Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
- Dr. Alberto Barandiarán – Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
- Dr. Alfredo Bullard – Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, INDECOPI
- Dr. Carlos Caro – Estado Benítez, Mercado & Ugo
- Dr. Carlos Chirinos Arrieta – Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
- Dr. Eduardo Mercado – Estado Benítez, Mercado & Ugo
- Dr. Enrique Ferrando – Escuela Darling, Arco Schriber, Vega, Obregon & Asa
- Dr. Felipe Villavicencio – Academia de la Magistratura
- Dr. Javier Velarde – Estado Babin, Legala, Hermans y Asa
- Dr. Jorge Guillavea Zavalta – Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
- Dr. Jorge Dante Ochoa – Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú
- Dr. José Carlos Ugo – Estado Benítez, Mercado & Ugo
- Dr. Lorenzo de la Puente – Estado Oros
- Dr. Luis Lantieri Pasco – Abogado Independiente
- Dra. Lusa García Garry – Procuraduría Pública del Ministerio de Fomento
- Dr. Manuel Polgar Vidal – Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
- Dr. Mariano Castro – Consejo Nacional del Ambiente
- Dra. Patricia Iturrigaray – Consejo Nacional del Ambiente
- Dr. Piero Rey Valencia – Instituto de Estudios Ambientales, Pontificia Universidad Católica del Perú

## I. PRESENTACIÓN

Doctor Jorge Guillavea Z.

Bienvenidos a este diálogo sobre Responsabilidad Ambiental, que reúne a un selecto grupo de abogados y que la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) ha organizado por iniciativa de su Programa de Defensa del Interés Ciudadano que dirige el Doctor Carlos Chirinos con apoyo de la Fundación Ford.

La Fundación Ford es consciente de la importancia que tiene la legislación relacionada con la reparación civil de los daños producidos al ambiente y a la salud en función de la asignación de las responsabilidades y la identificación de los actores. La SPDA coincide con esta preocupación y por esa causa, tiene mucho interés en estimular el debate sobre la responsabilidad ambiental en general y promover un conocimiento más amplio de sus principios y normas.

Frecuentemente el Derecho Ambiental muestra un grave defecto de aplicación derivado de su excesiva subordinación a la normatividad de carácter técnico-administrativo diseñada en los ministerios y/o autoridades competentes. El resultado es una creciente intromisión del Poder Ejecutivo en esta materia y, como consecuencia, un permisivo desentusiasmo de las autoridades del Poder Judicial respecto al cumplimiento de la legislación ambiental y los mecanismos para su aplicación efectiva. Para evitar esto se han creado, a nivel internacional, una serie de nuevas instituciones e instrumentos jurídicos cuyo fin es garantizar la eficiente ejecución de las normas de prevención y protección ambiental. Por esta misma razón, también, cada dos o tres años las autoridades ambientales de todo el planeta se reúnen para superar los problemas de aplicación del Derecho Ambiental, especialmente en lo que refiere al tema de la responsabilidad ambiental y su ubicación dentro de la responsabilidad civil en general.

Es muy probable que más adelante sea el Poder Judicial el que espere a definir el perfil de la responsabilidad ambiental en el Perú y esto calza con los objetivos de la Sociedad Peruana de Derecho Amb-

fundamental de difundir los principios del Derecho Ambiental y contribuir a la aplicación de aquellos instrumentos que, si bien incompletos, representan ya un conjunto más o menos claro de normas y reglas, con una concreta influencia sobre la vida pública.

Un pensamiento adicional que quiero compartir con ustedes se refiere al papel del derecho privado en el desarrollo de entidades e instituciones relacionadas con el medio ambiente. Entiendo evidente que en el mundo se diseñan constantemente nuevas instituciones y principios jurídicos relativos a esta temática y que esa reflexión, en Sudamérica, como por ejemplo de países con un importante desarrollo jurídico Chile, Brasil y Argentina agreden cada día más, a través de sus abogados, propuestas interesantes para el desarrollo del Derecho Ambiental. El Perú también ha efectuado importantes aportes pero me es un asunto de responsabilidad ambiental. En este sentido la SPDA guarda el firme convencimiento de que nuestros profesionales poseen abundantes capacidades para insertarse en este proceso de reflexión. Hay además varias instituciones que comparten con nosotros un permanente interés por discutir las modificaciones de los tratados sobre medio ambiente y evaluar los nuevos instrumentos, especialmente aquellos vinculados a la responsabilidad ambiental. Este tema, por cierto, ha ocupado al Doctor Enrique Fernando, Vice Presidente de la SPDA, desde un tiempo atrás. El Doctor Fernando incluso organizó con el INLIMA — Programa de Naciones Unidas y Medio Ambiente — una reunión de expertos latinoamericanos en Chile para iniciar la reflexión en torno a este campo específico.

A continuación, el Doctor Carlos Christiano presentará la metodología del evento y será seguido por el Doctor Enrique Fernando, quien disertará sobre Responsabilidad Civil por Daño Ambiental. Después tomará la palabra el Doctor Jorge Durán para hablar sobre la Responsabilidad Administrativa por Daño Ambiental. Por último el Doctor Felipe Villaverde se encargará del tema de la Responsabilidad Penal por Daño Ambiental. Será un placer participar de este intercambio, lo que desde ya significa un primer paso para trabajar juntos y difundir nuestros ideas. Gracias por acompañarnos en esta jornada.

## II. METODOLOGÍA

Dr. Carlos Christiano A.

Quiero agradecer, en primer lugar, a cada uno de ustedes por su asistencia a este tema de trabajo que constituye también una nueva forma de encuentro de abogados. Siempre he pensado que son muy pocos los espacios y las oportunidades de que disponemos los abogados para realizar sobre nuestros experiencias en el ejercicio profesional y compartir nuestras inquietudes, percepciones y propuestas en temas novedosos y agremiales del derecho, como es el caso del Derecho Ambiental. Considero plenamente con Jorge en que como profesionales de los leyes debemos hacer las reflexiones ocasionales para sumarnos de una forma vital y activa a la reflexión internacional sobre el derecho y la política ambiental y el desarrollo sostenible. Esta reunión es un primer paso que la SPDA auspicia de manera expresa en esta línea y operación que sea adecuadamente complementada por otras iniciativas similares provenientes de los facultades jurídicas e instituciones representadas por ustedes. La destacable presencia de cada uno garantiza el éxito de esta nueva forma de trabajo y encuentro con el objetivo de que en el transcurso de la reunión se produzcan sugerencias y propuestas valiosas para perfeccionar y mejorar los temas y mecanismos judiciales sobre medio ambiente.

La metodología del evento es bastante simple y contempla tres bloques de una hora cada uno. Cada bloque tendrá inicio con la presentación de un abogado consultor, quien exponerá las conclusiones de su investigación y se someterá luego a una ronda de diálogo y preguntas. El primer conferencista será el Doctor Enrique Fernando sobre el tema de Responsabilidad Civil y el moderador el Doctor Jorge Calles. El segundo bloque verá la exposición del Doctor Jorge Durán sobre Responsabilidad Administrativa, con la moderación del Doctor Manuel Polgar Vidal. El último bloque corresponde a la presentación del Doctor Felipe Villaverde, quien será atendido en la conclusión del debate por quien les habla. El tema es Responsabilidad Penal.

Los bloques cuentan a los consultores quince minutos para las disertaciones, seguidos del tiempo asignado para preguntas, precisiones,

conferencias o propuestas. Para facilitar la discusión, los documentos elaborados por los tres moderadores serán distribuidos a cambio de un pequeño desayuno al momento del evento. Estos documentos, y el debate mismo, serán luego divulgados públicamente a través de su publicación en forma de libro. El moderador simplemente se encargará de vigilar el uso de la palabra y controlar el tiempo. Ahora, y abriendo directamente el tema que nos interesa, dejo la palabra al Doctor Enrique Ferrando.

## EL RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

Dr. Enrique Ferrando

Oscaras, señores. Debo confesar que el trabajo relativo a esta conferencia me ha permitido replantear ciertas ideas y arribar a algunas nuevas reflexiones que espero seguir trabajando más allá de este importante encuentro. En este sentido me complace ser el primer interesado en que eventos como éste se realicen con mayor frecuencia, para tener una gran cantidad de ideas sobre el tema de la responsabilidad ambiental. Pero, sin embargo, no debe alejarse del objetivo específico del trabajo llevado a cabo, a saber, la investigación de la responsabilidad civil en materia ambiental. Fundamentalmente, pensar en aquello que puede suceder cuando una demanda de este género llega al Poder Judicial en defensa de un interés difuso: la protección del medio ambiente.

Podemos tener varias opciones acerca de la forma de resolver ciertos problemas implícitos en las normas legales, pero la idea de esta reunión no es necesariamente aportar soluciones imaginativas que después no sean aceptadas por el Poder Judicial. Se busca más bien, como un aporte de claridad a ciertos problemas y quizás elaborar las normas legales para hacerlos absolutamente conscientes de qué existen pero, también, que pueden inspirar futuras leyes innovadoras. El propósito del esfuerzo iniciado aquí hoy será esclarecer el sentido profundo de las normas legales en las distintas modalidades de la responsabilidad ambiental, y detectar ciertos vacíos concretos en el desenvolvimiento de una acción legal derivada a la responsabilidad por daños ambientales.

Esta reunión surge por obvias razones, no sólo que discutamos los problemas que encontremos durante la investigación, sino detectar además aquellos obstáculos que ustedes por su propia cuenta puedan haber observado en vista de su experiencia profesional y su inclinación hacia el tema.

La primera consideración acerca de la responsabilidad civil por daño ambiental es que se trata de una responsabilidad civil extracori-

través. Esto obliga a remitirse al Código Civil para analizar cuáles son los alcances de la responsabilidad civil extraccontractual contenida en la legislación nacional. Ahora bien, si consideramos en el Perú las leyes específicas sobre responsabilidad civil ambiental, el asunto sería más sencillo: remitirnos a la legislación especial y al Código Civil sólo cumpliría una función supletoria. Pero las cosas no son así. No existe tal legislación especial.

En el Código Civil encontramos una sección de responsabilidad civil extraccontractual en sus propios problemas —y todavía no hemos entrado al tema ambiental—. Es una sección cuya formulación expresamente detenta facciones de índole filosófica y ética. Hecho digno de propiamente, incluso uno que muestra la conjugación de los intereses diletos. La responsabilidad civil objetiva no prevalece y finalmente el legislador optó por modernizar un tanto la responsabilidad subjetiva ya existente en el Código Civil de 1986, siempre enfocada hacia la protección del interés individual. Y es allí donde desafortunadamente debemos encontrar respuestas para el problema de los daños ambientales, que fundamentalmente son daños al interés colectivo. En este punto sucede lo que se proporcione por la distinción entre lo que se considera un daño ambiental y lo que es la afectación del interés individual, puesto que a menudo se engloba dentro del primer concepto el perjuicio a los intereses individuales. Esto no tiene por qué ser así. En rigor, el daño propiamente ambiental es el daño colectivo, por lo menos en mi opinión. El interés individual que pueda verse afectado por un daño ambiental tiene solución prevista en el Código Civil, sujetos a los problemas implícitos en dicho código. Pero es recién cuando el interés colectivo se ve afectado por el daño ambiental que comienza a tratarse en materia y podemos ver cómo mecanismos de protección establece la legislación en esta materia jurídica específica.

La Constitución protege el interés colectivo y lo hace relevante para el derecho, al igual que el Código del Medio Ambiente. Esto significa que en el momento que se verifica un daño al ambiente, podemos ir al Poder Judicial y plantear una demanda de reparación. El Có-

digo Civil, a este respecto, reconoce el sistema subjetivo y el sistema de la teoría del riesgo o riesgo creado.

En mi concepto, la teoría subjetiva responde con relativa idoneidad a daños producidos a una víctima totalmente individualizada. Mi objeción está en que sólo se preocupa de analizar qué es lo justo e inepto para el agente. De este modo, si el agente actúa con culpa entonces es justo que pague y que así lo haga si obedece en ella. Por otro lado, cuando la víctima es responsable del daño que ha sufrido, queda sin reparación, lo cual también es justo, justo siempre para el agente. Lo que no responde la teoría subjetiva es qué cosa es justo para la víctima. Ese respuesta más bien la encontramos en la teoría de riesgo, en donde se hace un balance entre la situación del agente y la de la víctima sobre el fundamento de que aquel que se beneficia de un riesgo será también lógicamente quien debe responder por los costos económicos generados socialmente por el mismo. Entonces, en la teoría del riesgo creado ya tenemos un fundamento de protección a la víctima tal y como que bajo una teoría el agente responde haya o no beneficio a su favor. En efecto, tal como está considerado en el Código Civil, quien crea un riesgo y causa un daño, responde, independientemente de si puede después probar que no extrajo provecho ni beneficio de ese riesgo. Lo relevante es que lo introdujo y de acuerdo a la norma, tiene que responder.

Definitivamente, desde esta época la teoría del riesgo se adapta mucho mejor a la defensa de los intereses diletos o colectivos, porque además a quien introduce un riesgo sobre la obligación de responder por los daños causados por éste. Implícitamente cobra también a esa persona a proveer de los medios necesarios para cubrir esos posibles perjuicios mediante la contratación de un seguro. En otras palabras, a diferencia de la teoría subjetiva, el riesgo creado actualiza el funcionamiento de mecanismos de mercado y, en ese sentido, resulta mucho más eficiente para la propia víctima, potencial o eventual, quien tiene muchas más posibilidades de asegurarse económicamente el funcionamiento o asumir el costo del daño, ya que no es a ella a quien siempre comienza un seguro contra perjuicios derivados de una

actividad riesgos ajena a su control. No quiero por ahora entrar en más detalle respecto a esos dos grandes sistemas, cuyos detalles analizaré luego. Lo que sí quiero resaltar es que la teoría del riesgo creado crea nuevas condiciones para abordar los problemas ambientales que el sistema subjetivo de la culpa.

Existen otros sistemas especiales de responsabilidad también relevantes para la responsabilidad civil ambiental. La instrucción número once del Abuso del Derecho es uno de ellos. Esta instrucción impone a quien abusa del derecho la obligación de indemnizar y legitima además al juez a detener el abuso del derecho. Pienso que es muy importante tener en cuenta el abuso del derecho, porque tal como está planteada la responsabilidad en el sistema subjetivo y el riesgo creado, quien actúa en el ejercicio regular de un derecho no es responsable de los daños que causa. Abusa bien, no actúa en el ejercicio regular de un derecho quien abusa de sus derechos, y en ese supuesto, debe indemnizar, pues aun cuando haya un ejercicio del derecho, en el abuso hay un ejercicio antijurídico del mismo que el orden jurídico no ampara. La instrucción del abuso del derecho constituye entonces un sistema de responsabilidad ambiental que también puede ser analizado a través del sistema subjetivo o del riesgo creado. Esta es una circunstancia interesante.

