

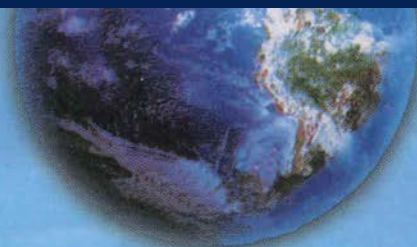
PIERRE FOY VALENCIA (EDITOR)

Fernando de Trazegnies • Pierre Foy • Guillermo Figallo
Eduardo Nieto • Alfredo Bullard y Yashmin Fonseca
Carlos Andaluz • Miguel Donayre • Jessica Morales
Walter Valdez • Luis Bramont-Arias T. y Carmen García C.
Juan Morales • Patricia Iturregui • Germán Vera • Pedro León

DERECHO y AMBIENTE

*Aproximaciones
y estimativas*

Capítulo 5



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO FONDO EDITORIAL 1997



IDEA - PUCP
INSTITUTO DE ESTUDIOS AMBIENTALES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

DERECHO Y AMBIENTE

Aproximaciones
y estimativas

Primera edición: mayo de 1997

Cubierta: AVA diseños
Cuidado de la edición: Antonio Luya Cierzo
Diagramación: Yoryina León Mejía

Derecho y ambiente. Aproximaciones y estimativas

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel. Apartado 1761, Lima 100, Perú.
Teléf. 462-6390, 462-2540, anexo 220

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores

Derechos reservados
ISBN 9972-42-059-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales en el marco del desarrollo sustentable

ALFREDO BULLARD
YASHMIN FONSECA

Sumario

Introducción. 1. El desarrollo sustentable. 2. Los intereses difusos. 3. Alternativas legales para la defensa de los derechos ambientales. 3.1 Clasificación de las acciones legales posibles. 3.2 Evaluación de las opciones propuestas. 3.2.1 Acciones ex-ante y acciones ex-post. 3.2.2 Acciones de iniciativa privada y acciones de iniciativa pública. 4. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Imaginemos un mundo donde no se afecta en lo más mínimo el medio ambiente. En él no existen fábricas contaminantes ni automóviles emitiendo por sus escapes gases irrespirables. Ninguna especie animal ni vegetal corre el riesgo de extinción, pues nadie caza ni destruye bosques o selvas. En dicho mundo no ha sido posible desarrollar la aviación, ni la construcción con cemento, ni los trasplantes de corazón. Los medicamentos, los detergentes, los plásticos o cualquier otro producto que requiera de un proceso industrial son sólo ciencia ficción. No existen muebles de madera, ni cajas de cartón, ni libros, pues su fabricación requiere talar bosques. Las fuentes de energía más comunes, como la electricidad o el petróleo, no pueden ser utilizadas. Un mundo así (donde no se afecta en lo más mínimo el medio ambiente) condena al hombre al atraso y quizás a su extinción.

Sin embargo, un mundo donde se destruye indiscriminadamente los recursos integrantes del medio ambiente no es mejor. Tras un corto plazo con fábricas, automóviles, papel, madera, plástico, aviones y medicinas, el propio hombre se habría extinguido como todo aquello que lo rodeó y tuvo su origen en la naturaleza. En ese caso, sólo cabría preguntar si ello fue consecuencia de los gases que el mismo hombre produjo y respiró. Tampoco tendríamos fábricas, ni automóviles, ni papel, ni madera, ni plástico, ni aviones, ni medicinas, ni nada que tenga su origen en la naturaleza (es decir, todo). El propio hombre se habría extinguido y sólo cabría preguntar si ello se debió a que se envenenó en los propios gases que produjo y respiró, o si el fin de la humanidad fue

imputable a la inanición.

Nadie puede dudar que la meta es un equilibrio entre las necesidades humanas y la conservación del ambiente en el que todos nos desarrollamos y vivimos. «Ni tan cerca que queme al santo, ni tan lejos que no lo alumbré», reza el dicho nunca antes más cierto que cuando enfrentamos la polémica de definir los límites que el Derecho ambiental debe imponer al comportamiento del ser humano.

La conciencia mundial en torno a la creación de un marco para el crecimiento sustentable ha superado ya la tradicional disyuntiva de las políticas ambientales entre «desarrollismo» y «conservacionismo», entre permitir hacer todo y no dejar hacer nada.

La Cumbre de Río evidencia que la humanidad reconoce la imposibilidad de desligar el medio ambiente del desarrollo y la urgente necesidad de transformar los esquemas económicos y sociales que no se ajusten a esta directriz. En ese sentido, el Derecho se presenta como el mejor instrumento para llevar a cabo dichas innovaciones, acercándonos a patrones razonables de conducta que permitan al hombre gozar de la naturaleza sin que ello implique acabar con ella.

Este esquema se consolida en un mundo cambiante en el que los modelos estatistas se han agotado paralelamente a la caída económica y política de sus paradigmas concretos, frente a un modelo de libre mercado que es, hoy por hoy, la tendencia dominante. Esta situación coloca al Derecho ambiental frente a dos tentaciones que debe evadir.

La primera es sucumbir ante la adopción de un modelo que lleve al desarrollo económico en base a una descontrolada iniciativa privada y en el que no existan más parámetros que aquellos que imponga la idea de maximización de beneficios privados. Sin un límite fijado por la protección del medio ambiente, los resultados podrían ser desastrosos.

La segunda tentación, el excesivo intervencionismo, no es menos terrible. Aún sobreviven, y seguirán sobreviviendo, ideas que son rezago de concepciones intervencionistas, estatistas o colectivistas, a pesar de que en la praxis han demostrado su ineptitud para resolver los problemas económicos y sociales de países como el Perú. Dichas ideas aún tienen defensores. Algunos de ellos las proponen de manera abierta. Otros lo hacen de manera solapada. Y existe una tercera categoría, la

más peligrosa, integrada por quienes hemos internalizado esas ideas a tal nivel que, a pesar de reconocer y creer defender la iniciativa privada, en el fondo seguimos siendo controlistas. Hoy en día, el Derecho ambiental, junto con la legislación antimonopólica y los derechos del consumidor, son las pocas áreas en las que este intervencionismo puede aún subsistir y autojustificarse. Ello, porque son áreas en las que hasta el más radical liberal no puede dejar de reconocer el importante rol del Estado. No obstante, si caemos en esta tentación los resultados no serán menos perjudiciales que en el supuesto anterior, ya que el Derecho ambiental podría convertirse en una limitación inaceptable al desarrollo económico y social y, consecuentemente, al bienestar humano. El Derecho ambiental, al igual que todas las ramas del Derecho, debe tener como fin maximizar el bienestar de la humanidad; no entorpecer el alcance de esta meta.

El ordenamiento peruano no puede ni debe escapar a este contexto. Por eso, creemos oportuno plantear la revisión de ciertos marcos de funcionamiento de nuestra sociedad con miras a alcanzar un real progreso que importe mejores condiciones de vida para la población, a corto y largo plazo. La suerte del medio ambiente debe entenderse como la suerte del bienestar humano en las generaciones presentes y futuras.

En este orden, un campo en el que se hace imperativa la reformulación de criterios es el correspondiente a la política legal existente en materia de protección a los derechos ambientales, protección particularmente difícil dado el carácter predominantemente difuso de los mismos. Sin duda, un esquema basado en la absoluta libertad para la iniciativa privada está destinado al fracaso, al igual que un esquema que confíe sólo en el aparato estatal para conseguir tal fin. Consecuentemente, las acciones legales para proteger el medio ambiente deberán ser el resultado de un diseño que refleje un necesario equilibrio.

El presente trabajo intentará utilizar los medios aportados por una rama relativamente novedosa del razonamiento jurídico: el *análisis económico del Derecho* o *Law & Economics*, como se le conoce en los Estados Unidos. Los instrumentos metodológicos basados en aportes como los de Ronald Coase, premio Nóbel de Economía, Guido Calabresi,

Richard Posner, Richard Epstein, entre otros, pueden permitirnos encontrar llaves maestras que definan una política legal ambiental coherente y que consiga alcanzar y garantizar el equilibrio anotado. Para ello utilizaremos principalmente el aporte de un destacado economista, profesor del curso de Law & Economics en la Universidad de Harvard: Steven Shavell, quien ha elaborado un esquema de análisis que compara básicamente los mecanismos de responsabilidad civil con los de intervención administrativa, y que, aunque aplicable de manera general a la problemática del Derecho de daños, puede ser sumamente útil para entender las alternativas que nos brinda el Derecho ambiental¹. En base al esquema desarrollado por este autor, analizaremos la eficiencia de las distintas alternativas de regulación para la protección de derechos ambientales y su compatibilidad con el concepto del desarrollo sustentable.

1 *El desarrollo sustentable*

Como punto previo al tema central del trabajo, resulta conveniente esbozar algunas ideas en relación al concepto de desarrollo sustentable.

La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo² ha definido como desarrollo duradero aquel que «[...] satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades [...]».

Semejante planteamiento definitivamente implica la necesidad de una transformación progresiva de la economía y de la sociedad, en la que se preste atención preferente a los «[...] cambios en el acceso a los recursos y en la distribución de los costos y beneficios»³.

Por consiguiente, se requiere de un crecimiento económico equitativo bajo los criterios de igualdad, justicia social y adecuada distribución del ingreso, privilegiando las mejoras en las condiciones de vida de la

¹ SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Nuestro futuro común*. Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (PNUMA), 1987, p. 22.

³ *Ibid.*, p., 22.

población, y principalmente, de una adecuada regulación legal que permita conseguir o cuando menos acercar a la sociedad a dichos objetivos.

Recientemente, la Declaración de Río⁴ ha plasmado en instrumento internacional los principios esenciales para la creación de un adecuado marco de crecimiento sustentable, mereciendo especial mención los principios 1, 4, 8 y 11, que presentan al ser humano como sujeto central en el proceso de desarrollo, la dimensión ambiental como parte indisoluble del mismo y advierten la urgencia de contar con leyes verdaderamente eficaces para dicho proceso.

La Constitución Peruana de 1979 (artículo 123) reconocía el derecho a un medio ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza.

La Constitución de 1993 señala la necesidad de que la política nacional del medio ambiente promueva el uso sustentable de los recursos naturales, siendo obligación del Estado promover el desarrollo sustentable de la Amazonía (artículos 73 a 76).

Adicionalmente, nuestro Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales⁵, en su artículo 1, inciso 1, ha internalizado el concepto de desarrollo sustentable, constituyéndolo en uno de los lineamientos

⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río*. Nueva York, Departamento de Información, 1993, pp. 1-2.

Principio 1: «Los seres humanos constituyen el centro de preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.»

Principio 4: «A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.»

Principio 8: «Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.»

Principio 11: «Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.»

⁵ PERÚ. *Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales*. Edición oficial. Lima, El Peruano, 1990, p. 2.

esenciales de la política ambiental nacional.

El artículo 4 de este mismo Código⁶ ha recogido por primera vez en la legislación peruana un postulado que concilia el desarrollo nacional con la conservación del medio ambiente, garantizando a nivel legal y de manera general el equilibrio entre ambos: el desarrollo nacional no podrá poner en peligro la integridad del medio ambiente, así como las medidas de protección no podrán entorpecer el desarrollo.

Teniendo en cuenta nuestra realidad, resulta evidente que planteamientos de tipo general como el anterior no son suficientes para lograr una efectiva protección de los derechos ambientales, haciéndose imperiosa la necesidad de diseñar un marco legal específico en materia de tutela de este tipo de derechos, marco que adicionalmente debe ser construido sobre la base del concepto de desarrollo sustentable, por su evidente repercusión en los diversos sectores de la actividad humana.

