

Del Principio Informador del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales

Miguel Donayre Pinedo

El desarrollo de nuestras economías ha traído como consecuencia graves daños al entorno en el cual vivimos. Como ejemplo de ello tenemos la contaminación del río Rímac o la depredación de nuestra Amazonía. Dentro de este contexto se gesta el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

Antecedentes de la Responsabilidad Extracontractual

Doctrina

Nuestra legislación civil optó en materia de responsabilidad para determinar los daños por la teoría subjetiva de la culpa (1). Esta teoría de la culpa o subjetiva, mal llamada aquiliana (2), parte del entendimiento de que ante una conducta negligente que causa un daño, menoscabo a la persona(s) o cosas debe ser comparada, haciendo una abstracción, con la conducta de un buen padre de familia o responder al arquetipo de un hombre responsable y allí encontrar la responsabilidad. Ir a la causa, buscar al culpable y castigarlo moral y pecuniariamente.

Esta teoría de la culpa en nuestra tradición civilista, sufre las primeras fisuras en las sesiones de debate en la Comisión Reformadora del Civil de 1852 (3). Aquel célebre debate entre Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle, el primero sustentaba la teoría ob-

jetiva de la responsabilidad, y el segundo abogaba por la teoría de la culpa.

Donde encontramos que los criterios del factor de atribución de la culpa sufren el mayor embate es en la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, con el Anteproyecto propuesto por Fernando de Trazegnies "De la responsabilidad no derivada del acto jurídico" (4). El mencionado Anteproyecto postula por una nueva forma de asignar los daños en la sociedad moderna, a través de la teoría de la distribución social de los daños. Y, dentro de esta perspectiva consciente del proceso de canibalización y cercenamiento que atraviesa el derecho civil (5) se propone incorporar los daños al medio ambiente y del consumidor, así como un tratamiento especial de la responsabilidad de los profesionales (6).

La teoría de la difusión social de los daños tiene su génesis en la teoría del riesgo en su connotación objetiva. Es decir, es una teoría repensada del riesgo, porque inicialmente se asignaba el daño a quien creaba riesgo, y las críticas sobre esta teoría se basaban en que era un mecánico traslado del culpable como lo hacía la teoría subjetiva, el axioma objetivista era: quien crea un riesgo debe asumirlo e indemnizar si se sufrían daños.

La teoría objetiva encontró ciertos obstáculos en relación a los

argumentos moralistas que esgrimían los críticos subjetivistas (7), y de estas críticas de los daños (8) parte del presupuesto que las sociedades contemporáneas necesitan -para cumplir sus objetivos sociales- de ciertas situaciones que producen riesgos y se benefician de ellos toda la sociedad. Es decir, la sociedad tiene también participación en la creación del riesgo, y ésta también debe asumirla a través de diferentes mecanismos que proporciona la economía de mercado: el sistema de precios y el sistema de seguros (en ambos casos, lo que se trata es de internalizar el riesgo a través del precio y así difundirlo a la sociedad, si el producto resulta de costo muy elevado, entonces, no es conveniente para el mercado).

La sociedad sería la difusora de los daños a través de los mecanismos de mercados citados, pero, no se filtran por ella todos los daños, porque hay daños que son intolerables. Un daño socialmente tolerable sería la velocidad de los automóviles, estas velocidades generan accidentes, pero la sociedad los tolera, los asume. Pero, hay otros daños que la sociedad no los tolera, por ejemplo tenemos la contaminación a niveles no permitidos o el vertimiento de líquidos tóxicos (se supone, altamente tóxicos) en las aguas. La sociedad no permite estos daños porque afectan a todos y no es conveniente

para ella misma, porque conviene preservar el ambiente y mantenerlo ecológicamente equilibrado (9).

Entonces tenemos que el documento propuesto por Fernando De Trazegnies ha generado una ruptura con la tradicional manera de asignar los daños en nuestra tradición civilista en nuestro medio.

Pero, a pesar de este avance sustantivo en nuestra doctrina civilista de enfocar a la responsabilidad y de adecuarlo a la modernidad, el legislador dió marcha atrás y desdeñó esta propuesta (10); pensó que mejor solucionaba estos problemas económicos la teoría subjetiva o de la culpa. La duda dominó al legislador. Y el resultado es el actual código Civil de 1984.