Otra instrucción interesante para tener en cuenta es, a mi juicio, la del fraude a la ley. En el Perú no se ha legislado civilmente el fraude a la ley. Existe sólo una instrucción en el Código Civil, sección correspondiente al Derecho Internacional Privado, que ni siquiera muestra suficiente claridad. Pero en el Perú no es extraña esta figura. De hecho, el Poder Judicial ha amparado acciones judiciales en las cuales se planteaba que una ley era inconstitucional porque cometía fraude a la Constitución al cumplir con el requisito de ser general y abstracta pero estar en realidad dirigida a una sola persona. En el fraude a la ley se da un engaño de legalidad o algo en realidad ilícito, buscando una finalidad prohibida a través del uso de una norma que en rigor no es aplicable al caso. Particularmente en el Perú es muy fácil hacer fraude a la ley en temas ambientales, porque paleamos en esta

forma una confusión absoluta en materia de competencias, además de un problema gravísimo de contradicción entre normas legales y grandes vacíos. Entonces es muy fácil sustracción de la gratuita competencia de un órgano para plantear que determinada situación está más bien sustraida a la competencia de otro órgano con normas más flexibles y ventajosas, y eso es fraude a la ley. Si el fraude a la ley existiera legislado en el Perú, estoy convencido de que tendría un efecto importante para evitar fraudes legales destinados a evadir obligaciones ambientales.

Otra instrucción relevante para el sistema de responsabilidad civil puede ser hallada en las limitaciones por causa de necesidad. Estas establecen responsabilidades específicas para determinados casos también específicos, legislados no en el capítulo de responsabilidad civil sino en la parte de los derechos reales. Pero es sumamente interesante tener en cuenta cuáles han sido las soluciones legales planteadas en esos artículos. No vale la pena entrar a los artículos en particular (son los 959 y siguientes hasta el 963) sino más bien determinar qué tipo de limitaciones podemos extraer de ellos. Examinaremos entonces la orientación que el legislador impuso a ciertos problemas con la intención de rescatar principios que puedan ser aplicados por analogía o integrar normas legales con soluciones similares en materia ambiental.

El artículo 959, por ejemplo, legisla el caso del estado de necesidad, cuando se halla sujeto a la obligación de reparar. Esto último es muy interesante en la medida que los sistemas de responsabilidad civil extrac contractual previstos en el Código Civil disponen que el estado de necesidad no da lugar a reparación, cosa que yo no entiendo hasta ahora, si ésta, como se establece, no es procedente. Si la adversidad me toca a mí y mediante una maniobra la traslado a un tercero, no veo por qué no quede obligado a reparar a ese tercero. Entiendo en el legítimo derecho de evitarme el daño, actúo en estado de necesidad, pero no encuentro razón por la cual no deba indemnizar a las personas a las cuales transfiero el daño. En el artículo 959, relativo a limitaciones por causa de necesidad, se admite el estado de necesidad, pero con reparación. Entonces hay una contradicción de fraude ético en el Código

Civil. No parece que el artículo 959 debería servir de ejemplo para el tratamiento de estas temas.

En el artículo 960 encontramos que hay un ejercicio regular de un derecho pero con lugar a reparación. Es el caso, por ejemplo, de un predio vecino que se utiliza para trabajar tierras y materiales de construcción propios. Es cierto que en los sistemas convencionales de responsabilidad civil, el ejercicio regular de un derecho es un eximente de responsabilidad, pero nuevamente no veo en estos temas nada nuevo para que actúe como tal, sobre todo en la teoría del riesgo. La lectura del artículo 960 es que el ejercicio regular de un derecho es lícito, pero si causa daños debe generar, con justicia, la obligación de reparar.

El artículo 961 alude al dolo socialmente tolerable, para cuya determinación se emplean las circunstancias específicas en vez de normas y estándares estrictos, lo cual resulta de gran interés. La estrategia aplicada en el país para adecuar la actividad productiva e industrial a las exigencias ambientales establecidas por las leyes contempla la definición de límites permisibles de contaminación, socialmente tolerables para tal o cual situación. Son entonces estos límites permisibles los que establecen la frontera entre lo lícito y lo ilícito. En consecuencia, en el Perú, tratándose de responsabilidad ambiental quien está en la frontera de lo lícito no responde, quien sobrepasa la frontera de lo lícito responde plenamente. Para ser dentro de la frontera de lo lícito, las circunstancias pueden determinarse que esos parámetros establecidos por las normas legales resulten excesivos, sea para una comunidad, un determinado grupo de personas o un vecino. Es interesante que el artículo 961 del Código Civil aplique puntualmente esos supuestos y además que bajo ciertas circunstancias una actividad lícita puede tornarse antisocial y sujeta a caso de daño o obligación de reparar. Es una buena lección la que nos brinda el artículo 961.

Por último, el artículo 963 contiene un importante aporte. Me refiero a las externalidades producidas por actividades inertes dentro del ejercicio regular del derecho, pero que pueden afectar el derecho de terceros. Un caso típico es el de actividades distintas o incompatibles que

dependen de un mismo ecosistema o se valen de los mismos recursos. Por ejemplo, el artículo 963 puede aplicarse a la construcción de un sistema de pozos para extraer agua quien construye un pozo en su predio no puede con ese sistema el uso del agua de los vecinos a través de sus respectivos pozos. Si construimos los pozos por ecosistemas, podríamos decir que en un ecosistema determinado existen ciertos recursos que cumplen una función ecológica de la cual dependen otros recursos, la misma que debe ser respetada por quien los utiliza y aprovecha. No se puede en una misma cuenca, aguas arriba, afectar al bosque de tal manera que se reduzca la producción del líquido utilizando aguas abajo, aunque los objetivos sean benignos, como en el caso de un reservorio para consumo humano o la construcción de una central hidroeléctrica. Aquí hay una función ecológica. Lo que nos está diciendo el artículo 963 del Código Civil es que se puede ejercer regularmente un derecho pero sin perder de vista que ciertos justificadamente tutelados se van a afectar tratándose de riesgos se ignora la posibilidad de la indemnización o se reduce la producción de la obra. Esta es una consecuencia jurídica muy relevante en la medida que los demás sistemas no posibilitan efectos tan contundentes. Las limitaciones por razones de sociedad obrera, sin duda, valdrán imperiosas para la aplicación de la responsabilidad ambiental.

Un caso especial dentro del sistema de responsabilidad civil extrac contractual es el de la responsabilidad por ruidos del edificio, nuevamente interesante porque tiene dos facetas. La ruidos del edificio genera responsabilidad si es que se produce por falta de conservación y también si es ocasionada por falta de construcción. En el primer caso, la responsabilidad puede ser atribuida al propietario, ya sea por culpa directa o culpa indirecta si no estaba en posesión real del edificio. Siempre podemos afirmar que la conservación está a cargo del propietario, y entonces allí tenemos un caso de negligencia. Pero ¿qué pasa cuando la responsabilidad se deriva de la falta de construcción? Si el propietario no es el constructor, ¿quién es su responsable? Podría tener una responsabilidad legal, pero no una responsabilidad derivada de la culpa. Eso es interesante porque nosotros veni-

nos acostumbrados a leer las palabras edificación, edifice pensando en el ámbito estrictamente inmobiliario, sin notar que toda construcción o fábrica es una edificación. Una cancha de relevé, inimaginablemente, es una edificación. Por lo tanto, no propiamente tendría que responder si hay un defecto de construcción, aun cuando no le haya construido él. Esto es en consecuencia una responsabilidad objetiva interesante.

Por último, dentro de este análisis rápido de los sistemas de responsabilidad tenemos el principio constructor-pagador, una responsabilidad consagrada finalmente en el artículo 1, inciso 6, del Código de Medio Ambiente, que establece como un instrumento de política ambiental que el que contamina debe pagar. Digo finalmente porque el Código sólo lo enunció, pero no fue más allá. En consecuencia tenemos que a partir de esos principios, los costos de prevención, vigilancia, recuperación y compensación de deterioro ambiental serán a cargo del causante del perjuicio.

La pregunta que debemos plantearnos es, si a partir del artículo 1, inciso 6, del Código de Medio Ambiente, contamos en el Perú con un sistema especial de responsabilidad civil o, en su defecto, éste se tiene que integrar a los sistemas de responsabilidad ya existentes. Lo segundo, como fórmula, resulta poco conveniente porque significa imponer al terreno ambiental, duplicándolo, los problemas ya presentes en los sistemas de responsabilidad civil convencionales. Por ejemplo, los sistemas de responsabilidad civil se refieren a la reparación como indemnización, reduciendo el concepto de reparar al mero pago de dinero. El Código del Medio Ambiente, en cambio, otorga un alcance mucho más amplio al concepto de "reparar", que a la luz del artículo 1, inciso 6, lleva adelante la noción de compensación, imponiendo la necesidad de restituir el ambiente dañado, lo cual también significa prevenir para no seguir causando daño, porque no se puede reparar el ambiente si se le sigue agrediendo. Esta definición se ve limitada en el Código Civil a una idea mucho más estrecha de indemnización.

Nos preguntamos entonces si tenemos o no un sistema de responsabilidad especial en el Código del Medio Ambiente. La respuesta

es afirmativa, más aun si el Código no obedece ninguna causal estricta de culpa. Se abren entonces un abanico de interrogantes. La primera es si tenemos como consecuencia una responsabilidad absolutamente objetiva por daños al ambiente, y si siendo así, es posible aplicarla con eficiencia y eficacia en una economía como la peruana. Por otra parte, si la responsabilidad de la que habla el Código del Medio Ambiente no constituyere un sistema de responsabilidad civil autónomo, es válido preguntarse si esto obliga a cargar sobre los hombros con todos los problemas que tiene el sistema de responsabilidad civil convencional del Código Civil.

Mi presentación ha buscado identificar algunos de los problemas presentes en el Código Civil para la responsabilidad por daño ambiental y se ha intentado a ubicar en el ambiente para su eficiente aplicación. El diálogo con todos contribuyó a nuevas precisiones que situaciones resultan que ser materia de legislación, adopción o jurisprudencia que nos deberían tomar en cuenta los jueces y abogados que tipo de objeciones puede oponer un demandado por responsabilidad civil para evadir una justa y razonable obligación a indemnizar por daños al ambiente. Quedo a disposición de ustedes para profundizar en estas temas.

## BONDA DE PREGUNTAS

### Participación

Se promueve la más viva y honesta y didáctica, Dr. Fernando. Quiere aprovechar para preguntarle cuáles serían a su criterio los problemas que plantea nuestro Código Civil con relación a la individualización de la responsabilidad frente a un daño colectivo, como es precisamente el ambiental.

### Doctor Enrique Ferrando

Uno de sus primeros repases al Código Civil se que concibe la responsabilidad civil extracontractual como una responsabilidad individualizable: aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. Sea por culpa o por poner un bien riesgoso, la indemnización siempre está pensada en función del otro. ¿Quién es el otro? Cuando se causa un daño al ambiente, un bien colectivo, y no hay una víctima individualizable, sino que éste es un ser de una población, el pueblo —la colectividad—, ¿podría el juez decir que se ha causado un daño a otro y hay que indemnizar? Pues parece que la obligación de indemnizar en el Código Civil se funda en la víctima, no en el daño. Si no hay víctima, no hay indemnización, cuando en materia de intereses colectivos, si hay daño hay indemnización, aunque no sea individualizable la víctima. La dificultad de los jueces para precisar a la víctima —al otro— aparece, en consecuencia, en primer orden. Ahora bien, el interés colectivo está tutelado por la Constitución, está tutelado por el Código del Medio Ambiente, está tutelado por las normas sectoriales. Un adecuado entendimiento de esta condición llevaría expeditivamente a la conclusión de que la colectividad entera es el otro. Este ejercicio interpretativo puede sin embargo ser ignorado por el juez. Y así se produce la separación.

Por otro lado, si tenemos el problema del otro, también tenemos el problema del aquel. ¿Quién es aquel? porque al parecer también debe ser individualizable, aunque difícil en materia de daños ambientales donde a menudo existen varios agentes que son coautores. Nin-

guna de ellas es autor o responsable de la causa del daño sino parte de una acción conjunta en la que no es posible establecer el grado de responsabilidad para cada uno. Y a falta de un aquel, tampoco tenemos respuestas jurídicas.

Esto nos lleva al tema de la relación de causalidad adecuada, porque así como son necesarios un aquel y un otro, ha de estar presente un vínculo causal claro entre el hecho y el daño. El Código Civil no nos dice qué cosa es la causalidad adecuada, a mi juicio para no mezclar conceptos de la imputación de obligaciones a la responsabilidad civil extracontractual y restarle así flexibilidad a esta última. Es el juez quien señala dónde hay causalidad adecuada, e identificándola en casos de daños indirectos, daños futuros o daños continuados, dispone entonces qué habrá que reparar. Pero en este momento el tema está referido a la jurisprudencia.

Debemos formular sin embargo ciertas consideraciones emergentes en materia de causalidad adecuada. Por ejemplo, aquellas actividades típicamente riesgosa o peligrosas están obligadas a emprender un Estudio de Impacto Ambiental y cumplir todos los parámetros, normas y guías consagrados legalmente en el País para defender el ambiente. Las normas establecen que el Estudio de Impacto Ambiental debe analizar los efectos directos e indirectos de la actividad y mantener adecuadamente ambos. En consecuencia, se crea tanto la obligación de paliar los posibles daños derivados de los efectos directos e indirectos como de responder administrativamente por ellos más allá de lo que estipula el Estudio de Impacto Ambiental. En tal sentido, resulta absolutamente razonable que cuando se trata de indemnizar, se haga lo mismo respecto a los daños directos e indirectos. ¿Lo verá igual un juez? Debería. Pero en ese caso ¿qué pasa con aquellas actividades que no requirieron un Estudio de Impacto Ambiental y que, en consecuencia, no se han participado a los daños directos e indirectos?

Precisamente, la previsibilidad o imprevisibilidad de los daños plantea nuevas dificultades al principio de causalidad adecuada, en tanto que no queda claro si éste se circunscribe al caso de daños previsibles o si también abarca el campo de los daños imprevisibles. En materia



ambiental ciertamente puede haber gran cantidad de daños imprevisibles. ¿Son reparables estos? La teoría del riesgo parecería contestar que no, porque su fundamento es justamente la previsibilidad en el sentido de responsabilizar a quien introduce el riesgo o peligro por aquellos daños que específicamente ha previsto pueden derivarse de ese riesgo o peligro. Sustraer los daños imprevisibles de la teoría del riesgo supondría meterlos bajo la teoría subjetiva y aceptar, entonces, que en ausencia de culpa los daños imprevisibles causados en el ejercicio regular del derecho no son reparables. ¿Es más eficiente? Me parece que no.