El medio ambiente no constituye un sector aislado de la realidad, sino justamente lo contrario: es el todo en el que se insertan esos diversos sectores o actividades humanas⁷.

Sin duda, un desarrollo sustentable implica una adecuada evaluación de los costos y beneficios de toda actividad. Los daños ambientales han sido por años costos ocultos, no incluidos en la contabilidad privada ni social de las actividades económicas. Esta no contabilización en la toma de decisiones ha sido la causa de daños ambientales irreversibles.

Pero debemos también evitar, durante la búsqueda de adecuadas

«La conservación del medio ambiente y de los recursos naturales para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las presentes y futuras generaciones. El Estado promueve el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico, la conservación y el uso sostenido del ambiente y los recursos naturales» (artículo 1, inciso 1).

⁶ *Ibid.*, p. 3.

«La planificación ambiental tiene por objeto crear las condiciones para el restablecimiento y mantenimiento del equilibrio entre la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales para el desarrollo nacional con el fin de alcanzar una calidad de vida compatible con la dignidad» (artículo 4).

⁷ *Ibid.*, p. 3.

«[...] Las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos globalmente y al más alto nivel, como cuestiones y problemas de política general, no pudiendo ninguna autoridad eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la conservación del medio ambiente y los recursos naturales [...]» (artículo 1, inciso 8).

medidas legales de protección al ambiente, la sobrestimación del costo ambiental, por un lado, y la no contabilización de otros costos que las regulaciones ambientales pueden imponer sobre las distintas actividades económicas, por el otro; siendo el caso que tales costos pueden asfixiarlas sin razón lógica.

Es necesario, pues, que las empresas y entidades que desarrollan distintas actividades que afectan al medio ambiente consideren como costo privado el costo social ambiental que ocasionan y que lo trasladen al sistema de precios, ya que precisamente este traslado tornará excesivamente caras las actividades cuyo costo ambiental sea elevado, eliminando finalmente el producto del mercado. En cambio, si los mencionados costos son inferiores al valor que asignan los particulares a dichos bienes, la actividad se seguirá llevando a cabo dentro de los límites que no incrementen excesivamente el costo ambiental. Así, se crearán incentivos para el equilibrio necesario.

El objetivo principal es, entonces, la internalización de los costos de las actividades por parte de los agentes que las desarrollan, de tal forma que los propios mecanismos de mercado puedan conducirnos a un desarrollo sustentable.

2 *Los intereses difusos*

Una de las principales dificultades para la protección cabal y eficiente de los derechos ambientales está dada por el carácter esencialmente difuso de los intereses en juego. Todos estamos interesados en el medio ambiente, pero no existen incentivos suficientes para que dicho interés se manifieste, en última instancia, en acciones concretas, menos aún de naturaleza legal.

Debe advertirse que el problema que ocasionan estos intereses no se presenta a nivel procesal, ya que al igual que diversos ordenamientos, el peruano⁸ reconoce, tanto a dicho nivel como en la legislación

⁸ PERÚ. *Código Procesal Civil*. T.Ú.O. Edición oficial. Lima, El Peruano, 1993, p. 114-267.

específicamente ambiental⁹, la posibilidad del patrocinio de tales intereses a cargo de organismos estatales, de asociaciones o, en última instancia, de cualquier particular.

En ese sentido, la acción se reconoce como colectiva porque se presume el interés de toda persona por gozar de un ambiente saludable, aun cuando su propia salud o patrimonio no se vean involucrados. Lo que sucede es que muchas veces la afectación de tal interés pasa inadvertida o no genera un daño considerado importante o fundamental por el perjudicado. Y lo que es peor: los interesados en dicha protección muchas veces no han nacido, pues pertenecen a generaciones futuras que, no obstante, sufrirán las consecuencias de nuestros errores presentes. Por eso, aun siendo el reconocimiento de acciones de clase dirigidas a la protección de intereses difusos un paso importante en la protección del medio ambiente, no puede hallarse en ellas una solución definitiva.

Teniendo en cuenta lo señalado, se han formulado propuestas que sugieren convertir lo difuso en concreto. Así, se plantea la asignación de derechos de propiedad individual sobre los recursos integrantes del medio ambiente. Lo destacable de esta propuesta es que por tal vía se llegaría a conseguir una identidad entre el interés difuso y el interés particular, hecho que crearía incentivos para la adopción de acciones oportunas y efectivas de protección al medio ambiente.

Asignar un lago a un propietario individual llevará a que él mismo lo proteja de la depredación o de la contaminación y a tener incentivos suficientes para no depredarlo o contaminarlo, esto es, para no destruir lo que es suyo. Lo mismo puede hacerse con un bosque o con una reserva natural.

«[...] Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, esta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello [...]» (artículo 82).

⁹ PERÚ. *Op. cit.*, p. 2.

«Toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales.

Se puede interponer acciones, aun en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante. El interés moral autoriza la acción aun cuando no se refiera directamente al agente o su familia» (artículo III, Título Preliminar).

Sin embargo, esa solución no funciona siempre: nos enfrentamos a la dificultad esencial de la imposibilidad de exclusión de terceros respecto de bienes cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas y cuyo menoscabo no es experimentado directa y específicamente por sujetos individualizados. ¿Cómo asignar derechos de propiedad sobre la capa de ozono, sobre el aire, sobre ciertas especies animales y vegetales o sobre el océano en su conjunto?

Existen, asimismo, aspectos de la protección ambiental que no pueden lograrse a través de la asignación de innumerables titularidades privadas: la suma de derechos de propiedad, sobre todo el área de la Amazonía, no tendría el mismo efecto que su protección bajo un esquema de ecosistema global.

Es evidente que si un sujeto lograra excluir a los otros del aprovechamiento de alguna parte importante del medio ambiente, haría especiales esfuerzos por mantener la calidad del bien adquirido, sobre todo si las consecuencias negativas de su tratamiento poco cuidadoso se traducen en la existencia de costos que recaigan directamente en él (pérdida o deterioro de su propiedad). Pero en aquellos bienes en que tal facultad de exclusión no pueda ejercerse de manera efectiva, tal opción debe descartarse.

Adicionalmente, quien fuera oferente del recurso se interesaría de manera decidida por mantener la calidad de su oferta, ya que de lo contrario perdería clientes. No siendo ello así, ocurre que la actitud común es la puramente expectante, por cuanto el hombre promedio no está dispuesto a intentar remediar una situación de contaminación o de explotación excesiva de tal o cual recurso que beneficie a los demás usuarios sin importar para él una ventaja retribuable. Por miopía o comodidad se destierran las consideraciones sobre los efectos futuros de tal comportamiento, privilegiándose los intereses presentes¹⁰.

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse que debido a las características particulares del daño ambiental es impracticable asignar una responsabilidad definida.

¹⁰ Vid. KLEMMER, Paul. «Economía y ecología». En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. V. N.º 2. Buenos Aires, La Ley, 1988, pp. 106-121.

De lo expuesto se extrae como primera conclusión la siguiente: si bien para ejercitar o contestar una acción en defensa de un bien ambiental hoy ya no es necesario tener legítimo interés económico o moral entendido en términos tradicionales, ello no asegura su real protección, razón por la cual –de mantenerse la calidad colectiva de este tipo de bienes– requerimos de opciones ingeniosas que solucionen estos problemas sin caer en un dirigismo excesivo y contraproducente para la actividad económica.

3 Alternativas legales para la defensa de los derechos ambientales

En este punto debemos convenir, en primer lugar¹¹, en la importancia de diseñar o adoptar un procedimiento que se adecue al tipo de acción que requiere la oportuna defensa del medio ambiente (paralización de la actividad dañosa, reposición de las cosas al estado anterior e indemnización por el daño causado, etc.) y que implique beneficios no sólo para quien ejerce la acción sino para todos aquellos que, sin participar en el proceso, son víctimas de los actos que motivan la demanda, denuncia o solicitud.

No obstante, dicho procedimiento sólo podrá materializarse como producto de una decisión previa, esencialmente referida al sistema legal, que resulte más eficiente y efectiva para la tutela de los derechos ambientales. En torno a esta decisión girará nuestro trabajo.

Al diseñarse los mecanismos de acción legal para la protección del medio ambiente se está a su vez decidiendo una filosofía. La limitación de ciertas acciones legales muy efectivas puede encontrar su razón de ser en los costos que ellas acarrearían a la actividad económica. Por otro lado, el establecimiento de acciones muy amplias puede reflejar el deseo de desincentivar ciertas actividades económicas. La forma como un sistema jurídico ha previsto proteger el medio ambiente refleja (o

¹¹ SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. *Código del Medio Ambiente*. 1.ª ed., Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 1992, pp. 12-14.

debería reflejar) lo que dicho sistema piensa de tal protección, así como el modelo de desarrollo económico que se ha adoptado. A través de las acciones legales previstas en un ordenamiento dado podemos «leer» la política ambiental de un país. Dicha lectura debería conducirnos a un modelo de desarrollo sustentable, que protegiendo al medio ambiente permita la auténtica satisfacción de las necesidades humanas.

Nuestro objetivo en el presente trabajo es diseñar un marco general de análisis. Este carácter general nos permitirá obtener algunos principios que podrán utilizarse para el diseño de diversos sistemas de protección que respondan tanto a la realidad de nuestro país como a los diferentes tipos de daño ambiental. Con ello podemos contribuir a facilitar la elección de aquellos mecanismos que reflejen mejor una política de desarrollo sustentable.

No obstante, como marco general no propondrá soluciones definitivas, constituyendo sólo un punto de partida. Sabemos que el punto de llegada será distinto y dependerá del uso que se dé, en cada circunstancia particular, al esquema de análisis que se formula.

3.1 *Clasificación de las acciones legales posibles*

Las acciones legales suelen clasificarse, según el área del Derecho que las recoja, en civiles, penales, administrativas, constitucionales, etc. Sin embargo, y para fines del presente trabajo, tal clasificación resulta insuficiente para determinar la eficacia o ineficacia de cada una de ellas. Partiremos, entonces, de nuevos criterios de distinción.

Para tal fin tomaremos el modelo de análisis de Steven SHAVELL¹², quien establece dos clasificaciones de acciones aplicables frente a los daños socialmente indeseables. Estas clasificaciones, por su carácter general, pueden ser aplicadas a cualquier tipo de acción sin importar su naturaleza (civil, penal, administrativa, constitucional, etc.).

Así, la *primera clasificación* corresponde al criterio de *oportunidad de ejercicio de la acción*, atendiendo al momento de producción del

¹² SHAVELL, Steven, *loc. cit.*, pp. 277-290.

daño y contiene dos categorías:

- *Acciones ex-ante*: la intervención de la autoridad se produce antes que el daño se haya manifestado o generado.
- *Acciones ex-post*: la intervención de la autoridad se produce después que el daño se ha manifestado o generado.

La *segunda clasificación* propuesta por Steven Shavell depende de *quién tiene la iniciativa para tomar las medidas frente al daño ocasionado o por ocasionarse*. Según este criterio, existen también dos categorías:

- *Acciones de iniciativa privada*: el impulso procesal proviene de un individuo o entidad particular que, por medio de una solicitud, demanda o denuncia a la autoridad competente, persigue la satisfacción de una determinada pretensión.
- *Acciones de iniciativa estatal*: el impulso inicial corresponde a un ente estatal creado específicamente para proteger o supervigilar los intereses afectados. Hablamos, pues, de lo que suele denominarse «acciones de oficio».