El legislador ante la propuesta de la difusión de los daños decidió por el bricoleur conceptual de asimilar el principio informador de la culpa (Art. 1969), y el factor de atribución objetivo (art. 1970 del Código Civil), aunque todavía pensando subjetivamente, pero eso sería materia de otro trabajo.

El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales

Dentro de estos precedentes de la doctrina y legislación expuestos, tenemos la promulgación y publicación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, del 8 de setiembre de 1990, Decreto Legislativo Nº163 (11).

Breve Referencia

Hubo una Comisión que redactó el Anteproyecto de ley del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, que contemplaba en relación a la responsabilidad disposiciones que asimilaban la doctrina de las internalidades, señalaban las características del daño ambiental, su naturaleza difusa; en cuanto a su defensa, se podría decir que fue un esfuerzo por introducir los conceptos de la acción de clase o de la "class action".

Además se tenía como referencia la Constitución Política de 1979, artículo 123, en el cual se tratan de los intereses difusos relacionados con la defensa del medio ambiente. En el anteproyecto del código citado, se tenía una mejor conceptualización del daño ambiental y se despojaba de ciertos criterios tradicionalistas que están en el actual CMA y RN (12), y todavía no son integrados por la legislación procesal (13). Muchas veces la visión unidimensional del legislador cosifica los hechos y se produce lo que Viney llama "el contraste entre la relativa estabilidad de los textos legales y la amplitud de los cambios" (14).

El Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales

El vigente CMA y RN, ha asimilado la doctrina de las internalidades y por otro lado, deja al bricoleur conceptual la defensa del medio ambiente en la acciones privadas.

Sostenemos esta premisa, en razón que los costos de las acciones de control de la contaminación ambiental deben ser internalizados (the specific deterrence approach) por quien genera el riesgo o peligro de la contaminación (artículo 1, inciso 6 del CM y RN). E incluso, podemos notar, que desarrolla tangencialmente el concepto de control que consiste en la prevención, vigilancia, recuperación y deterioro ambiental. El legislador nos dice que ciertas actividades tienen un "Costo Ambiental", que pueden causar deterioro o degradación al medio ambiente, y sin embargo los tolera (nos menciona en el artículo en referencia de la recuperación y deterioro ambiental).

Es decir, estamos ante los daños socialmente tolerables que incorporan el principio del derecho ambiental: del contaminador/pagador (quien contamina debe pagar) (15), y al introducir estos costos en el producto final estamos desarrollando el concepto de las

internalidades (que son correctores de precios en el mercado).

Y todos estos conceptos comentados (daños socialmente tolerables, principio contaminador/pagador) se integran dentro de la política ambiental propuesta por el CMA y RN. Entonces, estamos ante un tratamiento moderno de los daños, ya no buscamos al cul-



El vigente Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales ha asimilado la doctrina de las internalidades y, por otro lado, deja al bricoleur conceptual la defensa del medio ambiente en las acciones privadas.

pable y lo castigamos. De alguna manera, mediante la internalización de los costos ambientales, estamos logrando el efecto erradicador (*deterrence*) de estos daños a la sociedad (16).

Donde notamos una deficiencia en el CMA y RN, es en el tratamiento de los daños. No se ha esbozado una definición de los daños socialmente tolerables e intolerables (aunque sea de carácter operativo), llegamos a ellos por interpretación (17).

Los daños ambientales son de naturaleza difusa y su tratamiento en el derecho merece de especialidad y modernidad, *exempli gratia*, la defensa procesal a través de las acciones de clase. Ante daños ambientales eventuales ¿cómo actuamos? o ante daños ambientales permanentes, ¿cuál sería nuestro proceder? Estas consideraciones han sido obviadas por el legislador.

El CMA y RN, traslada el tratamiento de los daños hacia el derecho civil y como bien hemos visto, en la responsabilidad civil se optó por el camino de la mixtura y se tratan los daños de un modo tradicional (18). Es decir se eligió el concepto moderno de los daños, pero se buscó la vía clásica para

resolverlo (artículos 137 y 141 del CMA y RN).