#### Participante

En algún momento de su presentación usted ha señalado que el Código del Medio Ambiente plantea un sistema especial de responsabilidad sin cuantías eximentes de culpa. ¿Cómo funciona esto?

#### Diego Enrique Ferraz

Los actuales sistemas de responsabilidad plantean cuestiones que no tienen que ver específicamente con el tema ambiental, sino con el propio Código Civil. Tenemos primero que el Código Civil ha asimilado la teoría del riesgo a la teoría subjetiva y tratado ambas como si fueran un mismo principio. Eficientemente, la teoría del riesgo supone que la introducción de un riesgo genera el deber de reparar, aun se trate del ejercicio regular de un derecho. El artículo 1971, en cambio, declara que no hay responsabilidad cuando existe ejercicio regular de un derecho, aun dentro del sistema de la teoría del riesgo. Eso significa que para hallar responsable a alguien que introduce un riesgo o un peligro, debe probarse antes que actuó fuera del ejercicio regular de un derecho, es decir, demostrar antijudicialidad y culpa, con lo cual estamos nuevamente en la teoría subjetiva. ¿Para qué tenemos entonces la teoría del riesgo? No me parece por lo menos a mí que se haya legislado correctamente en este punto.

Tenemos otros casos eximentes de responsabilidad. El precepto 1972 señala específicamente que no existe responsabilidad en la ter-

ria del riesgo cuando se presenta causa fortuita, fuerza mayor, imprudencia del que padece el daño o hecho de terceros. Estos casos eximentes de responsabilidad son típicos del sistema subjetivo y aplicados a la teoría del riesgo atacan su eficiencia al exigir (exonerar la acción de culpa. Estas causales incrementan lo que han hecho es desvirtuar la piedra filosofal económica que sostiene la teoría del riesgo, y bajo su óptica se tornará muy difícil aplicar el principio contaminador-pagador. Pese a saberse causante de un daño que ataca el entorno, y obligado a asumir ese costo, quien contaminara hallará en estas causales ocurrencias para evadir su responsabilidad. Podrá alegar que actuó dentro del ejercicio regular de un derecho o que el daño constituye un caso fortuito o fuerza mayor, y se verá exonerado de reparar. Estas son cosas que a mi concepto deben ser revisadas para que la teoría del riesgo cobre su verdadera fuerza y adquiera idoneidad en casos típicos de responsabilidad como el de las responsabilidades colectivas.

#### Participante

¿Cómo opera la legitimidad en los casos de acciones colectivas y particularmente las referidas a la temática ambiental?

#### Diego Enrique Ferraz

El Código del Medio Ambiente habla de legítimo interés en respuesta al Código Civil, que exige para poder plantear una acción, la existencia de un legítimo interés económico o moral, pero restringe el interés moral a los casos en que afecta al demandante o su familia. ¿Qué interés puede tener en delitos del medio ambiente una persona que plantea una acción judicial? Como estamos hablando de un daño colectivo, donde no es posible individualizar un interés económico, se tratará fundamentalmente de un interés moral. Para resguardarlo, el Código del Medio Ambiente declara que el interés moral sujeta la acción aun cuando no afecte al agente o a su familia y otorga así a cualquier persona el derecho a una acción rápida y efectiva en delitos del medio ambiente.

Acción rápida y efectiva. Difícilmente podemos aceptar que una acción de responsabilidad civil dirigida a obtener una reparación no responde a esta descripción. Al Código Procesal le debemos una bendición, pero si bien nos abre la puerta, después nos la cierra. El Título Preliminar del Código Procesal dice que se requiere interés para obrar en toda acción, salvo en defensa de intereses difusos. Como eso es el caso de un reclamo para proteger el ambiente, el demandante no necesariamente invoca legítimo interés ante el juez, y quedaría expedito para plantear la acción sin mayores trámites. El artículo 82 del mismo Código firma aperturadamente esta apertura puesto que sólo reconoce legítimo interés a las asociaciones sin fines de lucro y al Ministerio Público, dando además al juez la potestad de desconocer esa atribución. Si el juez, aparte, considera que la acción no es idónea, entonces nada ocurre.

¿Cuál debería ser la solución para remediar esta incongruencia si es que se produce una modificación legislativa? Yo pienso que debería estar en la línea de hacer prevalecer el Título Preliminar y armonizar más bien el artículo 82 para regresar a la persuasión hecha en el libro de que toda persona está legitimada para actuar en defensa de intereses difusos, estableciéndolo en el Título Preliminar y que el artículo 82 se ocupe.

La contraparte del asunto de la legitimidad es el tema de quién debe ser beneficiado con la reparación. Si se acude al Poder Judicial con una acción de corte colectivo, ¿podría el juez determinar qué asociación está legitimada para cobrar o cuál comunidad? ¿Si la asociación es condenatoria, va a cobrar la asociación? ¿Y en ese caso, cómo va a disponer del dinero? Si ese dinero pertenece a la colectividad entera, ¿cuál es el órgano designado por el Estado y las leyes para cobrarlo y administrarlo? No hay un órgano nominado para esos efectos. El juez bien podría decirle que aquel que presenta una demanda legítima pero no está en capacidad de cubrir la reparación, entonces para todo efecto no está legitimado. ¿Pues quién se queda con la reparación, acaso un municipio? ¿Y bajo qué orden legal? Este es un problema de redes políticas y un gobierno tibialito cuando se plantea un acción destinada a reparar daños ambientales.

Para terminar, tengo un último tema. La legislación sectorial en materia de medio ambiente está evolucionando no sólo en el sentido de establecer una sanción administrativa para el causante de un perjuicio ambiental, sino también en el de imponerle el deber de reparar el daño causado. Un ejemplo es la norma por la cual OSINERG regula del Ministerio de Energía y Minas las competencias de fiscalización antes asignadas a la Dirección General de Electricidad y la Dirección General de Hidrocarburos para tratar bajo su jurisdicción. Esa ley establece que OSINERG podrá aplicar multas y también fijar medidas compensatorias por el daño causado, entre es, obligaciones de reparación. OSINERG ordena eso, y lo hace administrativamente. Desde luego, este hecho genera un conjunto diferente de problemas. Pues quien regará o indemnizar por disposición administrativa podrá obviar según el fundamento del caso lo que está exonerado de obligaciones decretadas en el ámbito judicial. En cambio el demandante podrá decir con toda razón que la reparación pagada es un problema administrativo.

A pesar de estas objeciones, me parece muy eficiente el mecanismo de exigir administrativamente al causante de un daño el deber de reparar: reparar, recuperar el ambiente lesionado, no indemnizar, darle plata a la víctima. Conciliar debidamente la responsabilidad administrativa, la responsabilidad civil ambiental y la responsabilidad civil extrac contractual agilaría y otorgaría un impacto real a las demandas por daños ambientales, generando una adecuada internalización de costos y una eficiente reparación, rápida y comprehensiva.

#### Participación

Pienso que la responsabilidad civil extrac contractual har sentido de por sí fundamentalmente en un mundo donde las cosas se propician a la gente y el daño resultaba mucho más individualizado. Creo, sin embargo, que algunas herramientas del Código Civil podrían ser potenciadas a través no de modificaciones sino de una adecuada interpretación. Un tema que mencioné antes es el del interés colectivo, vinculándolo al campo ambiental sobre la idea de que las

cosas ambientales son bienes colectivos. Pero que no necesariamente es así. Hay en realidad daños individuales que amaran la categoría de colectivos sólo porque no se les asigna un bien privado y, en consecuencia, muchas veces el sistema puede cargar los problemas ambientales dando derecho de propiedad. Sólo nos quedaría un derecho de propiedad, con lo cual nos referiríamos a un problema de responsabilidad contractual.

#### Doctor Enrique Ferrando

Me explica muy brevemente sobre eso. No es que haga realmente una distinción tan diametral. De hecho un mismo daño tiene siempre un componente individual y un componente colectivo, como las dos caras de una moneda. Si se afecta una laguna y esa laguna tiene una función ecológica pero existe propiedad privada sobre ella, además de afectarse el patrimonio individual se ha afectado al ambiente. Lo mismo ocurre en otros campos del patrimonio colectivo, como por ejemplo, la salud o la protección al consumidor. Todos estos derechos tienen una dimensión individual y una dimensión colectiva.

#### Participante

Entrando a un tema más de fondo, se hizo referencia al artículo 1971, inciso 1, en el sentido de que la consignación amplia del ejercicio regular de un derecho implica que por la banda las vertientes de la teoría del riesgo. Tengo la impresión de que no es así. Si a lo que dice el artículo 1971, inciso 1, sobre el ejercicio regular de un derecho se agrega el derecho a dañar, es decir, el ejercicio regular de un derecho a dañar, me parece que se conserva el espíritu de la teoría del riesgo. La teoría del riesgo me permite a mí ejercer un derecho que eventualmente puede dañar a alguien, pero ese alguien también tiene derechos y yo tengo derecho de especular en externalidades. Por ejemplo el sistema aéreo que yo puedo regular mi vehículo, que es una externalidad capaz de dañar a otros. Ahora, si me cruzo la luz roja cuando no hay congestión de tráfico, actúo según un ejercicio regular, pero en-

tonces me he que irresponsable. De modo que si uno limita el ejercicio a dañar a aquellos sucesos en que el sistema jurídico reconoce la posibilidad que alguien dañe, el artículo 1971 resulta totalmente compatible con la teoría del riesgo.

#### Doctor Enrique Ferrando

No me parece, porque existe definitivamente el legítimo derecho de dañar. Si no fuera así, ninguna actividad sería posible. La cuestión es si por tener el derecho de dañar, me encuentro exento de responsabilidad. No es el caso de poner la luz roja, pues no constituye el ejercicio regular del derecho de conducir un vehículo.

#### Participante

Según la teoría del riesgo yo tengo el legítimo derecho de actuar como vehículo.

#### Doctor Enrique Ferrando

Posible, en cierto, por ejemplo, el legítimo derecho a contaminar el río siempre y cuando se cumpla con los límites máximos permisibles. Pero eso no evitara malograr el río. La pregunta sigue siendo: ¿tiene uno en ese supuesto el deber de reparar el río que malogré?

#### Participante

Está bien, pero tengo que ver si efectivamente el daño se hizo con conciencia. Esa es la pregunta. Y me viene con el segundo punto.

#### Doctor Enrique Ferrando

A ese vez, evaluar si la teoría del riesgo está respondiendo bien a la necesidad de reparar el daño causado en el ejercicio regular de un derecho.

### Participemos

Veamos el artículo 1972, muy vinculado con nuestra discusión porque a su juicio todos los problemas en general son de causalidad. El fin de la responsabilidad extracontractual no es una escape. Ciertamente si insistimos en un sistema objetivo por riesgo la influencia de la víctima, surge un planteamiento subjetivo. Este problema no se limita al derecho ambiental sino se extiende al sistema extra de responsabilidad civil extracontractual, que fue concebido bajo la idea de que hay un hecho y un causante, cuando la realidad es mucho más compleja.

Hago un sistema de responsabilidad verdamente objetiva, sin otro límite que el de la imprudencia o la culpa. Los víctimas de los daños no tendrán ningún incentivo para tomar precauciones necesarias para evitarlos porque el causante es tenido siempre por responsable. Ejemplos ambientales hay miles. En materia, hay cada año toda una discusión entre mineros y agricultores respecto a quién es el causante y quién la verdadera víctima. La Sochum, por ejemplo, provee a los agricultores de un sistema de compensación administrativa, no se si vigente todavía hoy. Como los agricultores saben que fallar a ser indemnizados sembrar cultivos especialmente frágiles a la contaminación. ¿Quién responde era el causante del daño? El problema del sistema de responsabilidad objetiva o de riesgo, en que puede haber un millón de víctimas generando condiciones para maximizar el costo del daño, es que si no se incluye la culpa de la víctima el sistema se presta a abuso. La culpa es un hecho del que todo el mundo se quiere deshacer, pero que nunca vamos a poder matar porque proporcionamos incentivos para establecer genuinamente la responsabilidad. Imaginarse el caso del daño de una librería, con lo cual no quiere contarse ni afectar a nadie. Si el Estado, en lugar de asumir su obligación preventiva, lo firma de agricultores, ¿quién tiene que pagar eso? En el fondo hay una actual sospecha de las propias "víctimas", por lo que finalmente cabe preguntarse acerca de quién crea en realidad las condiciones para que el daño se produzca.

Si uno rompe el concepto y observa simplemente una causalidad cruda de uno, pueden darse las verdades básicas de reducir la probabilidad. La gran ventaja de la teoría del riesgo es que reduce ese costo porque elimina el incentivo, si bien nunca puede eliminar el problema del daño mismo, es decir, la causalidad misma. El gran problema del sistema de responsabilidad civil extracontractual reside en el ámbito industrial, donde si no existe culpa hay que siempre encontrar a víctimas más o menos predecibles que obstaculizan toda acción efectiva. Debe volverse por lo tanto a la causalidad, porque puede ser aquel el que causa un daño, como éste puede ser la culpa del otro. La política causal, que uno a los dos, así lo que agrote los.

¿Cómo establecer entonces un sistema de responsabilidad civil extracontractual en un tema tan complejo como el ambiental? El día que los civiles formales una teoría congruente y exhaustiva de la causalidad y resuelva el problema causal, la responsabilidad civil podrá entrar al sistema administrativo, al penal y a todos los demás sistemas con incentivos adecuados. En la responsabilidad civil extracontractual es casi imposible hoy encontrar un principio de causalidad que permita una internalización adecuada de riesgos, porque la causalidad no sólo sirve para identificar al causante sino para presionar a la víctima. Las teorías de la causalidad probabilística, la causalidad virtual y otras sirven obligar en el fondo a revertir a modelos basados en lo que es tradicionalmente la teoría contractual.