De la combinación de ambas clasificaciones surgen cuatro tipos de acciones para la protección de intereses:

3.1.1 *Acciones ex-ante a iniciativa privada*

Dentro de esta clasificación encontramos los casos en los que, a solicitud de un particular, la autoridad toma una medida antes de que el daño se produzca.

El típico caso es la acción interdictal, en la que un particular solicita al juez ordenar la paralización de un acto que amenaza con generar un perjuicio. Puede ser también el caso de ciertas acciones que permiten la adopción de medidas cautelares, tal como veremos.

La legislación nacional contempla este tipo de acciones. Así, en *materia interdictal* consideramos de utilidad para la defensa de los

derechos ambientales el interdicto de retener que se interpone ante la perturbación de la posesión por actos materiales (ejemplo: ejecución de obras en contra de la zonificación o que atenten contra el paisaje) o de otra naturaleza para lograr su cese. De acuerdo al nuevo Código Procesal Civil¹³, ello se lleva a cabo mediante proceso sumarísimo, y de declararse fundada la demanda, no sólo se ordena el cese de los actos perturbadores, sino que puede también señalarse una indemnización.

No obstante, debe precisarse que –de conformidad con lo previsto por el artículo 599 del Código Procesal Civil– el interdicto no procede respecto de bienes de uso público, razón por la cual sólo podría ser utilizado en los casos en que se haya asignado previamente, a particulares, derechos de propiedad sobre los bienes ambientales involucrados. Así, el propietario de un lago podrá interponer un interdicto contra quien lo contamina. Pero, en principio, un particular no podrá hacerlo respecto de, por ejemplo, el lago Titicaca o del océano, por ser estos bienes de uso público.

Cabría preguntarse si el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente o el artículo 82 del Código Procesal Civil autorizarían una acción «interdictal» sobre bienes de uso público cuando la misma se refiere a daños ambientales. Ello es sumamente discutible. En todo caso, podríamos hablar de una acción distinta que persiga el mismo fin. Pero el uso de la vía interdictal estaría proscrita por norma expresa.

En conclusión, el interdicto sólo podría utilizarse cuando el daño al medio ambiente afecta bienes sujetos a propiedad privada.

En lo que respecta a procesos que permiten la adopción de medidas cautelares, destacan los de amparo y abuso del derecho.

De conformidad con la ley n.º 23506, el proceso de amparo procede en los casos en que exista violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. En ese sentido, al amparo de la Constitución

¹³ Aprobado por decreto legislativo n.º 768. Los artículos 597 a 607 contemplan el proceso para los interdictos. Concretamente, los artículos 606 y 607 regulan el interdicto de retener.

de 1979¹⁴ se iniciaron varias acciones, con resultado favorable, entre las cuales cabe destacar:

- PROTERRA contra Ferroatriciones San Ramón S. A. y el Concejo Provincial de Tarma, sobre paralización de construcción e instalación de la planta de fundición de ferromanganeso.
- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental contra los alcaldes de Tumbes y Zarumilla y las Direcciones Regionales de los Ministerios de Pesquería y Agricultura, para que cese el otorgamiento de concesiones sobre los bosques de mangle y en el Santuario Nacional de los Manglares (zona intangible), ordenándose la salida de los criaderos establecidos en dicho lugar. Esta última ejecutoria es la única en materia de protección a los recursos naturales y que se sustenta en el concepto de desarrollo sustentable.

Sin embargo, en ninguna de las ejecutorias citadas hubo medida cautelar, a pesar de los beneficios que hubiera importado. Posiblemente ello se deba a que la jurisprudencia constitucional en materia ambiental es reciente y en realidad escasa. Las ejecutorias en su totalidad están referidas al reconocimiento de los llamados intereses difusos¹⁵ y del derecho a gozar de un medio ambiente saludable.

Cabe precisar que la nueva Constitución reconoce ya expresamente el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, como derecho fundamental de la persona¹⁶. En consecuencia, nada impediría en

¹⁴ Al amparo del artículo 4 de la Constitución de 1979 se invocaron los artículos 123 y 131 de la misma:

Artículo 123: «Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente.

Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.»

Artículo 131: «El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites.

Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, salud o la seguridad pública.»

¹⁵ Por interés difuso debe entenderse aquel cuya titularidad no reside en un sujeto en especial.

¹⁶ Artículo 2, inciso 22.

principio recurrir a la garantía constitucional del amparo a fin de preservar el medio ambiente, solicitando además en el propio procedimiento la adopción de las medidas cautelares que resulten pertinentes.

No obstante, debemos precisar que en la actualidad el carácter de acción «ex-ante» que podía tener la acción de amparo por intermedio de la adopción de medidas cautelares, está extremadamente mediatizado. El artículo 31 de la ley n.º 23506 (modificado por el artículo 1 del decreto ley n.º 25433) establece que presentada una solicitud de medida cautelar, se correrá traslado de la misma a la otra parte antes de resolverla. Con la contestación del demandado el juez resolverá, pero de conceder la medida, la misma no podrá ejecutarse hasta que no sea confirmada por la segunda instancia, salvo que quede consentida por no haberse apelado de ella. Esto lleva a que, en la práctica, la ejecución de una medida cautelar tome más de seis meses desde la fecha de presentación de la solicitud, limitando de manera importante su eficacia para evitar la materialización de un daño.

Lo paradójico es que con las normas que actualmente regulan las medidas cautelares en el Código Procesal, éstas serán más efectivas en procedimientos de naturaleza civil que en procedimientos de garantía constitucional, a pesar de que estos últimos buscan tutelar derechos fundamentales cuya violación debería repugnar mucho más al ordenamiento.

Por otra parte, la adopción de medidas cautelares ordinarias, de naturaleza civil, en especial la medida cautelar de no innovar contemplada en el artículo 687 del Código Procesal Civil, exige de contracautela. Si tenemos en cuenta la gravedad de los daños ambientales, en una mano, y las consecuencias que podría tener paralizar una actividad económica, en la otra, la contracautela requerida para garantizar al demandado por el pago de los daños que una medida finalmente injustificada llegue a ocasionarle puede tener un costo económico significativo. Si adicionalmente consideramos que quizás el demandante haya interpuesto la acción en defensa de un interés difuso, se comprenderá lo difícil de la decisión de demandar poniendo en riesgo el patrimonio personal para defender un interés común. Bajo este esquema la posibilidad de utilizar medidas cautelares de carácter civil en

defensa del medio ambiente parece bastante remota en la práctica. Este problema no se plantearía en las medidas cautelares de naturaleza constitucional, por no exigir la ley de Hábeas Corpus y Amparo contra-cautela.

Desde otra perspectiva, la exigencia de contracautela parecería ser una medida razonable si tenemos en cuenta las graves consecuencias que puede tener, por ejemplo, la paralización de una actividad económica (una fábrica o una mina) por causa de una medida cautelar solicitada irresponsablemente.

En relación al *abuso de derecho*, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil¹⁷ autoriza al interesado a solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso¹⁸.

Al respecto, el artículo 685 del Código Procesal Civil faculta al juez a dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable, configurándose en este caso una medida cautelar innovativa¹⁹.

De acuerdo a lo anterior, la acción de abuso de derecho parece una opción atractiva para la defensa del medio ambiente. Sin embargo, tiene una serie de limitaciones.

En primer lugar, las medidas cautelares del artículo II del Título Preliminar del Código Civil también están sujetas al otorgamiento de contracautela, con los problemas y limitaciones que esto plantea para la eficacia de la medida.

En segundo lugar, la acción de abuso de derecho tiene carácter residual, es decir que funciona cuando el afectado no puede interponer acción de otra naturaleza.

Para que se configure un abuso de derecho es requisito indispen-

¹⁷ Artículo II: «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.»

¹⁸ Modificación introducida por la primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 768 (Código Procesal Civil).

¹⁹ La medida innovativa es definida por el artículo 682 del Código Procesal Civil como aquella destinada a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o sea el sustento de la demanda. Es una medida excepcional.

sable que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) *Que se utilice un derecho objetiva, formal y externamente legal.* Esto quiere decir que la violación de una norma que establece, por ejemplo, límites máximos de emisión de sustancias nocivas, no es un abuso del derecho, sino la violación del derecho objetivo. En tal caso no cabe una acción de abuso de derecho pues en realidad el individuo ha actuado sin tener derecho del cual abusar. Para que se configure un abuso de derecho el demandado debe estar ejecutando una prerrogativa concedida formalmente por la norma. Su acción es, en apariencia, jurídicamente válida.
- b) *Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.* Esto quiere decir que el interés afectado (en este caso, la protección del medio ambiente) no se encuentra protegido por una norma específica. Estaríamos, pues, frente a un caso donde el posible accionante no tiene ningún aparente derecho subjetivo que tutele su interés.
- c) *Carácter antisocial del daño.* Esto es, que, al margen de que la actividad no esté expresamente prohibida ni limitada por dispositivo legal, según la conciencia social vigente en un momento y lugar dados, el acto sea considerado como no admisible. Ello porque el ejercicio del derecho subjetivo supere claramente los límites impuestos por la buena fe desvirtuando la función social por la que se reconoció el derecho del que se abusa. Así, si en ejercicio de mi libertad de industria y comercio instalo una fábrica cuyas emisiones (no prohibidas dentro de los límites establecidos en las normas legales vigentes) causan una serie de enfermedades entre los vecinos, estoy desvirtuando los fines que protege el derecho a ejercer libremente actividades económicas, generando fines antisociales. Ello no es legalmente admisible.

En el contexto descrito, el abuso de derecho sólo podría ser utilizado en el campo ambiental en supuestos en los que la actividad o conducta dañina no esté prohibida ni limitada legalmente, pero genere un efecto calificable como antisocial y por tanto inadmisibles. Por ello,

señalamos que se trata de una acción residual, pues sólo procede cuando no existe otra vía reconocida expresamente en el ordenamiento. Como tal, su aplicación en la protección ambiental resulta excepcional.

Por otro lado, si bien los ejemplos citados son de naturaleza judicial, nada impide que la categoría *ex-ante* a iniciativa privada sea empleada en la vía administrativa mediante la denuncia de un particular ante un ente estatal para paralizar una actividad potencialmente dañosa. Dado que la novena Disposición Transitoria del decreto legislativo 757 determina como autoridad competente a la sectorial, debe entenderse que tales denuncias serán recibidas en los ministerios que tengan a su cargo la supervisión de las actividades que generen el impacto ambiental negativo.

En dicho caso, el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos²⁰ faculta a la autoridad competente a «[...] adoptar las medidas provisionales o precautorias que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que se expida [...]». Ello, siempre que existan elementos de juicio suficientes y que la medida cautelar no ocasione perjuicio a los interesados²¹.

3.1.2 Acciones *ex-ante* a iniciativa estatal

Una acción podrá considerarse *ex-ante* a iniciativa estatal cuando, sin perjuicio de que las medidas se tomen antes de producirse el daño, sea una autoridad estatal la que de oficio decida intervenir, sin requerir una denuncia de parte. Una variable de esta modalidad son los casos en los que la autoridad competente, sin decidir actuar, establece normas que exigen a quien va a desarrollar una actividad cumplir previamente con ciertos requisitos para autorizarla.

Dentro de esta categoría podemos citar las acciones administrativas de oficio ante peligro de daños ambientales, la autorización de operaciones, los Estudios de Impacto Ambiental, los estándares ambientales, la

²⁰ Aprobado por decreto supremo n.º 02-94-JUS (*El Peruano*, 21 de enero de 1994).

²¹ Artículo 66.

prohibición de ciertas actividades, así como la creación de Áreas Naturales Protegidas, de subsidios por comportamiento favorable al ambiente o de tributos correctivos dirigidos a desincentivar actividades consideradas nocivas.

Este tipo de acciones se presenta como el paradigma de la regulación administrativa. Las entidades que forman parte de la Administración Pública suelen tener facultades para actuar de oficio usualmente antes de que se configure el daño, esto es, preventivamente, o solicitando el cumplimiento de requisitos que acrediten las seguridades necesarias de que no se afectará gravemente el medio ambiente. A su vez, esta categoría no excluye la acción judicial de oficio ejercitable en supuestos como la acusación penal por tentativa de comisión de un delito²².

Veamos a continuación algunos ejemplos de acciones de este tipo.

Los *Estudios de Impacto Ambiental* (EIA) se encuentran regulados de manera general en los artículos 8 a 13 del Código del Medio Ambiente²³. Su finalidad esencial es la prevención de los posibles daños que ciertas actividades pueden ocasionar en el ambiente durante su ejecución, exigiendo un análisis de los efectos de las mismas antes de que éstas se lleven a cabo. En ese sentido, se exige al interesado demostrar el control del riesgo y, en su caso, la implementación de las medidas necesarias para evitar o reducir el daño.

De acuerdo con lo previsto por el Código del Medio Ambiente, estos estudios son de carácter público y, si bien inicialmente dicho Código incluyó dentro de sus disposiciones una relación de las actividades obligadas a presentarlos, con la modificación introducida por el decreto legislativo n.º 757²⁴ corresponde a cada sector determinar los

²² Sin embargo, preferimos hacer referencia a la legislación penal dentro de las acciones *ex-post*.

²³ Con las modificaciones introducidas por el decreto legislativo n.º 757 (ley marco para el Crecimiento de la Inversión Privada).

A partir de estas normas cada sector ha expedido sus propios reglamentos sobre Estudios de Impacto Ambiental.

²⁴ El artículo 51 del decreto legislativo n.º 757 modificó el artículo 8 del Código del Medio Ambiente.

casos en que los EIA son exigibles.

En la actualidad, los EIA han cobrado especial importancia en sectores como el minero²⁵, petrolero²⁶ y de electricidad²⁷, en los cuales se cuenta con la legislación correspondiente, así como con Registros de entidades autorizadas para realizar este tipo de estudios. En el Título VIII del reglamento de la Ley General de Pesca²⁸ también se contempla la elaboración de EIA y ya se han expedido las normas destinadas al registro de las entidades especializadas. Similar actitud en materia de Estudios de Impacto Ambiental han adoptado otros sectores, como el de agricultura, industria y construcción²⁹. Para aquellas obras iniciadas con anterioridad a la expedición de las normas sobre EIA, se ha previsto la presentación de Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, de contenido similar a los EIA.

Los *estándares ambientales* son otro claro ejemplo de acción ex-ante a iniciativa estatal. Su implementación determina por parte del Estado una cuidadosa evaluación de la calidad del recurso ambiental y del nivel de emisiones de los distintos agentes contaminantes³⁰. Ello, con la finalidad de optar por estándares de tipo general³¹ o por industria³².

La diferencia estriba en que los estándares que se fijan atendiendo al medio receptor no necesariamente determinan un comportamiento

²⁵ Reglamento del Título Decimoquinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y modificaciones (decretos supremos n.ºs 029-93-EM y 059-93-EM).

²⁶ Principalmente: decreto supremo n.º 046-93-EM (reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos) y decreto supremo n.º 055-93-EM (reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos).

²⁷ Decreto supremo n.º 29-94-EM (reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas).

²⁸ Decreto supremo n.º 01-94-PE.

²⁹ Este último sólo cuenta con términos de referencia para la elaboración de EIAs (resolución ministerial n.º 171-94-TCC/15.03).

³⁰ Si bien en términos reales todos somos agentes contaminantes, nos referiremos en adelante a la industria por ser ésta la principal fuente de contaminación.

³¹ Estándares que dependen de la calidad del recurso receptor de la contaminación (aire, agua, etc.).

³² Lo que implica la fijación de niveles máximos de emisión de contaminantes por cada planta.

más favorable al ambiente³³, ya que los agentes contaminantes pueden verse beneficiados al operar en un medio puro en términos ambientales, de tal forma que –aun empleando técnicas altamente contaminantes– les sería posible cumplir con los límites señalados por ley. Por esta razón, el sistema de estándares según el nivel de contaminación del elemento receptor debe ser empleado –en todo caso– en zonas que ya presentan problemas ambientales³⁴.

La legislación nacional parece haber optado por el primer tipo de estándar para la ley general de Aguas³⁵ y el reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos³⁶, y por el segundo tipo, en relación a los límites para la actividad pesquera de consumo humano indirecto³⁷ y los efluentes líquidos minero-metalúrgicos³⁸.

Dentro del grupo de *prohibición de actividades* se ubican distintos supuestos, tales como la veda prevista en la legislación pesquera, la prohibición de actividades de aprovechamiento energético o de recursos no renovables dentro de Áreas Naturales Protegidas³⁹, prohibición de descarga de sustancias contaminantes que provoquen degradación de los ecosistemas o alteren el ambiente sin depuración previa⁴⁰, prohibición de internamiento de residuos o desechos, salvo para fines de reciclaje⁴¹, prohibición de exportar recursos genéticos de especies en

³³ Como sí ocurre con la fijación de límites por industria o empresa.

³⁴ Vid. PASCO FONT, Alberto. «La fijación de estándares ambientales». *El Peruano*, 3 de diciembre de 1993.

³⁵ Así como en el reglamento de los Títulos I, II y III, aprobado por decreto supremo n.º 261-69-AP. El artículo 82 del reglamento (modificado por decreto supremo n.º 007-83-SA) presenta una lista de diversos límites.

³⁶ Este reglamento incluye en un apéndice los límites de concentración de contaminantes, aunque sólo respecto del aire.

³⁷ Resolución ministerial n.º 478-94-PE (*El Peruano*, 16 de diciembre de 1994).

³⁸ Resolución ministerial n.º 011-96-EM/VMM (*El Peruano*, 13 de enero de 1996).

³⁹ En el ámbito nacional, esta prohibición –prevista originalmente por el artículo 71 del Código del Medio Ambiente– fue derogada por la primera Disposición Final del decreto legislativo n.º 653 (ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario).

⁴⁰ Vid. Código del Medio Ambiente, ley general de Aguas y disposiciones reglamentarias, Código Sanitario, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, entre otros.

⁴¹ Artículo 55 del decreto legislativo n.º 757.

peligro o en vías de extinción o de importar animales con enfermedades contagiosas o hereditarias, entre otros.

Las *Áreas Naturales Protegidas* son otro buen ejemplo de protección preventiva a iniciativa estatal y una alternativa para dedicar extensiones específicas del territorio nacional a actividades de investigación, protección y manejo controlado de ecosistemas⁴².

Al respecto, se considera *Áreas Naturales Protegidas* las comprendidas en el decreto supremo n.º 010-90-AG⁴³, que une a las áreas del SINUC (Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Santuarios Nacionales, Santuarios Históricos) los Bosques Nacionales, Bosques de Protección, Reservas Comunales, Cotos de Caza y «[...] otras áreas que se establezcan en el Sector Agrario con fines de conservación [...]».

Cabe destacar que en la actualidad las *Áreas Naturales Protegidas* cuentan con un fondo intangible (FONANPE)⁴⁴ constituido con los recursos provenientes de donaciones de la cooperación técnica internacional y recursos complementarios transferidos por los sectores público y privado.

En relación a *los subsidios* por comportamiento favorable al ambiente y *los tributos* por contaminación, resulta fundamental advertir el distinto efecto que presenta cada uno en relación a los ingresos⁴⁵. Así, como quiera que los subsidios incrementan las ganancias, aun cuando pueden llegar a reducir el volumen de contaminación de cada punto emisor, pueden igualmente y sin perjuicio de lo anterior conllevar el ingreso de un mayor número de empresas contaminadoras al mercado, lo que determina en definitiva el aumento del nivel general de contaminación existente, a menos —claro está— que se establezcan barreras de acceso al mercado⁴⁶.

⁴² Vid. Capítulo X del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales. También: decreto supremo n.º 010-90-AG (SINANPE), decreto supremo n.º 160-77-AG (reglamento de Unidades de Conservación), entre otros.

⁴³ Sistema Nacional de *Áreas Naturales Protegidas*.

⁴⁴ Creado por decreto ley n.º 26154 y reglamentado por decreto supremo n.º 024-93-AG.

⁴⁵ Los impuestos reducen las ganancias, en tanto los subsidios las aumentan.

⁴⁶ Esto no parece ser la solución ideal del problema, no sólo por el carácter

El sistema de impuestos genera, en cambio, niveles de contaminación más cercanos a los deseados. Internaliza los costos ambientales de la actividad, favorece la introducción de tecnología, pero adicionalmente desincentiva las infracciones que se cometan en tanto el hacerlo implica la reducción de ganancias, en especial en los casos en que además de fijarse un impuesto por unidad de contaminación emitida se mantiene la multa por incumplimiento de la disposición ambiental.

Por otro lado, un impuesto a la contaminación es un medio de control de bajo costo: los contaminadores con costos de control altos preferirán pagar el impuesto a las emanaciones, en tanto que los contaminadores con costos de alivio bajos preferirán reducir sus emanaciones⁴⁷.

La dificultad de esta segunda alternativa estriba en encontrar el nivel a partir del cual deben fijarse los impuestos y en evitar sobrecargar de costos a los productores. Bajo esta óptica, lo ideal sería propiciar una reforma fiscal por la cual la incorporación de impuestos ecológicos tuviera un efecto neutro.

En el Perú, la tributación es un instrumento de control ambiental que aún carece de regulación⁴⁸, ya que únicamente se encuentra contemplado de manera general en el Código del Medio Ambiente⁴⁹.

Consideramos que ello se llevará a cabo próximamente, en especial debido a los requerimientos de los inversionistas extranjeros, por la reglamentación de principios contenidos en el Código del Medio Ambiente, como es el caso del contaminador-pagador⁵⁰, orientado a la

eminentemente controlista de la medida, sino porque, en países como el Perú, existen los problemas del déficit fiscal y la inflación.

Precisamente, debido a ello la política estatal de los últimos años en el Perú ha buscado eliminar la mayor parte de subsidios existentes. En ese sentido, se ha disminuido, por ejemplo, las subvenciones de los combustibles fósiles.

⁴⁷ FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT. *Conferencia sobre economía y ecología*. Hernán Garrido Lecca (ponente). Lima, setiembre de 1993.

⁴⁸ Ello, a pesar de la reciente reforma tributaria propiciada por el Gobierno actual.

⁴⁹ El artículo 2 del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales señala que: «[...] El régimen tributario garantizará una efectiva conservación de los recursos naturales, su recuperación y la promoción del desarrollo sustentable [...]».

⁵⁰ Artículo 1, inciso 6, del Código del Medio Ambiente: «[...] Los costos de

internalización de los costos ambientales, así como a raíz de la implementación de diversos tratados internacionales en materia de protección ambiental ratificados por el Perú.

3.1.3 Acciones ex-post a iniciativa privada

En este caso las medidas se toman después de producido el daño, siendo que la intervención de la autoridad surge de una solicitud de un particular.

El ejemplo más común es la demanda por responsabilidad civil. Este tipo de acciones constituye el paradigma de la acción judicial en el ámbito civil. El juez civil suele actuar, a iniciativa de parte, una vez producido el daño.

Como sabemos, la responsabilidad civil puede ser calificada como contractual o extracontractual. La doctrina jurídica tradicional ha fundamentado la diferencia en la existencia o no de un contrato. Sin embargo, el Análisis Económico del Derecho ha planteado que la distinción obedece a los niveles de costos de transacción existentes.