### Doctor Enrique Ferrada

Comparto sus opiniones y particularmente las relacionadas con los cambios existentes de responsabilidad aplicadas a la teoría del riesgo, desde uno autocrítico que se debe reconocer la presencia de la víctima. También comparto en que la imposición de nuestros sistemas de responsabilidad se debe principalmente al problema de la causalidad. Sin embargo, me parece importante señalar que el hecho del tenorio o la imprudencia del que produce el daño son razonablemente hechos que integran la relación de causalidad presunta. En ellos no se verifica una relación de causalidad adecuada entre el riesgo de daño y el daño producido, debido a que éste no es causado por la inercia del riesgo

sin ser motivado por el hecho del riesgo o la imprudencia de quien sufre el perjuicio. El artículo 1971, de esta forma, podría no haber resuelto entre las cuestiones de responsabilidad al hecho del riesgo y la imprudencia de quien padece el daño, y aun así esas cuestiones habrían continuado de responsabilidad al titular del riesgo por faltar la causalidad adecuada. Desde yo si me pregunto si hay o no causalidad adecuada y, por lo tanto, responsabilidad objetiva, es en el caso fortuito, que es el elemento del artículo 1971. Si detrás de una actividad peligrosa, digamos, se produce un daño por caso fortuito sin que haya participación de un hecho externo, me parece lógico considerar que el caso fortuito forma parte del riesgo y no excusa de responsabilidad al que desempeña la actividad. Para algunos, el caso fortuito debe ser extraño a la cosa que genera cierto peligro para constituir un elemento de responsabilidad, porque si no fuera quien no sería propiamente fortuito y daría lugar más bien a un ejemplo de causalidad adecuada. El Código Civil no hace estas distinciones. Para mí, no obstante, el caso fortuito no es un elemento de responsabilidad sino un elemento a considerar en el análisis de la relación de causalidad: ¿el daño se produjo o consecuencia del riesgo o del caso fortuito? Esa es la pregunta correcta.

#### Participación

El caso fortuito, incluso la fuerza mayor, no excluye al demandado de cosas que probar. En el caso de una central nuclear que se contamina cerca del cauce de un río que se evidencia que el río va a seguir su curso natural, pero que en cambio la central puede ocasionar un caso fortuito. El problema allí es el de una mala concepción de la causalidad adecuada. La causalidad adecuada implica un elemento doctrinario un hecho que se repite indistintamente y cuyos daños reproducen los efectos habituales de ese hecho. Colocar la central nuclear en la orilla del río que va a contaminar que el río va a llevar la central nuclear. No se puede alegar allí un caso fortuito o de fuerza mayor, aun cuando el daño ocasionado sea el mismo propietario, ya que la cosa es simplemente negligente. El tema es si la consecuencia está dentro de lo previsible o no, y si es evitable.

#### Doctor Enrique Ferrada

Con respecto al haber habido negligencia o no en la conducta, ya está resuelto a la corte subjetiva. Un ejemplo parecido es citado en mi trabajo para indicar los alcances del caso fortuito como elemento de responsabilidad en la teoría del riesgo.

#### Doctor Jorge Caffarena

¿Hay alguien más que quiere participar antes de que acabe el tiempo de preguntas?

#### Participación

Siempre me ha llamado la atención el principio contaminador-pagador. Yo sé si el hay otros códigos nacionales que lo definen como el Código del Medio Ambiente Peruano, referido a la obligación del causante de la contaminación o asumir los costos de la vigilancia y control. Ahora, como se dijo, ese asunto está relacionado a un comercio económico y cuando en 1992 la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE), que agrupa a los países desarrollados, introdujo el principio contaminador-pagador lo hizo con la intención de que los causantes o agentes de la contaminación financiaran el costo de la vigilancia y el control administrativo, es decir la vigilancia del Estado. El Código Peruano le da otro sentido, siempre. El artículo 1, inciso 6, menciona tres aspectos: prevención, vigilancia, recuperación, además de compensación y planes rectorios una contradicción con el artículo 24, que asigna al Estado los costos de la vigilancia y control de las actividades de medio ambiente. Entonces, ¿en qué quedamos? ¿La vigilancia y el control lo paga el Estado o corre por cuenta del agente causante del daño? Allí necesitamos una precisión para no vernos obligados a hacer referencia a otras legislaciones.

#### Doctor Enrique Ferrada

Es un complemento de acuerdo. La compensación del principio contaminador-pagador es esencialmente económica, no parti-

dica. Además, la Declaración de Río contiene otro principio que declara que quien causa daño debe indemnizar, el cual se relaciona está aliado junto con el principio contaminador-pagador. El resultado de todas maneras es que la internalización de costos ambientales significa no sólo prevenir esos daños, y con esto, contar con la provisión necesaria para reparar los daños inevitables. La finalidad económica aparece entonces al servicio de las actividades jurídicas. Pero es que a partir de allí viene que construye la cuestión.

Ahora, no todos están de acuerdo con la internalización del principio contaminador-pagador o creen que no se debe poner énfasis a la obligación de prevenir. No todos los países tienen las mismas condiciones. Hay países que, por ejemplo, prefieren no liberar al mercado la asignación de costos ambientales y en cambio utilizan mecanismos alternativos, como el pago de tarifas, para obligar al agente a internalizarse o bien fijar tributos a través de los cuales se recupera el costo de la reparación del medio ambiente. Pero es hay más y particular para cada país. Lo importante es analizar la fricción económica entre las externalidades que deben ser internalizadas y las que pueden quedar como tales. Lo que definitivamente no se ha podido hacer en ningún momento y no se conseguirá nunca, en mi concepto, es obligar a todos a asumir todas las externalidades, pues resultaría imposible. Desde ese punto de vista, creo que tenemos una solución relativamente adecuada a la internalización del principio contaminador-pagador en el Código del Medio Ambiente. Si hay una contradicción, está siendo salvada por las normas actuales, al entender que implican la responsabilidad del contaminador de asumir los costos de la vigilancia y control. El órgano fiscalizador obliga al agente a contratar una empresa auditora. Por otro lado, siempre hay un Estado que fiscaliza al fiscalizador. Ese costo siempre es asumido por el Estado, para lo cual los impuestos, como forma de financiación, me parecen un recurso válido e ineludible. Pero la realidad es que el Estado no recupera lo suficiente para financiar la fiscalización y el control, ya que en el Perú no pareciera en práctica los mecanismos del mercado.

No tenemos un sistema administrativo mediante el cual el Estado se convierta en un titular de tributos o derechos destruidos específicamente a reparar daños al ambiente.

**Participante**

La cuestión, a mi entender, es justificar la aplicación del principio contaminador-pagador en términos de reparación del daño.

**Doctor Enrique Fernando**

La respuesta nace de una dimensión jurídica, porque internalizar costos significa también que aquellos daños inevitables puedan ser reparados. Llego un punto en la curva comparativa entre el costo de prevención y el costo de los daños que resulta perjudicial y antieconómico intentar evitar esos daños. De lo que se trata es de ubicar correctamente el punto de equilibrio para evitar una situación de insuficiencia y en este caso sólo es posible mediante una adecuada evaluación de la tecnología y recursos disponibles. Más allá de ese punto de equilibrio, hay un daño necesario, que es el daño socialmente tolerable. (Este daño debe ser indemnizado)

**Participante**

El problema sigue siendo una versión exclusivamente personal del concepto contaminador-pagador.

**Doctor Enrique Fernando**

No te sabría responder. Yo diría que esa es una interpretación recógnita responsablemente la finalidad económica del principio contaminador-pagador. No he visto la traducción específica en otras legislaciones avanzadas en este tema, pero creo más bien que la nuestra abarca todo lo que debería comprender el principio contaminador-pagador.

### Participamos

La Unión Europea estableció para el principio de contaminación pagar un conjunto de definiciones mucho menos amplias que las que aparecen en el Código del Medio Ambiente. Allí se comprometen al contaminador a controlar, prevenir, indemnizar y establecer además de acción, una serie de obligaciones derivadas de su responsabilidad civil, administrativa y penal. En este punto, no queda saber cómo se viene resolviendo en el Perú el tema de la reparación civil por daño ambiental. ¿Es concebido el Código del Medio Ambiente como un sistema propio de responsabilidad o como un régimen objetivo? Necesita de una normatividad específica para su implementación? Creo que estas cuestiones deben resolverse a partir de las reglas de doble interpretación y entender que el Código del Medio Ambiente sustituiría un marco general lo mismo que el Código Civil, el Código Penal y las leyes sectoriales. A partir de allí, se podrá ir definiendo un número de principios específicos para las situaciones planteadas en el terreno ambiental. En ese sentido, creo que cuando el Código del Medio Ambiente habla, por ejemplo, de una legitimidad para actuar amplia está reconociendo que esa actividad no se puede considerar ni sancionar. En España existe una legislación amplia, más amplia que nadie ha cuestionado su vigencia dentro del ámbito administrativo, penal o civil. Parte de un marco general sensible a circunstancias concretas y adaptable a las diferentes situaciones sectoriales, administrativas y civiles.

### Doctor Enrique Fernández

He tenido la oportunidad de familiarizarme con la situación española a propósito de un evento organizado recientemente en Chile, que contó con la asistencia de algunos juristas hispanos. Todas las versiones de acuerdo en que España padece un gravísimo problema procesal-civil sencillamente no se puede demandar por responsabilidad civil por daños al ambiente debido al problema de legitimidad.

El uso general del Código del Medio Ambiente es en efecto una cuestión realmente política, sobre a opiniones favorables y contrarias.

Por lo menos desde el punto de vista del contaminador, creo que es justo que haya seguridad jurídica para determinar si es responsable y de qué. Acaso podemos decir que el Código del Medio Ambiente es en realidad una ley general del ambiente o una ley de principios generales especialmente aplicables al tema ambiental, porque contiene normas y conclusiones específicas capaces de ser integradas a los demás sistemas legislativos. En ese línea, suscribiríamos que en lo tocante a la responsabilidad las normas del Código del Medio Ambiente se suman al Código Civil. Por otro lado, se puede concebir también como una ley especial, con principios específicos que determinan un sistema de responsabilidad propio. No tenga una respuesta clara, pero creo que si alguna situación revuelve en un juicio podría sancionarse, dependiendo de sus intereses, una o más cosas con igual posibilidad de éxito. En tanto no se genere una respuesta legislativa ese punto que la jurisprudencia debería señalar el rumbo. Si la respuesta legislativa es el principio de especialidad y dependiente entonces creemos del Código del Medio Ambiente una responsabilidad especial, creo que ésta puede ser legislada de forma absolutamente efectiva.

### Participamos

Me queda la curiosidad de saber el destino de una demanda en que no existe una víctima identificable. Asimismo, ¿tiene solución el tema de la cantidad adeudada?

### Doctor Enrique Fernández

Aun si no existe una víctima con derechos patrimoniales sobre los bienes perjudicados, y por lo tanto indemnizables, el daño probado, el mero existencialmente, debe generar la obligación de reparar. Entonces la verificación del daño debe ser machada. Ya será cuestión de probar extrajudicialmente si es que hay una víctima con derechos de propiedad o de cualquier otra naturaleza sobre los bienes afectados y materiales, en consecuencia, a cobrar la reparación. No debería en buena cuenta ser un obstáculo legal el que no exista una víctima individualizable. Creo que por ahí debe estar la solución.

En cuanto a la causalidad adecuada, honestamente es un tema tan difícil que no sé si deba quedar librado a la jurisprudencia, como ocurre ahora, o someterse legislativamente a ciertos márgenes de delimitación técnica. Hay temas ya problemáticos con relación a la política ambiental sectorial dirigida por la CONAM, que ha dictado recientemente una norma buscando establecer estándares de contaminación permisibles. Lo que se ha establecido es un sistema de jueces que reconoce que varios agentes pueden afectar al mismo ambiente pero los castiga de responsabilidad en la medida que todos cumplan con el principio del ejercicio regular de un derecho. Este esquema se distancia del concepto clásico de la causa eficiente, porque bien puede suceder que uno de los agentes trasgresa la norma y ocasiona un perjuicio inaceptable socialmente. Eso no constituirá un embargo causa eficiente desde el supuesto que el daño surge de la contribución de todos, sin considerar la extralimitación de uno. Así, no hay reparación.

Como que debemos repensar el manejo de la gestión ambiental por un lado, y los alcances de nuestra doctrina de responsabilidad civil por el otro. Porque se supone que deberían estar perfectamente concordados. De este modo, el manejo de la política ambiental debería contemplar, en caso de crisis, que el sistema de responsabilidad civil responda. Más que una situación tenga un problema.

**Doctor Jorge Calles**

Bueno, creo que este diálogo ha sido realmente satisfactorio y que podemos cerrar así la primera parte. Finalmente el tema de responsabilidad aparece tan interrelacionado que es muy probable que volvamos a retomar conceptos en los siguientes dos bloques.

**IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑO AMBIENTAL**

**Doctor Manuel Palque-Vidal**

Muy buenas tardes. Me ha estado rondando con seguridad bloquear sobre responsabilidad administrativa ambiental, pero lo cual, sin embargo premeditado, dejé en el uso de la palabra al Dr. Jorge Durán.

**Doctor Jorge Durán**

Voy a referirme en el tiempo asignado a los temas centrales propuestos en los Términos de Referencia de la Consultoría y centrarme entonces en algunas cuestiones relevantes de la responsabilidad administrativa por daño ambiental. Para esto, haré referencia a las preguntas e ideas principales surgidas del contenido del informe preparado por la SPDA.

La primera inquietud se dirige a la relación existente entre la legislación y los procedimientos administrativos y judiciales que rigen los casos de responsabilidad por daño ambiental. Al respecto, he puesto especial atención en la Ley 16631 del 21 de junio de 1996 que condiciona la formulación de denuncias por delitos ambientales contra la ecología a la existencia previa de un informe de las entidades sectoriales competentes. Sobre este artículo con Carlos Carró que constituye una vinculación procesal para que puedan prosperar las denuncias penales. Este tipo de disposiciones no es del todo extraño en nuestro derecho, sobre todo en acusación administrativa, como lo prueban algunas normas de INDECOP y SUNAT que subordinan también la actuación de la justicia penal a informes favorables de la entidad administrativa especializada. Entiendo pues que en este caso lo que ha querido el legislador es que el fiscal cuente con elementos de juicio para evaluar precisamente la pertinencia de la denuncia penal por la comisión de un delito ambiental. Este es uno de los primeros temas de mi análisis.

Vinculado a la materia, aparece el tema del caso del informe, relativo al proceso evaluaciones, pruebas o pericias. Sobre el particular, he



trivando las teorías sin encontrar mayores precisiones. Desde luego se acepta que el Poder Judicial y el Ministerio Público no van a asumir las cuotas, como se afirma, y hay que reconocer aquí un problema. Como estas establecidas en el Perú las normas administrativas, sería quizás deseable que la administración imponga el cobro de tasas mediante una moción en el TUPA, según acuerda la norma del TSL. Si bien podría asegurarse que la tasa en cuestión corresponde fundamentalmente al Estado y también entonces sus gastos, no pueden considerarse impropias recaudaciones o formas de financiamiento como, por ejemplo, las multas. A falta de normas específicas, creo que la sanción pecuniaria es una medida aceptable, que podría ser complementada por cobros derivados de servicios puntuales como el acceso a información documental. Más allá de estas opciones son muy difícil la aplicación de mecanismos para resolver el problema del costo de las reformas.