Los costos de transacción son aquellos gastos o pérdidas en los que las partes se ven obligadas a incurrir para celebrar un contrato. Ello incluye desde la contratación de abogados, hasta la obtención de la información relevante sobre con quién, cómo y cuándo contratar. Así, la responsabilidad por accidentes de tránsito es de carácter extracontractual precisamente porque es casi imposible imaginar que antes de un accidente los peatones se pongan de acuerdo con los conductores de vehículos sobre las consecuencias de un atropello. Existen demasiadas personas involucradas y el costo de identificar a aquellos que podrían ser atropellados es casi imposible de superar. Producido el accidente, el juez tendrá que «simular» el acuerdo al que hubieran llegado las partes si los costos de transacción hubieran sido iguales a cero y, en conse-

prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio [...].»

cuencia, que el conductor hubiera podido «comprarle» al peatón el derecho a ser atropellado⁵¹.

Normalmente, en el caso de daños ambientales los costos de transacción entre el causante del daño y las víctimas suelen ser altos. Es imposible identificar a todas las víctimas y celebrar contratos con ellas sobre cuáles son los niveles de contaminación aceptables⁵². Suelen ser demasiados los afectados o incluso pertenecer a generaciones futuras, por lo que un acuerdo el día de hoy resulta imposible.

Hay, sin embargo, ocasiones en las que la responsabilidad contractual puede ser útil. Si un vecino celebra un contrato con otro para que éste no quemé sus hojas en el jardín (contaminando el ambiente) o estableciendo una obligación de no construir un muro que afecte la vista del paisaje, y el deudor incumple su obligación (produciendo, en consecuencia, un daño a su acreedor), podrá recurrirse a la responsabilidad contractual. Para ello se invocaría lo establecido en el artículo 1321 del Código Civil⁵³. No obstante, en el campo ambiental esta situación es la excepción, no la regla. En general, la obligación de no dañar el medio ambiente no tiene fuente contractual.

Dado que usualmente no existe relación contractual entre las víctimas y los autores de los daños ambientales, las primeras deberán recurrir a la responsabilidad extracontractual.

Para iniciar una acción por responsabilidad civil extracontractual deberá establecerse la existencia de un factor de atribución que permita

⁵¹ Para una explicación más detallada del concepto de costos de transacción, ver BULLARD, Alfredo: «¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?», en *Themis*, n.º 21, pp. 93-100; y «Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)», en *Derecho*, n.º 45, pp. 131-157.

⁵² Sin embargo, existen casos en los que un acuerdo es posible a pesar de los costos de transacción. En un artículo publicado en el *New York Times* (SCHNEIDER, Keith, «Safety Fears Prompt Plants to Buy Out Neighbors», en *New York Times*, miércoles 28 de noviembre de 1990), se relataba cómo empresas químicas iban paulatinamente comprando las propiedades de sus vecinos a fin de crear un cinturón de seguridad alrededor de sus plantas que previniese posibles accidentes industriales. Así, por la vía contractual, se soluciona parte de un problema vinculado al uso del medio ambiente.

⁵³ Según esta norma, queda sujeto al pago de una indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

imputar responsabilidad al causante del daño. Básicamente, según nuestras normas civiles, podría recurrirse a la culpa (responsabilidad subjetiva contemplada en el artículo 1969) o al riesgo creado (responsabilidad objetiva recogida en el artículo 1970).

En el caso de la responsabilidad subjetiva, deberá encontrarse que el daño ambiental es consecuencia de la negligencia del causante. No bastará entonces acreditar el daño e identificar a quien lo causó. Se requerirá además establecer que no se respetó el estándar de razonabilidad en la conducta que hubiera resultado exigible.

En el caso de la responsabilidad objetiva por riesgo, sería necesario tipificar la actividad dañina como peligrosa o riesgosa. Si interpretamos de manera amplia el artículo 1970, sería posible definir, por ejemplo, a las actividades contaminantes como potencialmente riesgosas o peligrosas y en consecuencia establecer la existencia de responsabilidad sin necesidad de determinar la razonabilidad de la conducta.

En ese sentido, los conceptos fundamentales sobre responsabilidad del Código Civil han sido ampliados por el Código del Medio Ambiente a través del principio contaminador-pagador⁵⁴, por el cual los costos de prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio. Esta norma parecería acercarse más hacia una concepción objetivista de la responsabilidad por daños al medio ambiente.

En el ejercicio de la acción deberán tenerse en cuenta características particulares del daño ambiental, como la extrema difusión⁵⁵, la dificultad de ser apreciado en el corto plazo, su incidencia en el sistema de precios en el caso de las externalidades, entre otros.

En materia de ejecutorias supremas puede citarse el caso Elvira Santa María de Bazo contra Cerro de Pasco Corporation, sobre indemnización de daños producidos por la Fundición de La Oroya en el ganado lanar y vacuno, propiedad de la demandante, que pastaba en la

⁵⁴ Artículo 1, inciso 6, del Código del Medio Ambiente.

⁵⁵ Tanto respecto de las víctimas como en cuanto a los autores. En zonas industriales, por ejemplo, será difícil identificar autores específicos y los grados de contaminación de los que son responsables por separado.

hacienda Jatunhuasi⁵⁶. Cerro de Pasco Corporation fue condenada al pago de los daños ocasionados.

Queda latente la pregunta en relación a la posibilidad de interponer acciones de clase⁵⁷ dirigidas a la obtención de indemnización por daño ambiental⁵⁸. En tal caso, un damnificado de una determinada clase o categoría podría asumir la defensa de todos los damnificados posibles de dicha clase. En consecuencia, en un sólo proceso se discutiría el daño y se establecería una indemnización global que sería repartida posteriormente de manera proporcional⁵⁹ entre las víctimas.

Dentro de la concepción de responsabilidad civil contenida en nuestro Código Civil, es la víctima el beneficiario de la indemnización. Bajo tal perspectiva, es sumamente cuestionable que cualquiera pueda reclamar los daños que no sólo él ha sufrido, sino toda la sociedad en su conjunto. Esto es aún más complicado si tenemos en cuenta que no están previstos en nuestro ordenamiento mecanismos que permitan la distribución de la indemnización entre todos los afectados o su inversión en gastos que resarzan socialmente el daño ocasionado (limpieza del ambiente u obras públicas que compensen la pérdida social). Además, nuestro sistema exigiría facultades de representación para poder accionar en este caso concreto en favor de terceros. En atención a ello, la posibilidad de acciones de clase en el área de responsabilidad civil extracontractual no encontraría bases legales sólidas y como tal debería ser descartada hasta que no se creen los mecanismos que impidan que el demandante se enriquezca indebidamente por daños ocasionados a terceros.

Por otro lado, somos de la opinión que —al margen de lo expuesto— la categoría *ex-post* a iniciativa privada también podría manifestarse en

⁵⁶ Vid. TRAZEGNIES, Fernando de. *La responsabilidad extracontractual*. 3.ª ed. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI. Lima, PUC, 1988, pp. 336-337.

⁵⁷ Como se sabe, la *class action* existe en Estados Unidos desde 1938.

⁵⁸ La defensa de intereses difusos contemplada por el Código Procesal Civil y el Código del Medio Ambiente faculta el ejercicio de acciones en defensa del ambiente, pero no proporciona el tratamiento de conjunto del daño y su reparación, que sí permite la acción de clase.

⁵⁹ Precisamos que la acción de clase puede ser utilizada también contra un demandado en representación de su clase. Vid. (52) pp. 401-404.

el ámbito del Derecho administrativo a través de denuncias de parte ante la entidad pública para sancionar al responsable de una acción ilícita ya consumada.

3.1.4 Acciones ex-post a iniciativa estatal

En esta categoría se encuentran los casos en los que una vez producido el daño la autoridad administrativa toma medidas dirigidas normalmente a sancionar al responsable.

Los casos más comunes son la imposición de una multa por daños ya producidos y la acción penal de oficio para sancionar un delito consumado. El primer caso implica la intervención de un ente administrativo, y el segundo, la de un juez.

La imposición de multas es un ejemplo clásico de la acciones ex-post a iniciativa estatal. En realidad, es una de las más frecuentes sanciones administrativas. En materia ambiental, se encuentran previstas –de manera general– en el Capítulo XX del Código del Medio Ambiente y, a partir de esto, en las diferentes legislaciones sectoriales sobre protección al medio ambiente, las mismas que han fijado las multas con referencia a la Unidad Impositiva Tributaria. La autoridad ambiental competente para la aplicación de multas es el ministerio de cada sector⁶⁰.

Cabe destacar que el artículo 118 del Código del Medio Ambiente establece, para efecto de aplicar las sanciones administrativas –entre ellas las multas–, la responsabilidad solidaria entre los titulares de las actividades causantes de dicha infracción y los profesionales que hubiesen suscrito los Estudios de Impacto Ambiental en los proyectos y obras que causaron el daño.

Por su parte, *la acción penal de oficio* se interpone como consecuencia de la comisión de cualquiera de los delitos ambientales tipificados en el Código Penal.

⁶⁰ De conformidad con la novena Disposición Complementaria del decreto legislativo n.º 757 (ley marco para el Crecimiento de la Inversión Privada).

Al respecto, el Título XIII del Código Penal⁶¹ contempla como «Delitos contra la Ecología» los siguientes:

- Vertimiento de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de límites establecidos, que cause o que pueda causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos (artículo 304).
- El otorgamiento de licencia de funcionamiento para cualquier actividad industrial por parte de funcionario público, o de informe favorable para dicho otorgamiento a sabiendas de que no se cumple con las disposiciones legales y reglamentarias de protección al ambiente (artículo 306).
- El depósito, la comercialización o el vertimiento de desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o sin el cumplimiento de normas sanitarias o de protección al ambiente (artículo 307).
- La caza, captura, recolección, extracción o comercialización de especies de flora o fauna legalmente protegidas (artículo 308).
- La extracción de especies de flora o fauna acuática en épocas, cantidades y zonas prohibidas o vedadas o mediante el empleo de procedimientos prohibidos (artículo 309).
- La destrucción, el daño o la tala parcial o total de bosques u otras formaciones vegetales naturales o cultivadas legalmente protegidas (artículo 310).
- La utilización de tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola, con fines de expansión urbana, de extracción, de elaboración de materiales de construcción u otros fines distintos (artículo 311, primer párrafo).
- El ofrecimiento en venta, para fines urbanos, de áreas agrícolas intangibles mediante anuncios o medios de comunicación social (artículo 311, segundo párrafo).
- La autorización, por parte de funcionario público, de proyecto de urbanización o de otra actividad no conforme con los planes o usos

⁶¹ Artículos 304 al 314.

previstos por los dispositivos legales; o el informe favorable, por parte de profesional encargado, a sabiendas de su ilegalidad (artículo 312).

- La alteración del ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o la modificación de la flora o fauna mediante la construcción de obras o tala de árboles que dañan la armonía de sus elementos (artículo 313).

Los delitos son sancionados cuando existe dolo o culpa. El Código Penal establece como penas las privativas de la libertad, multas, prestación de servicio comunitario e inhabilitación⁶². Asimismo, se contemplan atenuantes y agravantes⁶³.

Consideramos que el empleo de mecanismos penales (a pesar del evidente proceso de penalización de las actividades dañinas al medio ambiente en la legislación nacional y comparada) no ha resultado la opción más adecuada para proteger al medio ambiente, no sólo por su carácter discriminatorio sino por los problemas que presenta la aplicación de sanciones de este tipo. Los «autores» de los delitos suelen ser personas jurídicas y el Código Penal no las contempla como posibles agentes activos. Además, cuando el delito tiene lugar en zonas eminentemente industriales en las que hay instaladas muchas plantas contaminantes, puede resultar difícil individualizar a los autores y el grado de participación de cada fuente de contaminación.

Finalmente debe destacarse que, en virtud del artículo 314 del Código en cuestión, el juez penal se encuentra facultado para ordenar como medida cautelar la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura total o definitiva del establecimiento⁶⁴. Adviértase que en este caso la medida adquiere doble carácter⁶⁵: es medida *ex-post* en relación a los hechos ya consumados y que deter-

⁶² Inhabilitación cuando el autor del delito es funcionario público.

⁶³ En los casos en que, como efecto de la actividad contaminante, se producen lesiones graves o muerte, cuando el autor es funcionario público, cuando se afecta especies en extinción o en fase de reproducción, cuando se produce la disminución de aguas, la erosión del suelo o modificación del clima, entre otros.

⁶⁴ Ello, sin perjuicio de lo que pueda, a su vez, determinar la autoridad ambiental.

⁶⁵ Siempre a iniciativa estatal.

minaron la denuncia penal, y es medida *ex-ante* en tanto busca prevenir la continuación del daño y del delito.

Como se puede verificar, las cuatro categorías expuestas suelen manifestarse en las legislaciones de protección del medio ambiente. La opción A (*ex-ante*, iniciativa privada) se presenta a través de las acciones constitucionales dirigidas a detener o limitar actividades dañinas al medio ambiente y de las solicitudes de medidas cautelares que buscan evitar la consumación de un daño. La opción B (*ex-ante*, iniciativa estatal) es bastante común en todas las regulaciones ambientales nacionales y foráneas que encargan a un ente de la Administración Pública el cumplimiento de las normas ambientales. En la opción C (*ex-post*, iniciativa privada) cualquier particular puede demandar una indemnización por ser víctima de daños ambientales, utilizando las normas civiles. Finalmente, la opción D (*ex-post*, iniciativa estatal) también es frecuente y comprende las multas por daños y las penas por delitos ambientales.

La combinación de los diversos tipos de acciones indica la existencia de problemáticas y necesidades diferentes en el plano ambiental. Por eso, algunas acciones son más efectivas en unos casos y menos efectivas en otros, respondiendo a la diversidad y complejidad de los problemas vinculados a la protección ambiental. En el punto siguiente trataremos de evaluar las ventajas y desventajas de las distintas opciones propuestas.

3.2 Evaluación de las opciones propuestas

Para evaluar las distintas alternativas señaladas destacaremos las ventajas que cada una presenta por separado. Las desventajas surgirán por contraposición.

3.2.1 Acciones *ex-ante* y acciones *ex-post*

3.2.1.1 Ventajas de las acciones *ex-ante*

- a) *Prevención del daño*. Al actuar antes que el daño ocurra, las

acciones *ex-ante* evitan la pérdida social que éste genera. En realidad, antes que sancionar el daño ambiental este tipo de acción persigue evitar que llegue a producirse. Esto muchas veces se justifica en el eventual carácter irreparable del daño al medio ambiente, como pueden ser la extinción de una especie o la destrucción de la capa de ozono. En estos casos no estamos dispuestos a sentarnos a esperar que el daño se consume para recién sancionar al responsable. Parece más efectivo tomar medidas preventivas.

Es claro que los EIA, los estándares ambientales, la prohibición de actividades y la creación de Áreas Naturales Protegidas cumplen con el mencionado objetivo. Estas medidas persiguen regular y limitar la actividad potencialmente dañina.

Algo similar sucede con las medidas cautelares que se conceden en los procesos de amparo y abuso de derecho a nivel judicial o en los procedimientos administrativos. No olvidemos que toda medida cautelar se basa en la irreparabilidad del daño y en el peligro en la demora de esperar el resultado final del procedimiento.

Los impuestos por unidad de contaminación contribuirán a la prevención del daño únicamente en la medida en que los costos de control de los agentes contaminantes no sean superiores al monto del impuesto, ya que en caso contrario preferirán pagar el impuesto, lo que puede indicar una de dos alternativas: o el impuesto está mal calculado o los beneficios de la actividad superan los costos, por lo que no hay razón para desincentivarla.

Así, en el supuesto típico de la empresa industrial, un Estudio de Impacto Ambiental evita que dicha empresa inicie actividades sin la adopción de medidas que eliminen o disminuyan posibles daños; la sujeción a estándares limita el nivel de emisiones⁶⁶ y la aplicación de impuestos por unidad de contaminación acentúa ese efecto al disminuir adicionalmente las ganancias de la empresa.

Por otro lado, de no cumplir con las regulaciones del sector, la empresa puede ser denunciada ante la autoridad administrativa compe-

⁶⁶ En especial, si se trata de estándares por industria.

tente, solicitándose una medida cautelar. Sin perjuicio de ello y en tanto la empresa viole el derecho al ambiente saludable o ejerza abusivamente algún derecho, puede ser demandada en acción de amparo o de abuso de derecho y los afectados o la institución dedicada a la defensa de los derechos ambientales podrá obtener también en estos casos medida cautelar.

La ventaja en la prevención del daño de las acciones *ex-ante* es, a pesar de todo, relativa, ya que si las acciones *ex-post* llegan a basarse en un adecuado cálculo del daño, pueden igualmente desincentivar la producción de pérdidas: sabiendo que tendrán que soportar el costo que su actividad genera, los agentes económicos llevarán a cabo sólo aquellas actividades que importen más beneficios que costos. Sin embargo, las acciones *ex-post* no podrán retornar las cosas al estado anterior si el daño causado es realmente irremediable.

b) *Efectividad frente al transcurso del tiempo entre el desarrollo de la actividad y la manifestación del daño.* El transcurso del tiempo entre el momento de desarrollo de la actividad y el momento de producción del daño cobra especial relevancia en el campo del Derecho ambiental, en el que los daños involucrados pueden tener un período de incubación de décadas o incluso de siglos. Nadie adopta precauciones respecto a una demanda de daños y perjuicios que se producirá dentro de cien años, lo que determina que no existan incentivos para una conducta racional. Además, incluso para períodos menores, puede resultar imposible probar o establecer el vínculo causal después de una década. Saber a qué agente contaminante atribuir la desaparición de una especie marina o el cáncer pulmonar sufrido por una parte importante de la población, puede hacer que las acciones *ex-post* se tornen en totalmente inefectivas.

Por otro lado, en el caso que el daño sea ocasionado por una empresa, es probable que sus directores y gerentes no tomen en cuenta los daños ambientales de retardada aparición, ya que para entonces estarán gozando de sus respectivas jubilaciones. En estos casos la acción *ex-ante* parece más adecuada, pues creará en el presente incentivos para frenar una conducta irracional cuyos efectos se manifes-

tarán en un lejano mañana.

En el mismo ejemplo de la empresa industrial: frente a una acción de responsabilidad civil que exigiría la manifestación del daño, la obtención de medidas cautelares constituiría un freno a la realización de actividades con posible impacto negativo el día de hoy, sin necesidad de esperar que el daño se consume para actuar y evitarlo.

Igualmente, el establecimiento de niveles máximos de extracción para ciertos recursos hidrobiológicos exigibles, en la eventualidad de que la pesca de esas especies se lleve a cabo en niveles que excedan su capacidad de regeneración y que, consecuentemente, en el largo o mediano plazo la masa del recurso quede disminuida irremediablemente.

c) *Eliminación de los problemas generados por la desproporción entre los ingresos del causante y la magnitud del daño.* Muchos de los daños ambientales tienen magnitudes que difícilmente podrían ser cubiertas por el patrimonio de una empresa, incluso de ser éste significativo. La destrucción de la capa de ozono no podrá ser indemnizada por una empresa, así estemos hablando de las más grandes del mundo.

Este aspecto adquiere especial relevancia si consideramos la universalidad del principio de responsabilidad limitada de las sociedades y corporaciones: los accionistas de una empresa potencialmente dañosa no tienen incentivos para adoptar comportamientos racionales, ya que no responden por dichos daños. Esto se refleja en una descapitalización de las empresas, en las que los accionistas no harán, deliberadamente, aportes suficientes que cubran indemnizaciones por daños ambientales graves. Ante esta perspectiva, es de esperar el fracaso de un sistema de acciones ex-post.

Por ejemplo, de no haberse obtenido resultado favorable en la acción de amparo interpuesta por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en defensa de los bosques de mangle y del Santuario Nacional de los Manglares de Tumbes, es de presumir que el daño ocasionado no hubiera podido ser reparado en toda su magnitud por los sujetos involucrados.

Las acciones ex-ante implican tomar medidas hoy, impidiendo ciertos comportamientos cuando somos conscientes de que los daños generados, dada su magnitud, difícilmente podrán ser reparados por los responsables.

d) *Utilización de la incidencia estadística.* Un sistema ex-ante puede buscar la individualización del potencial causante del daño (como usualmente ocurre en el sistema ex-post), pero además tiene la ventaja de que puede actuar en base a incidencia estadística: frente al problema de establecer qué parte de la capa de ozono ha sido destruida por la actividad de una fábrica particular, pueden determinarse porcentajes de incidencia en el daño global.

No será fácil establecer qué parte de la población sufrió de enfermedades a las vías respiratorias por las emisiones de una fábrica particular y cuál parte por la emisión de las demás fábricas. Es probable que la mayoría haya sufrido enfermedades por emisiones de fuentes muy diversas. Pero sí se puede establecer, según los niveles de emisión, el incremento estadístico de la posibilidad de generar daños en cada caso. Cuando en los casos de riesgo de cáncer por contaminación resulte difícil atribuir el efecto negativo a una actividad específica (sobre todo, cuando existen distintos factores), la estadística señalará la incidencia de dicha actividad en el incremento de las probabilidades de producción de la enfermedad. No podremos identificar víctimas concretas de los actos de cada agente contaminante, pero sí podremos establecer las «víctimas» en términos estadísticos. Podríamos así hablar de «causalidad probabilística»⁶⁷.

En esa medida puede establecerse, por ejemplo, acertados estándares por industria, esto es, niveles máximos de emisión de contaminantes por planta en base a la incidencia estadística proyectada para el futuro. Incluso podría llegar a sugerirse la posibilidad de acciones de responsabilidad civil ex-ante, en las que las potenciales víctimas pueden

⁶⁷ Para un mayor detalle del concepto de causalidad probabilística, revisar BULLARD, Alfredo. «Causalidad probabilística: el problema de los costos administrativos en el diseño de un sistema de responsabilidad extracontractual». En *Ius et Veritas*, n.º 3, pp. 3-12.

reclamar el día de hoy indemnizaciones por el incremento de posibilidades de sufrir un daño⁶⁸.

Los sistemas de acciones ex-post presentan, por su parte, algunas ventajas que pasamos a comentar.

3.2.1.2 Ventajas de las acciones ex-post

a) *Debida información para la toma de medidas.* La intervención ex-post actúa sobre una base cierta que permite al órgano encargado de resolver reducir su margen de error, pues realiza sus cálculos en base a daños efectivamente producidos. A diferencia de las acciones ex-ante, donde la autoridad tiene que proyectar el potencial daño para medir la forma de intervenir, en las acciones ex-post tal trabajo de «adivinación» no es necesario, pues ya se pueden medir los daños actuales.