La posibilidad de aplicar simultáneamente sanciones penales y administrativas por una misma conducta es otro tema que llama nuestra atención. El artículo 117 del Código del Medio Ambiente lo trata de manera general cuando señala que la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal. Este asunto no resulta extraño a nuestro derecho, donde el sistema de mercado de valores hace la misma referencia. Entiendo que este es un tema controvertido, sobre todo en la doctrina penal donde el principio del non bis in idem garantiza que no podrán haber dos sanciones por una misma conducta. El asunto es susceptible de diferentes análisis, ya que este principio puede prevalecer que una infracción sea sancionada dos veces administrativamente o, en el otro extremo, darle castigo a una conducta con implicancias administrativas y penales distintas. Con todo, llamo la atención sobre el hecho que la generalidad de legislaciones especiales de nuestro ordenamiento jurídico señala que cualquier tipo de responsabilidad administrativa es sancionada sin perjuicio de las demás a que haya lugar.

En el otro extremo, encontramos el supuesto que sanciona las acciones administrativas a la comisión de una única conducta. Imaginemos que se produce un delito de privación con efectos distintos sobre

diferentes bienes y jurisdicciones. Aparentemente el hecho faculta la intervención de diversos entes: autoridades del medio ambiente, organismos sanitarios, municipalidades, el Ministerio de Marina. Surge un problema de competencia como testimonio, a mi juicio, exigiría analizar cada caso de forma particular y según las normas compatibles. Lo lamentable es que aun existiendo normas expresas que fijen competencias para cada uno de los entes, éstas no podrían aplicarse por carencia de una norma de ordenamiento que señale explícitamente el destino administrativo de un hecho donde concurren diferentes leyes. El proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo, a través del principio denominado concurso de infracciones, aporta a este respecto una solución probablemente imperfecta al establecer que aquella conducta sujeta a varias sanciones deberá ser reprimida con la más grave. De nuevo, es un principio derivado del derecho penal.

Como materia esencialmente vinculada, aparece la forma en que la doctrina legislativa percibe diferencias el ilícito administrativo del ilícito penal ambiental. Aquí resulta curioso que corresponde al legislador determinar si una conducta será sancionada penal o administrativamente. En dicho, no existe una reserva constitucional que establezca la necesidad de sancionar ciertas conductas por los tipos penales y a través del Poder Judicial.

La relación entre ambos campos surge del hecho que para aplicar las delictos contra el medio ambiente y preservar su contenido y alcance, nuestro legislador apeló a la técnica legislativa de la ley penal en blanco, acudiendo entonces a normas no penales, principalmente administrativas, para complementar la configuración del tipo penal. Así por ejemplo, las normas que fijan los niveles tolerables de contaminación son muy frecuentados en estos casos. Por otro lado, creo que el destino va a depender de la importancia que el legislador le asigne a una conducta como tipificada o no de un delito o parte del principio penal de mínima intervención. En este sentido, se recomienda que el legislador utilice la tipificación de delito penal solamente para los ilícitos de mayor gravedad y cuando la conducta es genuinamente nueva e imprevista.

Por diferentes razones, las sanciones administrativas se ofrecen muy a menudo al legislador como una mejor alternativa a las sanciones penales para prevenir conductas dañinas al ambiente. En primer término, aseguran un control de mayor especialidad en la medida que son aplicadas por entidades administrativas más cercanas a la producción de los hechos y técnicamente mejor dotadas. Además, posen la ventaja de basarse en la mera imputación objetiva, esto es, la simple constatación de la infracción, sin necesidad de la voluntad o el dolo como causales. En tercer lugar, está el efecto disuasivo que se desprende de la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica, algo inevitable en materia penal, donde solamente se admite la responsabilidad de personas físicas, aunque debe reconocerse que en Europa existen hoy ciertas doctrinas que apuntan también a un tipo de responsabilidad penal de la persona jurídica sin necesidad de ciertas consecuencias administrativas. Un último beneficio es el dado por la opción de atribuir la responsabilidad de la persona jurídica a los titulares de la empresa —directores y gerentes—, práctica común en el terreno bancario. Esta reforma también el cumplimiento de la legislación. En general, cuando lo institucional administrativo como una modalidad de intervención administrativa que nuestro legislador ha establecido para la defensa del medio ambiente. Existen sin duda otras modalidades de intervención administrativa, como la regulación, la prohibición de determinadas actividades, los permisos, autorizaciones y licencias que probablemente sean mejor conocidos por ustedes.

Las facultades para iniciar un procedimiento administrativo han sido una discusión permanente en materia ambiental. La legislación nacional garantiza, en verdad, a cualquier persona o grupo de personas sus derechos. Aunque no existe una norma que lo avise expresamente, podemos referir una legitimidad amplia del artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente: "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". Ciertamente una interpretación restrictiva puede llevarnos a pensar que el texto alude

al Poder Judicial. Pero es posible inferir que la norma le otorga a cualquiera el derecho de denunciar la comisión de algún tipo de infracción ambiental tanto en los ámbitos judiciales como en los administrativos. Uno a modo de antecederse algunas normas especiales, entre ellas el Reglamento para la Promoción Ambiental en Actividades de Hidrocarburos, que expresamente atribuye legitimidad a cualquier persona para denunciar infracciones.

Esto nos lleva a un tema sumamente controvertido, igual referido a la calidad del denunciante y al hecho de si denunciar lo constituye en parte en el proceso administrativo con las atribuciones respectivas de ser notificado, presentar pruebas e impugnar. Llegado el caso, las resoluciones. Este tema no se discute ni en la doctrina nacional ni, por ejemplo, en la legislación administrativa española. Así, la mayor parte de la jurisprudencia hispana desconoce la calidad de parte a los denunciantes registrados la posibilidad de intervenir en el proceso administrativo mencionado. Una serie de normas, sobre las cuales no me extenderé aquí, fundamentan este hecho en apariencia contradictorio con las leyes que reconocen ampliamente el derecho de cualquiera a denunciar la comisión de una infracción ambiental. El punto, sin embargo, es conceder cada vez más un mayor protagonismo en las demandas ambientales a ese cualquiera. El artículo 53 del Reglamento de Promoción Ambiental señala, por ejemplo, que frente a la denuncia de un particular el funcionario administrativo de la Dirección General de Hidrocarburos puede requerir la presentación de un examen especial suscrito por un auditor registrado. Siempre y cuando no derivemos de esta regulación una tendencia a limitar el rol fiscalizador del ciudadano, tal vez encontremos en ella una primera salida.

La calidad de objeto en materia ambiental es un tema que preocupa a muchos. Sobre este punto hay que advertir que las últimas modificaciones al Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimientos Administrativos contemplan un nuevo plano para declarar la nulidad de un acto administrativo viciado de nulidad en agravio del interés público. Este proceso es nuevo de tres años. Vencido éste, la norma señala que, conociendo la persona, la administración podrá impedita

de oposición y deberá acudir al Poder Judicial vía una demanda constitucional administrativa.

Sobre las atribuciones del CONAM para declarar la nulidad de actos administrativos dictados por otras entidades administrativas sectoriales, se manifiesta en su informe más dudas, porque no aparece claramente configurada su calidad de superior jerárquico, esto a pesar de que su reglamento le reconoce el carácter de última instancia administrativa en determinadas temas. Lo que ocurre es que su reglamento de organización y funciones no resuelve a definir el alcance de esta competencia en la materia específica, es tampoco el tipo de recurso resguardado. Sumergido en tal sentido, que del propio marco normativo del CONAM no se puede derivar fácilmente sus facultades para anular cualquier otro tipo de resolución o acto administrativo dictado por una autoridad sectorial en materia de medio ambiente. Complementariamente, opino que el texto ambiental puede ser considerado de interés público para habilitar la declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo. La carga probatoria en este caso corresponde siempre a la administración, que está en la obligación de certificar que se ha cometido la infracción tanto como que el sujeto imputado es el autor de la misma.

¿Cómo será regulada la última instancia administrativa en materia de infracciones al medio ambiente? Como sabemos, la norma dispositiva transitoria del decreto Legislativo N° 257 señala que las sanciones administrativas previstas por el Código de Medio Ambiente serán aplicadas por las autoridades sectoriales competentes. No obstante existen dos excepciones, la primera operada por el CONAM, que en el artículo 25 de su reglamento aparece designado como el órgano competente para aplicar las sanciones contempladas en el código cuando por ley expresa no se reconozca competencia a institución pública alguna. La segunda excepción involucra a las municipalidades a partir del artículo 111 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que les permite aplicar infracciones administrativas mediante ordenanzas. Así, se dice que la última instancia administrativa en materia de sanciones ambientales estará determinada por el carácter nacional o

local de la autoridad encargada del procedimiento administrativo sancionador, así como por la posición jerárquica de aquella que aplicará la sanción. Dejo para más adelante la discusión sobre ciertas normas destinadas a esta materia en la modificación del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Se ha hablado mucho del principio de simplificación administrativa y ahora tenemos el río con el amarrado por la exigencia de un Estudio de Impacto Ambiental como requisito para la aprobación de toda obra que pueda generar daño o desequilibrios graves al ambiente. Mi opinión es que no y entiendo además que la propia norma ha señalado condiciones para exigir los Estudios de Impacto Ambiental. Este tema aparece inclusive regulado por el Decreto Legislativo 757 modificado por la Ley 26786, artículo 51, que condiciona la certificación del riesgo ambiental y la presentación de un EIA a la aprobación del Consejo de Ministros —vía Decreto Supremo— y la opinión favorable del CONAM. Así, las exigencias para la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental no están libradas al juicio de cualquier funcionario sino que se presentan estrictamente encuadradas bajo un marco legal. Por otro lado, en este punto han llamado mi atención ciertos mecanismos alternativos para la autorización de obras o actividades con riesgo potenciales realmente significativos. El Reglamento para Protección Ambiental en las Actividades de la Industria Manufacturera, por ejemplo, señala una diferencia entre los Estudios de Impacto Ambiental y otros denominados de Declaración de Impacto Ambiental.

Para finalizar, me referiré a las recomendaciones que debería contener en el futuro una modificación a la Acción de Cumplimiento e incluir también al mecanismo de Acceso a la Información Estatal. En ambos casos se han presentado proyectos de Ley al Congreso ante la necesidad de una norma general destinada a regular el acceso a la información en poder de la administración pública. Tratamos la norma constitucional, pero más vamos a leyes que específicamente señalen restricciones al derecho de acceso. Por ejemplo INDECOPI tiene normas específicas sobre protección del sector industrial y comercial, sin

que exista una ley que regule el procedimiento en sí. Desde donde luego el Hilbun Tiro como garantía para tutelar ese derecho, pero con que es indispensable la aprobación de una ley que establezca reglas más precisas en este sentido. Lo mismo vale para la Acción de Cumplimiento, una ley constitucional plagada de errores y llegada de una nueva estructura, como lo deja ver la jurisprudencia publicada hasta la fecha.

**RONDA DE PREGUNTAS**

**Doctor Manuel Pulgar Vidal**

Muchas gracias. Siguiendo la cuestión ya explicada, la mesa queda abierta para cualquier inquietud de los presentes.

**Participante:**

¿Cuál es una acción que debería ser el parámetro para determinar quién sancionará una conducta con varios afectados? Un derrame de hidrocarburos en la vía pública será tratado como un hecho sancionable en el área urbana y castigado penalmente por el municipio. Si el derrame afecta también una zona agrícola es muy probable que el Ministerio de Agricultura quiera asumir jurisdicción, y luego hacer contacto la Dirección de Captación y Fuentes o adicionalmente con la fiscalía las aguas subterráneas. Por su parte el OSINERGIA tendrá que intervenir si se trata de hidrocarburos. Y así indefinidamente. Me parece que una posible solución sería en ponderar escrupulosamente el bien jurídico afectado para determinar así la autoridad competente.

**Doctor Jorge Dasso**

Un criterio inicial, que aunque sea regulaciones normativas más precisas y sustentada en conceptos de riesgo, podría ser la del bien jurídico tutelado. Otro criterio sería el de la sanción más grave y otro más el de la autoridad competente. No tengo realmente una posición firme sobre el particular, sólo admitir que según la doctrina el criterio de la pena más grave debería ser el aplicable, aunque no creo que sea ne-

cesariamente el más conveniente. Tal vez la especificidad de la autoridad competente podría darlos algunas luces, en el sentido que un ejemplo podría involucrar una autoridad específica con jurisdicción sobre el transporte de petróleo, la retara que también competencia para sancionar. Pienso que para darñar cualquier nueva opción legislativa, deberíamos priorizar el análisis de estas posibilidades y en todos los casos establecer transarías de diverencia como el CONAM que está definiendo los criterios aplicables para arbitrar individualmente los conflictos. Eso nos lleva a un tema interesante, que hace referencia a la verdadera eficacia del CONAM como última instancia administrativa. En ese sentido, podría el CONAM, por ejemplo, revisar la aplicación de una multa impuesta por Proquarfa? Actualizarme no lo veo factible, simplemente porque el reglamento no lo permite. El reglamento ha sido muy rígido con respecto a la ley y sólo se refiere a conflictos de competencias entre sectores. Una salida es convertir al CONAM en una suerte de tribunal administrativo, tipo el Tribunal Fiscal, que es quien decide todas las reclamaciones de los particulares respecto de la actuación de la administración tributaria local o nacional, con inclusión de los municipales y afines. Asíp har que aclarar que no se está refiriendo únicamente al tema de sanciones, sino a la posibilidad de resolver controversias, lo cual también lo evidencia dentro de los controles operativamente a la universalidad de los recursos administrativos, contrarrestando la diversidad y dispersión de los recursos secundales. El punto es si eso es lo que se quiere del CONAM. En el ejemplo del derrame de petróleo hay perpetuas para la agricultura, la salud, la conservación de las especies marinas y otros establecimientos, como ya fue ilustrado. En consecuencia se produce un atentado contra diversos bienes jurídicos, cada uno sujeto a una determinada especificación legal y un procedimiento administrativo particular. Desde ese punto de vista, parecería viable la aplicación de varias sanciones. Allí se aboga, sin embargo, el supuesto que protege al demandado ante la posibilidad de recibir más de una sanción por una sola conducta. En este sentido, pienso que el principio penal de imponer la sanción más grave tendría, al parecer, el mismo alfilerado. No tengo una respuesta directa y honestamente mismo difícil llega a una definitiva.