Los agricultores que interpongan una demanda por responsabilidad civil contra la fábrica contaminante vecina que causa el deterioro o la pérdida de sus cultivos, expondrán cuáles son los daños producidos y los montos involucrados para reclamar la indemnización. Por su parte, la fábrica demandada aportará datos adicionales, tales como la mala calidad de los cultivos o de los insumos empleados por los agricultores que pudieran haber contribuido al deterioro o la pérdida en cuestión. Asimismo, la multa administrativa por un daño ya producido actúa sobre una base cierta y no sobre un estimado de lo que podría pasar.

Por el contrario, los sistemas que actúan ex-ante enfrentan graves problemas de información: prohíben o limitan actividades en base a daños y beneficios hipotéticos, lo que lleva a márgenes de error no necesariamente despreciables que incluyen permitir actividades que nunca debieron autorizarse o prohibir otras cuyos beneficios podrían superar ampliamente sus costos.

Sin duda, éste es uno de los problemas más graves que enfrentan las acciones de naturaleza administrativa, que suelen ser de naturaleza

⁶⁸ Sobre este punto, ver también BULLARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

ex-ante. Los errores que se cometen al actuar en base a proyecciones pueden ser grandes y los costos involucrados significativos. A ello se agrega que las acciones se toman en base a las preferencias actuales de los agentes (causantes y víctimas) y no en base a las preferencias que existirán cuando el daño sea manifiesto, lo que puede incluso contribuir a aumentar el perjuicio causado por un error de previsión.

Finalmente, desconocemos el día de hoy los avances tecnológicos y los descubrimientos que se darán en el futuro, lo que puede llevar a decisiones equivocadas tomando en cuenta los niveles de tecnología existentes a la fecha. Un problema grave el día de hoy, podrá quizás ser fácilmente resuelto en unos años en base a un nuevo descubrimiento.

b) *Menores costos administrativos.* Los sistemas ex-post pueden implicar menores costos administrativos precisamente porque al requerir de menor información no necesitan un apoyo burocrático de las mismas magnitudes que un sistema que busca predecir los efectos futuros de una actividad.

En el mismo caso de los agricultores y la fábrica contaminante, la mayor parte de los datos necesarios para resolver serán aportados por las partes. De esta forma, el órgano jurisdiccional reducirá la inversión de recursos económicos y humanos avocados al conocimiento del problema.

Es importante mencionar, igualmente, las ventajas de las acciones de iniciativa privada y de iniciativa pública:

3.2.2 *Acciones de iniciativa privada y acciones de iniciativa pública*

3.2.2.1 *Ventajas de las acciones de iniciativa privada*

a) *Incentivo para una acción oportuna.* Suele sostenerse que los funcionarios públicos no se encuentran adecuadamente motivados para tomar acciones oportunas y efectivas pues finalmente no son afectados de manera directa por las actividades dañosas. Por el contrario, los

particulares, al ver vulnerados sus intereses, adoptan decisiones rápidas en su defensa.

Ante una situación de contaminación registrada en una zona alejada del país, una acción de amparo interpuesta por los propios afectados, con la consecuente medida cautelar, definitivamente resulta un mecanismo más rápido para suspender dicha situación, que esperar a que la entidad sectorial descubra el problema e intervenga.

Algo similar ocurre con una acción de daños y perjuicios, en la que la víctima es incentivada por el daño a demandar al causante a fin de internalizar la externalidad producida.

Como contrapartida, los funcionarios públicos, al no tener intereses directos comprometidos, suelen tener una reacción mucho menos oportuna y efectiva.

En este punto es importante destacar el rol que puede jugar el otorgamiento de derechos de propiedad a particulares sobre bienes integrantes del medio ambiente. Como dijimos anteriormente, ello tiene el mérito de convertir lo público en privado, creando precisamente incentivos para la acción oportuna y efectiva que, como dijimos, no se verifica en el supuesto de los funcionarios públicos.

En el fondo, la entrega de bienes ambientales en propiedad privada es una forma indirecta de permitir la utilización de las acciones a iniciativa privada (interdictos, reivindicaciones, demandas de daños y perjuicios) al servicio del Derecho ambiental. Esto es una de las grandes ventajas que plantea la propiedad privada.

Los aparatos administrativos estatales no se han destacado precisamente por su eficacia y precisión. Por el contrario, la experiencia demuestra que cometen errores con demasiada frecuencia. Su efectividad real es realmente baja.

Por el contrario, el asignar recursos ambientales en propiedad privada vuelve a reducir la posibilidad de errores que permitan el desarrollo de actividades no deseadas o que impidan el desarrollo de actividades beneficiosas.

Al asignarse los recursos ambientales en propiedad privada, podemos poner además al sistema contractual (y por consiguiente, al mercado) en favor de los objetivos que perseguimos. El mercado genera

información sobre costos en incentivos y señales sobre actividades beneficiosas y perjudiciales con mayor precisión y de manera más económica que los sistemas administrativos.

Así, por ejemplo, el propietario de un lago puede evaluar de mejor manera si conviene o no conceder a otros particulares permisos de pesca (por la vía contractual), así como las características de los mismos. Los sistemas de vedas y limitaciones impuestas por autoridades estatales suelen ser menos efectivos y precisos para proteger los recursos naturales.

b) *Reducción de costos administrativos.* Las acciones de iniciativa privada requieren aparatos administrativos más reducidos porque poseen el apoyo de los denunciantes, demandantes o solicitantes para establecer la existencia o no de perjuicio. El típico ejemplo es el de la demanda de responsabilidad civil, en la cual las partes ofrecen, como ya dijimos, la mayor parte de la información requerida para la solución del caso. Obviamente, frente a la implementación de un sistema de estándares o de impuestos por unidad de contaminación, los costos involucrados son menores.

Además, este tipo de acciones suele reducir las posibilidades de un error, lo que es también un costo administrativo importante. Debemos destacar nuevamente las importantes ventajas que esto plantea en términos de protección efectiva. Los aparatos administrativos estatales no se han destacado precisamente por su eficacia y precisión. La experiencia demuestra que cometen errores con demasiada frecuencia. Su efectividad real es ostensiblemente baja.

Por el contrario, el asignar recursos ambientales en propiedad privada vuelve a reducir la posibilidad de errores que permitan el desarrollo de actividades no deseadas o que impidan el desarrollo de actividades beneficiosas.

Al asignarse los recursos ambientales en propiedad privada podemos dirigir al sistema contractual (y por consiguiente al mercado) en favor de los objetivos que perseguimos. El mercado genera información sobre costos en incentivos y señales sobre actividades beneficiosas y perjudiciales con mayor precisión y de manera más económica que los

sistemas administrativos.

Así, por ejemplo, el propietario de un lago puede evaluar de mejor manera si conviene o no conceder a otros particulares, permisos de pesca (por la vía contractual) así como las características de los mismos. Los sistemas de vedas o limitaciones impuestas por autoridades estatales suelen ser menos efectivos y precisos para proteger los recursos naturales.

Las acciones iniciadas estatalmente cuentan con las ventajas siguientes:

3.2.2.2 *Ventajas de las acciones de iniciativa pública*

a) *Funcionan mejor en el caso de intereses difusos.* Como ya vimos anteriormente, en la protección de intereses difusos (en especial cuando no es viable la asignación de un derecho de propiedad privada) no existen normalmente incentivos suficientes para la intervención de particulares. En estos casos la iniciativa estatal puede ser una alternativa a falta de actitudes quijotescas del sector privado.

Nadie duda sobre la no conveniencia de la pesca de especies en época de reproducción o de la caza de especies en extinción; sin embargo, el establecimiento de vedas, las prohibiciones de caza, la creación de un Parque Nacional⁶⁹ y, de ser el caso, la sanción por delitos ecológicos por parte del Estado, pueden resultar excepcionalmente medidas más eficaces que una posible intervención a iniciativa privada. Si bien la extinción de una especie puede afectarme, afecta igualmente al resto de personas. En consecuencia, puedo no estar dispuesto a incurrir en los costos de iniciar una acción cuyos beneficios redundan en favor de todos los demás. Existirían demasiados «free riders», es decir, personas que reciben un beneficio sin asumir los costos. Esto desincentiva

⁶⁹ Destinado a proteger con carácter de intangible muestras representativas de ecosistemas, especies, paisajes u otros elementos del ambiente (precisamos que otras Áreas Naturales Protegidas permiten el manejo racional de ciertas actividades).

a los particulares a tomar cartas en el asunto.

En cambio, el funcionario público, financiado por recursos del Estado, obtenidos normalmente a través del sistema tributario, tiene que cumplir con las funciones que le asigne la ley. Los tributos son un mecanismo de conseguir recursos de los interesados para ejecutarlos a través de una acción pública.

Debemos destacar que ello sólo se justifica en casos donde no hay mecanismos adecuados que envíen señales a los particulares, que los incentiven a tomar medidas. En tales situaciones, ante la falta total de intervención privada, la intervención pública aparece como un último (aunque no del todo confiable) recurso.

b) *Difusión excesiva del daño.* Cuando el daño se distribuye entre demasiados individuos tampoco se crean incentivos apropiados para acciones particulares.

En casos como el de la contaminación sónica, el establecimiento de niveles máximos de ruido o de multas por incumplimiento parecen ser alternativas bastante razonables⁷⁰.

c) *Posibilidad de representación de intereses de individuos impedidos de iniciar acciones.* Cuando los individuos afectados se encuentran imposibilitados de interponer acciones, la iniciativa estatal puede ser una opción adecuada. Ello se aprecia en lo que respecta a los incapaces sin representante legal, a la defensa de bienes de titular desconocido, y, en el caso de los daños al medio ambiente, con una categoría especial de víctimas que no puede ejercer sus derechos el día de hoy (las generaciones futuras), pero que será directamente afectada por nuestro actual comportamiento: el mantenimiento de la calidad de bienes como el aire o el agua, mediante la fijación de estándares, busca ofrecer a las próximas generaciones una calidad similar o mejor del recurso.

Por el contrario, confiar la protección del medio ambiente sólo a acciones privadas nos llevará a un tratamiento cortoplacista del problema.

⁷⁰ Todo ello, sin perjuicio de reconocer lo conveniente que puede resultar el empleo de sistemas que combinen ambos tipos de iniciativa.

Hasta aquí, una confrontación preliminar de las ventajas y desventajas de los diversos sistemas con las características de los daños ambientales podría determinar una inclinación hacia la regulación administrativa (iniciativa estatal) ex-ante: el daño ambiental suele manifestarse transcurrido tiempo después de producida la actividad; puede tener magnitudes catastróficas difícilmente asumibles por el patrimonio de los causantes; es apreciable a dimensión estadística, afecta intereses difusos, tiende a distribuirse excesivamente entre los individuos e involucra generaciones incapacitadas para tomar acciones oportunas en la actualidad.

Sin embargo, esta apreciación es (en nuestra opinión) errada, pues debe ser confrontada todavía con el concepto de desarrollo sostenible, hecho que, a su vez, podría llevarnos a identificar desventajas en dicho sistema, desventajas que eventualmente podrían hacerlo totalmente inoperante.

Los sistemas administrativos suelen traer más perjuicios que beneficios. Si bien no son del todo prescindibles, solemos sobrevaluar su eficacia en base a planteamientos teóricos que suelen estrellarse contra su operatividad en la realidad.

4 Conclusión

No es propósito del presente trabajo determinar cuál de todas las acciones analizadas resulta más conveniente para la defensa del medio ambiente. De hecho, un pronunciamiento de tal naturaleza estaría condenado al fracaso, fundamentalmente porque implicaría desconocer la complejidad del problema ambiental y la existencia de variables que influyen en su tratamiento, como son la situación social del país o la opción ideológica imperante. Por ello, una simple constatación de los supuestos teóricos en la realidad demostraría que los distintos tipos de acciones finalmente se mezclan y coexisten en un mismo sistema.

Sin embargo, lo cierto es que resulta necesaria la definición de una política de protección al medio ambiente y que ella exige tener cuando menos una «cartilla de instrucciones», que si bien no nos diga categó-

ricamente qué hacer, sí nos indique las ventajas y desventajas de una u otra opción en materia de defensa de los derechos ambientales.

En consecuencia, este trabajo pretende ser esa cartilla tanto para quien diseña la política legal de protección al medio ambiente (el legislador), para el funcionario público que tiene que determinar su estrategia de acción (el funcionario), como para el particular que desea defender sus intereses (trátese del abogado de la víctima o del abogado del causante); una cartilla que busca destacar la relación que debe establecerse entre las acciones a tomarse y el objetivo de desarrollo sustentable, aun cuando quede a la evaluación del caso concreto el diseño de la acción.

Como vimos en la última parte del punto anterior, por las características del daño ambiental, todo parecería inclinarse por un sistema basado en acciones *ex-ante* a iniciativa estatal. No obstante, creemos que ésta es una impresión equivocada. Los grandes problemas de información que enfrentan las acciones *ex-ante* y las deficiencias de la burocracia estatal para diseñar políticas coherentes y tomar medidas eficaces, nos hacen dudar seriamente, y aun cuando en muchas ocasiones no pueden negarse como únicas acciones posibles, dada la naturaleza de determinados daños, debemos tener muy en cuenta los costos implicados.

Una política de desarrollo sustentable se basa en coordenadas. La primera es la conservación del medio ambiente. La segunda es el desarrollo económico. No estamos dispuestos a proteger el medio ambiente a cualquier costo, como tampoco estamos dispuestos a promover el desarrollo económico de semejante forma. El desarrollo sustentable persigue conseguir un equilibrio entre los costos de conservar el planeta Tierra y los costos de satisfacer mejor las necesidades humanas. Las políticas ambientales que no sean efectivas en proteger los recursos naturales están equivocadas. Pero también lo están las políticas ambientales que pierden totalmente la perspectiva respecto a la satisfacción por el ser humano de todas sus necesidades materiales. Ambas posiciones son hipócritas. El proteger el medio ambiente a cualquier costo pone en riesgo el propio bienestar y existencia del ser humano, que también conforma el medio ambiente. El promover el

desarrollo económico a cualquier costo no considera que la mejora en el bienestar del ser humano será imposible sin un medio ambiente adecuadamente conservado.

A partir de lo expuesto, no podemos dejar de manifestar nuestras dudas sobre la capacidad de la intervención estatal en lograr y aplicar mecanismos efectivos. La mayor capacidad de la Administración Pública suele ser su capacidad de error. Los errores en este campo pueden conducirnos a la vez a dos desgracias: deterioro ambiental y subdesarrollo económico.

Desde esta perspectiva, la utilización de mecanismos privados como la asignación de derechos de propiedad y los sistemas de responsabilidad civil, deben ser explotados al máximo, dándole a la intervención administrativa un carácter residual, es decir, limitándose a problemas que la iniciativa privada no pueda resolver eficazmente.

Seamos conscientes de que el sistema perfecto no existe y que, cualquiera que sea nuestra opción, ésta siempre generará costos. El desarrollo sustentable debe asumir un compromiso para que dichos costos no superen a los beneficios, de manera que el bienestar humano no se vea opacado ni por la destrucción del medio ambiente ni por frustración en cubrir sus necesidades materiales.

Bibliografía

- ANDALUZ, Antonio, y Walter VALDEZ
1987 *Derecho ecológico peruano. Inventario normativo 1900-1987.* Lima, GREDES.
- ANDALUZ, Antonio
1990 *Derecho ambiental. Propuestas y ensayos.* 1.^a ed. Lima, PROTERRA.
- BOULDING, Kenneth, y otros
1977 *Desarrollo, economía y contaminación ambiental.* Buenos Aires, El Cid Editor.

BRANES, Raúl

1987 *Derecho ambiental mexicano*. México, Ed. Universo Veintiuno.

BULLARD, Alfredo

1991 «Causalidad probabilística». En *Ius et Veritas*. N.º 3. Año II. Lima, pp. 3-12.

CAILLAUX, Jorge, y Patricia MOORE

1993 «UNCED and Agenda 21: A View from Peru». En *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*. Vol. IV. N.º 4, pp. 177-195.

CEPEI

1992 *Medio ambiente y desarrollo*. AA. VV. Lima, Eduardo Ferrero Editor.

EPA (UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY)

1991 *Economic Incentives. Options for Environmental Protection*. EPA.

GARRIDO LECCA, Hernán

1993 *Economía y ecología. Encuentros y desencuentros*. Lima, Fundación Friedrich Ebert.

KLEMMER, Paul

1988 «Economía y ecología». En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. V. N.º 2. Buenos Aires, La Ley.

MARTÍN MATEO, Ramón

1977 *Derecho ambiental*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

1993 *Minería y medio ambiente: un enfoque técnico-legal de la minería en el Perú*. Lima, Ministerio de Energía y Minas, IDEM y GTZ.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

1987 *Nuestro futuro común*. Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (PNUMA).

- 1993 *Declaración de Río*. Nueva York, Departamento de Información.
- 1992 *Convenio sobre Diversidad Biológica*. Nueva York, Oficina de Información.
- 1992 *Convención sobre Cambios Climáticos*. Nueva York, Oficina de Información.
- 1992 *Agenda 21*. Nueva York, Oficina de Información.
- PASCO FONT, Alberto
- 1993 *La fijación de estándares ambientales*. El Peruano, 3 de diciembre.
- PASCO FONT, Alberto, y Andrés MONTÓYA
- 1993 «El empleo de incentivos económicos en la protección del medio ambiente». En *Apuntes*. N.º 32. Lima, CIUP.
- PETULLA, Joseph
- 1987 «El trípede de la gestión ambiental en los Estados Unidos: la industria, el Gobierno y la acción ciudadana ambientalista». En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. IV. N.º 1. Buenos Aires, La Ley.
- PERÚ
- 1990 *Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales*. Ed. oficial. Lima, *El Peruano*.
- 1987 *Constitución Política de 1979*. Ed. oficial. Lima, Ministerio de Justicia.
- 1993 *Constitución Política de 1993*. Ed. oficial. Lima, *El Peruano*.
- 1991 *Código Penal*. Decreto legislativo n.º 635. Lima, *El Peruano*.
- 1969 *Código Sanitario*. Decreto ley n.º 1750. Lima, *El Peruano*, 18 de marzo.
- 1993 Decreto supremo n.º 024-93-AG. Lima, *El Peruano*, 16 de julio.

- Diversas ejecutorias en materia ambiental recaídas en procesos de amparo.
- 1988 *Ley de Bases de la Regionalización*. Decreto supremo n.º 071-88-PCM. Lima, *El Peruano*, 12 de junio.
- 1969 *Ley general de Aguas*. Decreto ley n.º 17752. Lima, *El Peruano*, 24 de julio.
- 1992 *Ley general de Minería*. Texto Único Ordenado. Decreto supremo n.º 014-92-EM. Lima, *El Peruano*, 2 de junio.
- 1992 *Ley general de Pesca*. Decreto ley n.º 25977. Lima, *El Peruano*, 22 de diciembre.
- 1994 *Ley de Creación del Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAM)*. Ley n.º 26410. Lima, *El Peruano*, 22 de diciembre.
- 1992 *Ley de Creación del FONANPE*. Decreto ley n.º 26154. Lima, *El Peruano*, 30 de diciembre.
- 1991 *Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero*. Decreto legislativo n.º 708. Lima, *El Peruano*, 14 de noviembre.
- 1990 *Ley del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINANPE)*. Decreto supremo n.º 010-90-AG. Lima, *El Peruano*, 24 de marzo.
- 1991 *Ley marco para el Crecimiento de la Inversión Privada*. Decreto legislativo n.º 757. Lima, *El Peruano*, 8 de noviembre.
- 1984 *Ley orgánica de Municipalidades*. Lima, *El Peruano*, 8 de junio.
- 1973 *Reglamento de Bienestar y Seguridad Minera del Perú*. Decreto supremo n.º 034-73-EM/DGM. Lima, *El Peruano*, 18 de agosto.
- 1992 *Reglamento de Seguridad e Higiene Minera*. Decreto supremo n.º 023-92-EM. Lima, *El Peruano*, noviembre.
- 1993 (Reglamento de la ley general de Minería) *Reglamento del Título IX. Garantías y Medidas de Inversión*. Decreto supremo n.º 024-93-EM. Lima, *El Peruano*, 7 de junio.

- 1993 (Reglamento de la ley general de Minería) *Reglamento del Título XV. Medio Ambiente*. Decreto supremo n.º 016-93-EM. Lima, *El Peruano*, 1 de mayo.
- 1993 *Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos*. Decreto supremo n.º 046-93-EM. Lima, *El Peruano*, 12 de noviembre.
- 1994 *Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas*. Decreto supremo n.º 29-94-EM. Lima, *El Peruano*, 8 de junio.
- 1994 *Reglamento de la Ley General de Pesca*. Título VIII, «De la Protección del Medio Ambiente». Decreto supremo n.º 01-94-PE. Lima, *El Peruano*, 15 de enero.
- 1994 *Límites máximos de emisión de efluentes para la actividad pesquera de consumo humano indirecto*. Resolución ministerial n.º 478-94-PE. Lima, *El Peruano*, 16 de diciembre.
- 1996 *Límites máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos*. Resolución ministerial n.º 011-96-EM/VMM. Lima, *El Peruano*, 13 de enero.
- Diversas normas sobre obligación de elaboración de Estudios de Impacto Ambiental. Registro de entidades facultadas a realizar tales estudios para los sectores minero, de hidrocarburos, electricidad, agricultura, construcción y pesca.
- PIGRETTI, Eduardo
- 1987 «Identificación de principios ambientales». En AA. VV. *Ambiente y futuro*. Buenos Aires, Fundación Manliba.
- PIGRETTI, Eduardo, y otros
- 1986 *La responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales.
- POLINSKY, Michell
- 1985 *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona, Ariel S. A.

SÁNCHEZ, Vicente, y Beatriz GUIZA

1989 *Glosario de términos sobre medio ambiente*. Santiago, PNUMA.

SHAVELL, Steven

1987 *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

SINGH, Nagendra

1988 «El derecho al medio ambiente y el desarrollo sostenido como principio del Derecho internacional». En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. V. N.º 1. Buenos Aires, La Ley.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

1992 *Código del Medio Ambiente*. 1.ª edición. Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

SUARES DE FREITAS, Gustavo

Situación del Sistema Nacional de Unidades de Conservación.

SUNKEL, Osvaldo, y José LEAL

1984 «Economía y medio ambiente en la perspectiva del desarrollo» (1.ª parte). En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. I. N.º 2. Buenos Aires, La Ley.

1984 «Economía y medio ambiente en la perspectiva del desarrollo» (2.ª parte). En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. I. N.º 3. Buenos Aires, La Ley.

1984 «Economía y medio ambiente en la perspectiva del desarrollo» (3.ª parte). En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. I. N.º 4. Buenos Aires, La Ley.

1984 «Economía y medio ambiente en la perspectiva del desarrollo» (4.ª parte). En *Ambiente y Recursos Naturales*. Vol. I. N.º 1. Buenos Aires, La Ley.

TRAZEGNIES, Fernando de

1980 *Desarrollo y contaminación. Estrategias para una defensa del medio ambiente por los particulares*. Lima, Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza.

- 1988 *La responsabilidad extracontractual*. 3.^a ed. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI. 2 tomos. Lima, PUC.