### Participación

Usando los hechos referenciados a la Ley 26631 que exige un informe sectorial como requisito para denunciar cualquiera de los delitos ambientales especificados en el Código de Medio Ambiente. En Pesquería, sector que representa, esto no significa con la presencia mayor problema porque si la inspección interviene en un operativo complementario durante el acto de infracción especificando en qué consiste ésta. Un caso muy particular podría ser el de las cuantas vertidas que superan el límite o tamaño máximo permitido, algo usual, por ejemplo, en agricultura. En estos casos, el acto es levantado y el personal técnico procede a calificar la infracción. Estos informes de registros, por lo tanto, solamente establecen que ha habido infracción a las normas administrativas, mientras la Ley les exige precisamente sobre la posible existencia de un delito penal contra el ambiente. Allí tenemos una situación de interpretación y también una incongruencia pues los funcionarios administrativos no están calificados para determinar que ha habido infracción a la norma penal. El procedimiento se complica más en caso preceda la demanda, pues las empresas sancionadas administrativamente, por lo común, deben enfrentar luego una denuncia penal interpuesta por la Contraloría en cumplimiento de la Ley y el Reglamento del Ministerio de Pesquería que señala que la sanción administrativa debe aplicarse sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Y las empresas que agotan la vía administrativa para impugnar sanciones en ese campo también hacen lo mismo en el ámbito judicial.

En este contexto, me inquieta el destino de aquellas empresas que luego de ser denunciadas en la vía penal con informe administrativo adentro impugnan la Resolución Administrativa. ¿Qué pasará si consiguen una sentencia favorable en la vía judicial, es decir si ganan, por ejemplo, la acción contencioso-administrativa, pero una autoridad sectorial las ha procesado antes por infracción no solamente a la norma administrativa sino a la norma penal? ¿Qué debería establecer una legislación que otorgue a la vía administrativa plena jurisdicción sobre estos casos hasta que se demuestre tanto responsabilidad administrativa como penal.

### Doctor Jorge Davis

Tengo un par de comentarios al respecto. El primero es que de la lectura de la Ley 26631 no se puede concluir que el funcionario administrativo deba acreditar que los hechos infractivos a la norma penal. La norma limita al funcionario a emitir solamente una opinión fundamentada sobre ese punto, la misma que servirá de base al fiscal para determinar la existencia o inexistencia del delito. Entiendo que por cuestiones de conocimiento técnico algunos fiscales quieren trasladarle esa responsabilidad, pero eso constituye un error.

Respecto a agotar la vía administrativa para recién determinar la acción penal, yo opinaría que eso no implica que pueda haber responsabilidad administrativa con independencia de la responsabilidad penal. Sin embargo, podemos precisar casos en los cuales estos principios se tornan dudosos, como cuando en la vía contencioso-administrativa se determina que no hay responsabilidad penal o que la conducta infractora existe pero no es constitutiva de delito. En este supuesto, la resolución contencioso-administrativa es vinculante y fundamentada en esta vía la inexistencia del delito. Otro ejemplo en lo contencioso-administrativo puede referirse a una conducta que se cree que no ha sido cometida, o bien no lo ha sido por el sujeto denunciado. Caso que allí es obligatoria la vía administrativa. Sobre el resto de supuestos creo que hay que ceñirse a la casística. En todo caso, debemos concluir que un defecto de normas administrativas no puede configurarse el tipo penal. El caso opuesto de la existencia de responsabilidad penal no implica, en cambio, la responsabilidad administrativa. A este respecto hay quienes invocan el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que cuando hubiere un conflicto administrativo se suscita necesariamente un conflicto judicial.

### Moderador

Puedo voy a abandonar por unos minutos mi papel de moderador silencioso. Creo que aquí la cuestión de fondo tiene que ver con la forma de lidiar con el sistema de organización del Estado peruano,

que ha evolucionado pero no se ha desprendido de las antiguas formas estructurales. En la práctica conviven en nuestro país tres sistemas distintos: el esquema más tradicional y jerárquico de ministerios, con sus direcciones respectivas; las CFE y los organismos autónomos; después, por último, se crean entidades como INDECOP, que plantea un nuevo modelo desde la normativa regulatoria separada de la supervisión y fiscalización; OSINERG, OSIPTEL, SUNASS y muchos otros organismos del Estado respondiendo a una optima. Buena parte de los problemas de superposición de funciones o las dificultades planteadas por la resolución del CONAM de última instancia administrativa, se origina en la coexistencia deficiente de estos tres sistemas. Coordinar bajo uno mismo un sistema ministerial como el del Estado de Impacto Ambiental se hace casi imposible. En la práctica lo que sucede es que Energía y Minas regula el EIA en tanto autoridad sectorial competente para asuntos ambientales estrictos y específicos, pero está sometido a la interferencia de otros organismos que afirman que la competencia es no tanto de la autoridad sino de la jurisdicción sobre el bien jurídico —el ecosistema— en riesgo. Entonces aparece la Capitanía de Puerto y después el IIRICA, una vez dos sistemas mutuamente incompatibles. Estas situaciones repetidas tienen un efecto negativo en el Estado para diseño de los instrumentos necesarios para una gestión ambiental eficiente. Para las reformas estructurales favorablemente se han diseñado:

#### Doctor Jorge Davis

No creo que el tema sea solamente modificar ciertas estructuras legales. También hay la necesidad de conservar algunas oficinas y organismos. Esto en muchos casos requiere el ejercicio de determinadas competencias por considerarlo como propias o requeridas para fines de legitimación y adaptación. El asunto se vuelve más complejo, además, por la coexistencia de normas legales que no han sido modificadas pese a los referidos que asignan específicamente competencias a distintos sectores, entre ellos el municipal.

#### Participante

El tema de la autoridad competente para sancionar infracciones administrativas es altamente involucrado por la naturaleza misma del ambiente, que lo abarca todo y admite en consecuencia una pluralidad de instituciones o entidades del Estado con competencias específicas. Pienso que cualquier criterio adoptado tendrá acompañadas sus propias dificultades. El concepto de bien jurídico, por ejemplo, no deja de ser subjetivo, mientras que la opción de asignar competencias en base a la sanción más elevada posible significa, en los hechos, promover la imposición de sanciones más severas entre los diferentes sectores. A mi juicio, la solución debe orientarse por el lado de la autoridad competente y contemplar un breve procedimiento que allane el debate jurídico y otorgue autoridad a una institución dirigente para decidir competencia. Esto obviamente requiere desarrollar la jurisprudencia y demanda, a su vez, una clara voluntad política por parte del CONAM, o mi parecer la entidad llamada a asumir esta función de arbitraje.

#### Doctor Jorge Davis

El estado actual de la cuestión hace fácil aceptar que determina- da conducta va ser susceptible de ciertas sanciones cuyo elemento dependiente de las entidades involucradas y los bienes afectados. Como consecuencia en la primera intervención, esos podría ameritar un juicio previo previo para determinar cuál es el bien jurídico afectado y cuál, entonces, la autoridad competente. Siempre y cuando las autoridades ambientales desarrollen criterios cuantitativos para medir el riesgo del daño, como riesgo controlado está haciendo el sector industrial, este opción se presenta razonable. En todo caso, correspondencia a la legislación nacional expresamente a algunos sectores o dependa la competencia de que actualmente gozan. Y esto es posible. El INDECOP, recordemos, consentía hoy todo lo que es sanción a la publicidad engañosa, campo sobre el cual el Ministerio de Salud tenía competencia, lo mismo que los municipios si no me equivoco. Esta decisión ha significado en la práctica un mejor y más eficiente mecanismo

de control. Tal vez sería aconsejable modular las competencias según un criterio de flexibilidad que contemple las singularidades de cada caso. Este es un tema muy concreto donde el CCNAM debería tratar con y aconsejar expertos.

### Participación

El problema de las competencias está relacionado, desde mi punto de vista, con la falta de mecanismos administrativos para definir el derecho ambiental de un modo normativo seguro y predecible. La legislación peruana no ofrece hoy normas y criterios claros a partir de los cuales sea posible para un individuo anticipar el rumbo de un proceso administrativo: saber si su conducta será considerada infracción y, en ese caso, cuál será su costo. Pasa en el Reglamento de Tránsito y en el caso típico del que se pasa la luz roja. Actualmente se evalúan las circunstancias especiales de esta conducta para determinar si razonablemente constituye infracción, con ingenua discrecionalidad a la administración. Pero después no se precisa la sanción a aplicar: sólo se habla de multas que no podrán exceder los 600 UIT. Esto se vincula al tema complementario de la falta de claridad en las sanciones, que son fijadas en letras muy abiertas dentro de nuestra legislación.

Una segunda cuestión radica en la necesidad de establecer criterios claros para armonizar los diferentes instrumentos del sistema de responsabilidad ambiental. Hoy frente a la eventual comisión de un daño ambiental el sistema obliga a pagar una indemnización —es decir internalizar la externalidad generada— además de abovar una multa calculada teóricamente en función a la magnitud del daño ocasionado o posible. Más aún, se puede ir preso. Se previenen entonces tres sanciones de disuasoria, cada una con su propia lógica: a) el juez que persiga sancionar la conducta cuando sanciona penalmente, b) el juez civil que se dedica a internalizar el costo del daño, y c) la necesidad administrativa que castiga la desobediencia sin tener en cuenta los demás mecanismos administrativos. En conjunto, claramente, rompen la compatibilidad a estos tres campos de acción.

### Dice el Sr. Jorge Davis

Dos cuestiones. La primera involucra a los mecanismos normativos para ordenar el régimen administrativo con miras a garantizarla predictibilidad en buena medida, otros lugares que el ciudadano conoce sea que conductas son consideradas infracciones. Sobre esto hay que reconocer que lamentablemente nuestra legislación, a diferencia de otros, es mucho más permisiva en delegar a las normas reglamentarias la tipificación de la infracción o la sanción. Incluso el Código de Medio Ambiente, como veremos, se preocupa de establecer un listado de sanciones posibles —multas, prohibitorias, clausuras, obligaciones compensatorias, decomisos— pero al tipificar las infracciones sólo hace referencia a la violación de las normas contenidas en él y no designaciones adicionales. Este es, sin duda, un tema controvertido. Así por ejemplo, las normas relativas a sanciones en el sistema de telecomunicación están contenidas en la misma Ley de Comunicaciones, pero cambian en el Reglamento de OSIPTEL y otras directivas dadas por este organismo. Por otra, las normas relacionadas a la tipificación de conductas sancionadas en el mercado de valores no aparecen en la ley sino en el reglamento de CONASEV. La ley se limita a señalar los deberes generales mientras que el reglamento de CONASEV los tipifica y, al no, complementarse de hecho que cualquier otro incumplimiento de su norma es objeto de sanción. A propósito de esto, una comisión ha preparado por encargo del Ministerio Justicia un proyecto de nueva ley de procedimientos administrativos para incorporar un capítulo al procedimiento sancionador. Allí uno de los temas que prevalece más conflictivo, conflicto no resuelto, fue que las infracciones debían estar contenidas en normas de rango de ley, pero que esta invocó al reglamento cada vez que surge que ser aplicable. Yo haré en este terreno la posición más garantista, pues pienso que la norma legal debe contener los criterios básicos para establecer la tipificación y llamar al reglamento sólo para desarrollarla más ampliamente. Otros sistemas diferentes actúan como la sanción de nuestra difícil realidad administrativa, pero los tienen separados claro frente a la inseguridad creada. Creo que este problema se funda en la ausencia de una doctrina completa acerca del ejercicio de la comisión sancionadora.

En cuanto a compatibilizar las diferentes herramientas de la responsabilidad ambiental, es necesario el debate con sentido ya que no tengo propuestas concretas. Sin embargo, creo que las sanciones se dirigen al interés de la prevención. Allí debe exigirse al Estado una labor positiva para establecer mecanismos efectivos que refuercen los instrumentos ya existentes: Estudios de Impacto Ambiental, PAMAS, autorizaciones, permisos preventivos. Como complementos, deben formarse unidades o unidades especializadas dirigidas a promover el cumplimiento de las exigencias ambientales y asumir un rol efectivo de fiscalización y prevención. Por último, y no menos importante, el Estado deberá asegurar que las transgresiones sean sancionadas rigurosamente, indemnizadas y reprimidas.

#### Participación

Quiero hacer un comentario general al él, en mi opinión, para el debate en curso. Fiere aparte al hecho que los principios del derecho penal pueden servir como o límites para la autorregulación del poder de la administración pública. Aunque como algo restringido, esto ha sido trabajado desde tiempo atrás por juristas españoles e italianos.

En Alemania se entiende que la administración al ejercer su poder sancionador debe respetar los principios de culpabilidad, legalidad, proporcionalidad. Yo creo que esto puede satisfacer la exigencia de predictibilidad de las sanciones. Así, el interesado puede saber hasta qué punto será sancionado por la administración y conocer también que esta comprende un conjunto de principios que deben respetarse y ser acatados.

#### Doctor Jorge Durán

El proyecto al que hago referencia es necesario ante ciertos vacíos de estos principios concebidos para controlar al poder sancionador y garantizar acceso a él los derechos del ciudadano. Dos vacíos de algunos: legalidad, tipicidad, causalidad, materialidad, inmuta-

bilidad, presunción de legalidad. También carencia de infracciones y acceso a documentos. Todos estos principios están debilitados desarrollados en otros países, principalmente los europeos, desde se recibían los aspectos más garantistas de la doctrina para aplicarlos con las normas nacionales.

#### Doctor Manuel Pulgar-Vidal

Bueno, debo agradecer a Jorge Durán por su presentación y a ustedes por sus intervenciones.



## V. RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑO AMBIENTAL

Doctor Carlos Chirinos

Muchas gracias Jorge, pasamos al tercer y último bloque con el Dr. Felipe Villanueva, a quien le cedo el uso de la palabra.

Doctor Felipe Villanueva

Brevemente quiero señalar que esta no es una exposición, sino una muestra del trabajo de investigación que por encargo de la SPDA desarrollé en coordinación con Carlos Chirinos. Allí discuto como punto central, la efectividad del derecho penal para resolver los conflictos ambientales en el entendimiento de que éste es concebido generalmente —y con razón— como una solución.

En este tema la legislación peruana permite realizar dos aproximaciones: la criminalización primaria —propiamente el contenido de las leyes— y la criminalización secundaria, donde se veñda todo lo concerniente a la aplicación de las normas. Es en este segundo nivel donde encontramos muchas dificultades, ya que son muy escasas las mediaciones de los tribunales nacionales en materia de figuras de criminalización. Como objeto de análisis, por lo tanto, la criminalización primaria resulta más abordable que el tema de la real efectividad del sistema penal ambiental a través de sus normas.

Desconocido, todo el sistema de responsabilidad penal por el daño al ambiente se fundamenta principalmente en la acción del derecho penal garretista, es decir, apoyado en regulaciones derivadas de las normas internacionales, particularmente aquellas que inspiran el derecho penal en este materia. Hablo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por mencionar algún instrumento, o también, en el ámbito regional, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Consecuentemente, muchas normas muestran los mismos conflictos y contradicciones de la legislación internacional, donde, para citar un caso relevante, los principios de culpabilidad primaria incorporados por la Convención de Viena muestran

dieta migratoria, tratándose de narcotráfico, con los parámetros del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas divergencias tal vez tampoco extrañan al campo específico del derecho ambiental internacional.

En nuestra legislación el concepto del daño ambiental predominantemente surge como un primer asunto controversial. Las leyes y la doctrina nacional califican el daño ambiental en función a la gravedad, que debe verseñada con la intensidad de la afectación, es decir, con la existencia, por ejemplo, de un gran número de víctimas y evidentemente de daños. Así, conceptos como el bien jurídico colectivo e interés difuso son puntos de inestabilidad en juego porque se trata de proteger pluralmente un conjunto muy amplio de intereses sin saber al mismo tiempo a quién específicamente se protege. Estos hechos originan los problemas procesales que debemos enfrentar ante la administración de justicia. El monto del interés difuso, principalmente, y sus implicancias sobre la legalidad, son en otros casos procesales, siempre un problema.

Para la definición de bien jurídico personalmente me inclino por una cuidadosa revisión del derecho internacional y las partes constitucionales. El Protocolo de Montreal y el Convenio sobre Diversidad Biológica muestran indubitablemente un marco de referencia para esta tema. En todo caso, considero que el bien jurídico en medio ambiente es un valor pluraldimensional que afecta a bienes jurídicos individuales como la vida y la salud, pero sólo hasta un punto. Personalmente tengo muchas reservas en admitir una definición amplia, lo que ciertamente constituye una tentación para muchos con el fin de dar a ciertos conductos una respuesta penal muy dura. Así pues, forzados en una línea de pensamiento, podríamos identificar la violación al medio ambiente con un asesinato y, por qué no, como un genocidio. Para evitar esta tentación es necesario, tanto, referirnos a las normas del derecho internacional y la doctrina universal de los derechos humanos, tanto como a la Constitución. De esta manera se neutralizarán interpretaciones malintencionadas, verbigracia las vistas en asuntos de narcotráfico, que buscan usar la seguridad nacional como un bien jurídico para justificar la aplicación indiscriminada de sanciones.

A medida del uso de los modelos el derecho internacional garantiza también de modo importante en las definiciones establecidas dentro de nuestra legislación para lo ilícito, lo injusto administrativamente y lo injusto penal. Es evidente que para prevenir superposiciones normativas y evitar sanciones diversas para una misma conducta, se requiere un régimen positivo que delimita los ámbitos de competencia regulatoria del derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Desde el siglo pasado el injusto penal recibe principios muy claros como el de legalidad, culpabilidad personal del sujeto y punibilidad, es decir la estipulación necesaria de la sanción. Desde de ellas, surge la intención de poner límites a la función punitiva estatal en materia penal. Estas figuras evidentemente no han sido desarrolladas de igual forma en el derecho administrativo, pero determinan conceptos diferenciados entre un justo administrativo y un injusto penal.

Un injusto administrativo será el supuesto de una conducta ilícita y peligrosa desde el punto de vista sanitario pero un injusto penal deberá implicar una conducta que haya puesto en peligro grave a la salud de las personas o la vida animal o vegetal. Esto nos lleva a la necesidad de adscribir a los injustos administrativos la noción de peligro abstracto, por oposición al peligro concreto, que debe ser un requisito para establecer un injusto penal. La idea es que el injusto administrativo comprende una cantidad muy grande de figuras y el derecho penal debe ser más bien un resguardo en donde sean pocas cosas. Debemos insistir en el uso mayoritario de mecanismos administrativos y más bien ver el derecho penal como la última opción para la sanción. Esto se alinea con la concepción moderna de esta esfera del derecho, reducida por causas preventivas.

El artículo 304 del Código Penario, referido a la contaminación, resulta un ejemplo apropiado para discutir el grado de detalle de intencionalidad entre los ámbitos penal y administrativo. El artículo aparece plagado de alusiones de tipo penal en blanco como "normas sobre la protección del medio ambiente", "normas que prohíben" o "no contempladas con las normas previstas en el ámbito administrativo". Se abre entonces para el derecho penal una discusión muy importante acerca de

la conveniencia de usar este tipo de figuras que implican remitirse al derecho administrativo. Hacello puede significar efectivamente contar con una verdadera ley de consulta y por eso el derecho penal resguarda finalmente el uso de tipos penales en blanco. No obstante, el derecho penal del medio ambiente acepta pacíficamente estas figuras, a las cuales incorpora aún algunas limitaciones.

Los problemas se ven aumentados por el modo en que en su medio el concepto de normas sobre protección del ambiente al significar, por ejemplo, el delito de contaminación. Este concepto puede o no utilizarse a los instrumentos de control y prevención ambiental que con los medios más adecuados para evitar la contaminación, como los EIA, PAMA o Límites Máximos Permisibles. Es frecuente, entonces, que se generen dificultades y debates de responsabilidad por una incumplimiento de estos instrumentos al concepto de "norma" exigido en el tipo penal. El problema se resuelve aun más si consideramos la existencia de regulaciones estatales donde están estipulados los límites máximos de contaminación. Una pléyade de dudas la problemática de la naturaleza auxiliar y secundaria de la norma penal derivada.

Desde un punto de vista las normas llamadas de tipo penal en blanco violan el principio de legalidad instituido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Comisión Americana. Sin embargo, el hecho real de su utilización obliga a justificar su existencia. Recogamos lo dicho por el doctor Danda para afirmar que la reserva de la ley es compatible con la restricción de los elementos contingentes a los reglamentos, siempre que la ley penal mantenga el monopolio sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición. Estos no deben restringirse, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta. Es necesario que la ley penal determine el valor a proteger por medio de un marco conceptual claro. Así que como no quedará tan abierto a la preponderancia del hecho administrativo.

En cuanto a la conducta de contaminación, tal como está tipificada en la legislación penaria, es necesario que creemos una acción de tener, es decir de demostrar hechos que pueden ser líquidos, ciertos, ciertos o de cualquier otra naturaleza. Aquí hay que hacer algunas

observaciones y determinar una definición muy restrictiva, pues si los resultados resultan indeterminados, no lo son menos los productos finales e incluso intermediarios, como los hidrocarburos. Además aparentemente quedarían fuera de la norma los casos sobre explotación de recursos naturales, como la tala masiva de árboles o la contaminación del mar por lluvia. Esto no quiere decir, sin embargo, que no pueden aceptarse bajo esta definición conductas prohibidas de venales industriales. Además ciertos delitos básicos o la norma garantizarían una aplicación de la conducta típica, otorgándole mayor aceptación al acto de veritas.

Por otro lado, el tipo legal exige que se hayan superado los límites máximos para determinar la conducta de contaminación. Esto constituye un problema de fondo porque la inferencia a que ha tenido acceso señala que no todos los reglamentos ambientales tienen claridad analítica en sus topes, con lo cual podría argumentarse que la imputación penal resultaría inaplicable. El asunto se ve agravado por la mala aplicación del concepto de gravedad, que vincula al peligro con la infracción o lesión al bien jurídico y determina, de esa forma, la posibilidad de infracción bajo el marco del peligro de lesión. En ausencia de una legislación administrativa que establezca con precisión sus características y alcances, la gravedad puede transformarse espuriosamente en un tema de imputación. Expuesto a los problemas actuales de formación insuficiente y falta de leyes, un juez penal tendría un día, como certifica la práctica, muchas dificultades para usar con propiedad estos conceptos. Sería muy difícil, entonces, solventar las preguntas básicas: si la retrocesión de los límites máximos resulta suficiente para hallar responsabilidad o si la figura de dolo exige que éste además sea grave.

En este campo es necesario delimitar la situación de peligro concreto en cuanto fundamento del delito contra el ambiente, que como delito de peligro cubre un campo de transición entre el derecho administrativo sancionador y la intermisión de delitos de lesión sobre bienes jurídicos. En efecto, es posible que la contaminación produzca efectos concretos, en cuyo caso estaríamos ante figuras contra la vida, básicamente. Estas figuras de peligro —que operan de segundo nivel de sanción y de protección,

según algunas penalistas— representan casi un delito intermedio entre el derecho administrativo muy amplio y la real lesión a bienes jurídicos, como muertes y otras situaciones específicas producidas por daños al bien jurídico. Aquí lo relevante es entonces la probabilidad de real lesión a los bienes jurídicos.

Se abren entonces otros temas. Uno de ellos es si los delitos ambientales contemplan la figura de culpa o dolo o culpa negligente, considerando que, en mi opinión, son precisamente determinando las diferencias con el derecho administrativo, en cuanto error de hecho en el derecho penal. Efectivamente, el artículo 304 de contaminación admite la figura de dolo, que es fundamentalmente intencional. Debe deducirse entonces la vigencia en el derecho ambiental de figuras delictivas de primer grado y segundo grado y también de lo que en derecho penal se llama dolo eventual, desde un sujeto considera necesariamente como posible el acontecimiento de ciertos hechos y no hace nada por impedirlos. Serégo entonces que es aplicable la imputación subjetiva para los efectos de contaminación en los ámbitos del dolo directo y dolo eventual. Otro punto puede decir de las figuras culposas.

Esto plantea las posibilidades de error. Sobre este punto, creo que es conveniente remitirse a las regulaciones establecidas en el Código Penal y buscar no repetir sino excluir determinados responsabilidades penales basadas en criterios de error de tipo, por ejemplo error de comprensión culturalmente condicionado o error de prohibición, que vincula conductas llevadas a cabo por un sujeto que desconoce la existencia de reglas que las prohíben. Lo que a mí me preocupa de todo esto es la necesidad casi total de jurisprudencia para los jueces nacionales no han conseguido hasta ahora garantizar una vinculación efectiva para los delitos contra el medio ambiente. Podemos pasarlos buena hablando de los avances de la doctrina, pero en el campo de la criminalística secundaria, es decir, de la eficacia del sistema, no hay casi nada escrito.

Podríamos afirmar aparentemente que no existen casos de contaminación en los crimes penales, por lo menos de alguna importancia. Esto no es así pero habrá que profundizar acerca de las muertes por las

que los jueces penales nacionales se abstienen de sancionar. La sospecha de que la impunidad nace del alto poder económico de los autores no quita la responsabilidad que estos mismos pueden tener en una ineficacia. Probablemente los legisladores administrativos no están produciendo normas inteligentes en la práctica, o el Estado no puede asumir los costos de persecución ambiental, o el Poder Judicial no muestra competencia en este campo particular. Estas son preguntas para un vasto análisis criminológico.

Este asunto guarda una relación directa con la responsabilidad de las personas jurídicas dentro del derecho penal. Es conocido el viejo principio, ahora muy cuestionado, de que las personas jurídicas no delinquen. Ese plantea un problema serio para el derecho penal, donde existe suficiente construcción doctrinaria para fundamentar la sanción a personas jurídicas, pese a la tradicional asociación entre culpabilidad y persona individual. Hay además otros problemas particulares respecto del concepto de conducta criminal. Para ser ciertos, la legislación penal ha contemplado algunos mecanismos, fundamentalmente los concernientes a la actuación en nombre de otro y las consecuencias accesorias aplicables para personas jurídicas.

El concepto de las actuaciones en nombre de otro aparece en el artículo 17 del Código de 1981 y fue tomado de los españoles, con sus imprecisiones en el párrafo 14 del código penal alemán. El artículo trae así: "el que actúa como agente de representación autorizada de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el acto legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos objetivos que fundamentan la penalidad de ese tipo no concuerden en él, pero sí en la subjetiva" y se refiere, como vemos, fundamentalmente a los casos de delitos especiales. Si clasificamos bajo esta modalidad los delitos contra el ambiente, se puede establecer entonces un mecanismo para transferir a una persona natural la responsabilidad de una jurídica e imputarla. Lamentablemente no tengo información que me permita decir que los jueces están usando ese mecanismo. El tema en sí debe ser pacífico porque habría que establecer con mucho cuidado sobre las formas reales de representación, quienes son vinculados con el derecho ambiental.

Las circunstancias accesorias aplicables con un tema de origen puramente español y contemplan la posibilidad de prohibir a una sociedad aquellas actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito juzgado. Aparece en el artículo 103 del Código Penal nacional, el cual queda libre así para imponer medidas como la clausura de locales, disolución de la sociedad, etc. A este respecto hay en el mundo experiencias de aplicaciones audaces, como en Holanda y más obviamente, Francia. Este tampoco es precisamente un tema pacífico. Puede alegarse que en las sociedades anónimas no resulta justo sancionar también a aquellos socios que votaron en contra de una decisión o aquellas otras que votaron a las políticas generales impuestas por el gerente o representantes. Hay dentro de las sociedades pluralidad de personas. La sanción resulta que apoyarse sobre el examen adecuado de una hecho para no abstraer de una manera muy injusta.

Dentro del derecho penal ambiental también resultan interesantes aquellos delitos cometidos fuera del Perú pero con daño grave para su territorio. Esta cuestión está vinculada con el principio de territorialidad y comprende entonces al desconocido derecho penal internacional, en sus aplicaciones de la norma extraterritorial. Esto hace posible aplicar normas del derecho nacional a hechos cometidos en el exterior con efectos a nivel interno. El principio universal, vigente ahora solo para casos de tortura o genocidio, constituye ya un sistema en este tema al establecer que el Perú deberá aplicar su ley penal a esos delitos cometidos en el extranjero que se ha comprometido a reprimir mediante tratados internacionales. A la brevedad, esta discusión abre el camino también para que las regulaciones internacionales sobre extraterritorialidad estén en la tipicidad de las normas penales.

Sin embargo, represento una importancia en el derecho internacional como el Tribunal Penal Internacional o la Corte Penal Internacional ofrecen en la definición de sus competencias serios obstáculos para el tratamiento de las figuras ambientales. El artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por cierto todavía no ratificado por el Perú, establece como figuras sin sancionar para nada

los delitos ambientales. Entre las cinco figuras previstas, no obstante, el crimen de agraviado —una nueva modalidad con tipificación aún pendiente— quizá pueda suministrar un marco para recogerlos. Por ahora lamentablemente los delitos ambientales no son competencia de esta corte.

La misma incertidumbre genera sobre aquellas casos de responsabilidad de funcionarios inferiores en delitos ambientales el típico caso en que ésta recae a la voluntad de funcionarios superiores. Este tema aparece directamente vinculado con la figura de autoridad mediata, típicamente posible según el artículo 21 del Código Penalista de 1991 pero casi inaplicable por la dificultad de probar en un juicio el dolo de voluntad o dolo sobre el funcionario inferior. Probablemente en la salud obligue a remitirse a la investigación y buscar probar de alguna manera que aunque haya estado actuando con dolo eventual, el funcionario no es responsable del dolo porque la intención de éste se transmite por el funcionario superior. Por esta causa, es necesario evaluar la necesidad de una investigación profunda en aquellos casos en que el funcionario inferior es tenido por culpable, para así impedir la transmisión del dolo. De todo esto, yo no creo que una cuestión trate tanto a la obediencia jerárquica como a la misma relación entre funcionarios superiores y funcionarios inferiores en el campo de la responsabilidad ambiental.

La legitimación para constituirse en parte procesal es otro terreno importante de la responsabilidad penal en medio ambiente. Aquí debo señalar la urgencia de ampliar las acciones reformas procesales que establecen el carácter de víctima para reconocer esa condición a las instituciones mismas, con todos los derechos implícitos. Los organismos no gubernamentales dedicados a proteger el medio ambiente quedarán así expedidos para replicar todos los mecanismos procesales de defensa y ejercitar los derechos referidos a la reparación civil. Ese es un paso que la reforma nacional deberá dar pronto siguiendo el ejemplo de países cercanos.

Por último, me gustaría referirme a aquellas medidas cautelares incorporadas al artículo 314 del Código Penal para evitar la conse-

cuación y prolongación del daño. Quiero recordar que son las mismas que nuestra legislación identifica como consecuencias accesorias a la pena, verificación al cierre de la empresa. Aquí existe una evidente contradicción, pues en relación a los juicios una medida cautelar es una acción previa, tanto como prevenir la consecuencia accesorias. Es necesario ver en este error una concesión al derecho penal ambiental, en el sentido de dotar al juez de elementos para tomar acción contra una empresa que ha cometido una infracción violada no probada durante la causa. Es una incongruencia, sin duda, pero responde a una válida intención preventiva del legislador peruano.

## RONDA DE PREGUNTAS

**Doctor Carlos Oñativos**

Muchas gracias al expositor. Mi papel de moderador se limitará a la ingenua tarea de recordar a ustedes las restricciones de tiempo.

**Participante**

Me preocupa tremendamente este tema de las relaciones entre lo administrativo y lo penal. Soy un convencido de que el derecho administrativo está sufriendo una influencia desmedida del derecho penal para la aplicación de las normas. A esto hay que sumarle la presión ejercida por civiles dentro de la administración pública para resolver los problemas administrativos según criterios propios de su especialidad.

Al escuchar ciertas reflexiones de los abogados peruanos, he recordado algunas experiencias frustrantes vividas durante mi gestión en la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI. Allí el asunto de las competencias es central, clarísimo. Un problema de consumo de agua puede convocar a la SUBASS, una de las al OSENERO, otro de teléfono comprometer a OSIPTEL y otro más de transporte urbano involucrar a las municipalidades. Es un cuadro de mucha acidez.

Mi experiencia particular involucra al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, convocado por razones en aquel momento a causa de los accidentes continuos sufridos por los buses inspeccionados. En esta tema, el Ministerio nos reprochó que si bien había sancionado repetidas veces, jamás en cambio había cobrado una multa. Por eso, cuando sancionamos a una empresa nos pedían más certeza que cuando el caso les va bien alegando que ya había sido sancionada por el Ministerio. Obviando el asunto de las competencias, decidimos entonces ingresar al caso mismo para definir la relación entre el Estado y la empresa de transporte y entre esta y el consumidor. Allí constatamos la grave asimetría de las regulaciones: lidamos con la incertidumbre en los poderes de negociación, empezamos con la falta de información, enfrentamos varias posturas del comercio o de la relación con el consumidor y llegamos finalmente a la conclusión de que la relación entre los agentes en realidad era distinta a la que aceptaba técnicamente el Ministerio. Pero eso fue el producto de una probalidad y de una certeza jurídica. Empezamos entonces efectivamente a esa empresa y diez empresas más, sin contar quince otros casos pendientes de resolución. Hay, sin embargo, el procedimiento en disputa y ante un accidente se envía una carta a la compañía de transporte donde se le exige responder por el seguro, las políticas de atención a los heridos, las formas para cubrir los daños, etc. Se asume por lo tanto no sólo un rol regulator sino se promueven decisiones específicas para el caso concreto, a las que después se hace seguimiento. Y lo interesante es que está funcionando.

Este ejemplo, me parece, sugiere la conveniencia de otorgarle al derecho administrativo ambiental la facultad de usar estrategias específicas destinadas a prevenir los conflictos mediante la educación y la información. Pero sin afectar las atribuciones del derecho penal para establecer un marco general. Es necesario un claro destino para perfeccionar los roles naturales del derecho penal y el derecho administrativo, uno como sancionador y el otro como gestor de políticas de promoción, prevención y difusión. El tema reside en la forma de establecer esos límites.

### Donato Felipe Villavicencio

Consciente plenamente con este concepto de estrategias generales y específicas. En efecto, en cuanto más leve para la persona, tanto que el derecho penal debería ser siempre la última opción. Sin duda es indispensable decontrolar más ampliamente las normas administrativas, lo que se llama, en argot jurídico, el control informal. Ese es un campo muy rico de opciones, con diferentes variantes referidas a la prevención, mitigación y control, sin olvidar los incentivos. Seguramente, claro, una amplia concertación a nivel de autoridades sectoriales. El CONAM tendría para ese efecto un importante rol.

Aquí es que surge la necesidad de delimitar una clara frontera entre lo penal y lo administrativo. A pesar de los límites que le impone los criterios garantistas, hay que entender al derecho penal como extraordinariamente repressivo y punitivo. Esta consideración debe ayudar a establecer los campos de acción de cada sistema.

A parte de la posición del peligro, es posible, por ejemplo, establecer condiciones y aceptar que los casos de peligro abstracto serán competencia del derecho administrativo, reservándose para el derecho penal sólo aquellas situaciones donde resulta muy alta la probabilidad de abstracción al bien jurídico ambiental: el peligro concreto. Otras atribuciones del derecho penal tendrían que ver con casos extremos de abstracciones reales como lesión o muerte. Es mejor que sea de esta manera porque el derecho penal ha probado varias limitaciones en la prevención o disuasión, y así como no ha logrado impedir el tráfico de drogas, tampoco evitara la comisión de actos contra los recursos naturales y el ambiente.

El derecho administrativo ofrece para estos fines vías más expeditivas. La imputación personal de la conducta típica de delito, por ejemplo, exige para una sanción penal un tipo específico en el código respectivo, lo que no ocurre en el fuero administrativo donde las regulaciones son más amplias y abiertas. Igualmente dificultades se encuentran penalmente para el tratamiento de la culpabilidad personal.

La diferenciación del injerto administrativo y el injerto penal bien puede fundamentarse sobre una cuestión de culpabilidad. La opción, aunque sobre algo flaco, deberá contemplar la limitación de la función punitiva estatal y su su ampliación, como ocurre ahora en el Perú. Esta es la tendencia dominante en el círculo internacional. Así reconocásemos el derecho penal ante otros sólo como un instrumento excepcional.

#### Participante

Tres anotaciones. Me parece indispensable armonizar los criterios políticos criminales con los principios políticos ambientales. Hay en efecto una serie de denuncias que reclaman una decidida respuesta sancionadora, muchas de ellas justificadas. No olvidemos, con todo, que frente a un tema tan complejo como el ambiental, saturado de implicancias económicas, la responsabilidad del Estado no se agota en la represión sino que se ceba, más bien, al diseño de estrategias de prevención que deben comprometer también la participación activa de los diferentes agentes. Un ejemplo de esto sería conceder a las empresas facilidades para adecuarse tecnológicamente a las nuevas exigencias ambientales. Así, sólo la resistencia a esos mecanismos dará lugar a una reacción penal.

Por otro lado, me parece importante no reducir el concepto de persona jurídica a las empresas exclusivamente. Este es un campo en constante expansión, con entidades y formas nuevas de organización, todas ellas capaces de incurrir en delitos ambientales. Mi tercera preocupación se vincula con la criminalización. En su exposición ha hecho casi exclusiva referencia a este delito. En mi opinión, sin embargo, es sólo una de las formas en que se puede afectar el bien jurídico ambiental. Me gustaría a este respecto indagar si es posible incorporar las faltas a la legislación penal.

#### Diana Felipe Villavicencio

Me gustaría prominentes sus comentarios. Mencionaré a la persona jurídica básicamente para ilustrar el caso de la actuación en

nombre de otro, donde casi siempre se compromete a empresas. Debo aclarar que esto no es necesariamente así y que esta figura también puede incluir a las entidades estatales. La discusión central se orienta a saber si estas últimas pueden estar comprendidas dentro de la norma. Creo que es necesario incorporar esta cuestión al debate.

Además, por otro lado, las políticas criminales y ambientales requieren a mi juicio remitirse a los principios garantistas vigentes en el ámbito político-criminal. Hablo fundamentalmente de la noción de *seguridad*, a la que deben reconocerse sus ventajas y, sobre todo, sus limitaciones.

El delito de contaminación es el más común entre las infracciones ambientales y por eso he apelado a él. A este respecto, las faltas penales aparecen asimismo como un tema interesante, en cuanto le proporcionan al legislador otra opción para regular un campo tan complejo como el del ambiente. Lo singular de las faltas es que responden a otras características mucho más ágiles y permiten sancionar afectaciones al bien jurídico merced merced graves. Como posible introducción en ese ámbito de las contravenciones, con cuidado, desde luego, de respetar su sentido y real utilidad. Así evitaríamos repetir errores, que en casos de narcotráfico han significado facilitar la represión en vez de ampliar la prevención. La idea es entonces, no buscar reducir desmedidamente la criminalización en cuestiones de ambiente, donde se requieren más bien controles administrativos dirigidos a la prevención.

#### Participante

Más allá de los aspectos dogmáticos vinculados al derecho penal, reportarían sin duda para su comprensión, me inquietaría saber el genuino valor de esta disciplina para la protección efectiva del medio ambiente. Pues a despecho de la firmeza y profundidad con que se ha enfocado en este tema —una reacción es un ejemplo de ello—, me temo que sus alcances políticos han sido hasta ahora casi nulos. Y así,

al margen de las dificultades conceptuales planteadas para la tipificación de delitos ambientales, se puede constatar en el terreno de los hechos que motivados lo obedece para el control, como sucede típicamente en los delitos de cuello blanco. Esta nos lleva de nuevo al hecho administrativo, que es desde su realidad decantada la dinámica ambiental. En sus largos años de experiencia profesional he sido testigo de cómo se cubren y desvían las acciones punitivas en perjuicio de las víctimas, por la existencia de una ley que exige un informe de la municipalidad municipal competente a manera de requisito para ventar una demanda penal. A esto se suma el hecho de que en la mayoría de casos las víctimas no tienen la capacidad para cuantificar el impacto negativo de un daño al ambiente. En otras ocasiones la simple existencia de límites mínimos ha significado un obstáculo insalvable para hacer valer los intereses de la víctima. Yo me pregunto entonces si el derecho penal puede oponer a la solución de un conflicto ambiental más de lo ya previsto en el derecho administrativo.

El valor disuasivo, espontáneamente implícito en la amenaza penal, no existe tampoco en los hechos. Hoy los tres años de internamiento con que se pena los delitos típicos de contaminación son un mero simbolismo y jamás se ha visto a un contaminador preso. Yo creo que debe mirarse de cerca las experiencias de la SINAT y el INDECOP en materias tributarias y de defensa del consumidor. Una intrínseca eficacia sancionadora, con capacidad efectiva de regulación y fiscalización es fundamental en el derecho del ambiente. Aquí se trata, a mi juicio, no sólo de reducir el número de delitos ambientales, sino de derivar inclusive todo el poder regulatorio al hecho administrativo.

#### Doctor Felipe Villavicencio

Por diversas razones no está ajenos a discutir el abolicionismo, en efecto una opción para los delitos ambientales y cualquier otra situación de ineficacia en el funcionamiento de justicia. Frente a los pobres resultados de las políticas ambientales, algunos han sugerido en nuestro continente descriminalizar ciertas conductas para transferirlas

al dominio del control informal. Esto casi con la frecuencia, reducible a mi juicio, de reducir los límites de sanción en procho de una estructura más lógica e inteligente. Esta tendencia nacionalista —abolicionista— es el norte dorado de muchos penalistas, y es lo asumido ampliamente. Pero lo cierto es que esos recursos se está consiguiendo más bien una contante corrosión que busca fortalecer el aparato formal de administración de justicia y criminalizar todo. Así las cosas, el abolicionismo por desgracia resulta casi una utopía.



*La protección del medio ambiente es principalmente relativamente reciente pero recibe mucha atención que se ha concretado en una de las áreas de demarcación del Estado moderno. Como la Internet o la Web, la preocupación en torno al uso y destino de la naturaleza convergen bajo un ámbito cada vez más amplio de la agenda política y plantea, en sus niveles, grandes retos de adaptación en el marco del derecho.*

*La responsabilidad civil y penal por el daño ambiental es un elemento central del nuevo Derecho Ambiental, tanto en el Perú como en cualquier otro país. Existe responsabilidad civil de los Estados, de las empresas transnacionales y de las personas en general, sean naturales o jurídicas. El daño ambiental tiene características regulares que lo distinguen de otros daños por sus manifestaciones físicas, se actualiza a partir de intereses individualizados y colectivos, sus efectos son a veces imperceptibles y sus causas insalvables. Si la legislación ambiental peruana ha avanzado en ciertos aspectos y sectores, todavía requiere nuevos decretos para que se haga justicia en materia de asignación de responsabilidades y de control ambiental.*

*El libro que el lector tiene en sus manos es una excelente fuente de entrada a la reflexión y el análisis de la responsabilidad ambiental en el Perú. Gracias a la contribución de destacados juristas como Enrique Fernández, Jorge Alessi y Felipe Villavicencio se aborda el tema rigurosamente y se abordan con brillantes formas jurídicas que constituyen un valioso aporte a la modernización de la legislación peruana.*