Finalmente, el CMA y RN recoge el moderno concepto de las internalidades, pero este paso hacia adelante retrocede dos, al dejar que estos daños sean tratados todavía desde un perspectiva tradicional: recursos administrativos, la denuncia penal, acciones civiles o acciones constitucionales de amparo o en su caso, la acción popular o la acción de inconstitucionalidad.

Los daños civiles ambientales no están definidos en nuestra legislación, y el problema se agrava al no contar con una infraestructura procesal-judicial para tratar estos daños. Por ejemplo, ¿cómo se tratarían los daños ulteriores? ¿se podría utilizar los aportes de la causalidad probabilística del derecho norteamericano en la medición de los daños ambientales? La protesta quedará restringida a los vericuetos y páramos estériles del proceso tradicionalista.

NOTAS

- (1) León Barandiarán, José. *Curso del acto jurídico, con referencia al Proyecto del Código Civil Perua-*

no. Lima 1983; Rey de Castro, Jorge. Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1972; Vidal Ramírez, Fernando "La Responsabilidad extracontractual en el código civil de 1984". Revista *Derecho*, PUC, Lima 1989; León Barandiarán, José, Responsabilidad Extracontractual. Exposición de Motivos y Comentarios, en Delia Revoredo de De-bakey (ed): Código Civil. Vol. VI. Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936, Lima, 1985; De Trazegnies, Fernando "Para una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual" Colección *Para leer el Código Civil*, Fondo Editorial PUC, Lima 1º ed. 1985.

- (2) Véase el sugerente estudio de Sandro Schipani, *Responsabilidad "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "colpa"*. Università de Torino. G. Giappichelli, Editora. Torino, 1969, y de Fernando De Trazegnies en "La responsabilidad extracontractual" en *Para leer el Código Civil*, Lima, 1º ed. 1988.
- (3) Un excelente compendio de debate lo encontramos en la obra de Fernando De Trazegnies "La responsabilidad extracontractual" ob.cit.
- (4) Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima 1980.
- (5) Esta propuesta de canibalización y cercenamiento ha sido advertida por Fernando De Trazegnies en "La responsabilidad extracontractual" T. II. pág. 418. Sostiene que la falta de adaptabilidad del Derecho Civil le ha hecho perder terreno en los momentos actuales.
- (6) El Anteproyecto era un instrumento jurídico de moderna asignación de responsabilidad a través de la difusión social de los daños, colisionó con los intereses de la sociedad de modernización tradicionalista.
- (7) Mazeaud, Henri y León; Tunc, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictu-*

al y contractual. En un discurso en memoria a Henri Capitant, manifiesta León Mazeaud: "Se advierte así la amplitud del problema. Borrar de la responsabilidad la culpa, es al mismo tiempo, borrar del derecho civil la persona, para aplastarla bajo materia y bajo la sociedad". Advierten así mismo los autores en la introducción, que estamos ante el hecho de la "cascada de las responsabilidades y, que los seguros ayudarían a generar más imprudentes".

- (8) Ver la obra de Guido Calabresi *El costo de los accidentes*. Ariel, Barcelona, 1984; De Trazegnies, Fernando. "La responsabilidad extracontractual" (ob. cit.); Payet, José Antonio. "La responsabilidad por productos defectuosos", en biblioteca *Para leer el Código Civil*. T. II., PUC, Lima 1990; donde se recogen los principios de la escuela Law & Economics; Mercado Neumann, Edgardo. "Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual", en *Thémis*, Segunda Epoca, 1980, Nº10.
- (9) Véase Fernando De Trazegnies, en "La responsabilidad extracontractual", tomo II; pág. 317, donde el autor nos sugiere un trato diferente al de los accidentes en lo referente a los daños ambientales, por ser éstos, daños socialmente intolerables.
- (10) La opción desarrollada por el legislador civil contradice la tendencia de la doctrina contemporánea que avanza hacia una difusión social de los daños en diferentes perspectivas, ver Eduardo Zannoni *El daño en la responsabilidad Civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1987; Trigo Represas, Felix y Stiglitz, Rubén en *Derecho de Daños*; Alterini, Atilio. *Contornos actuales de la responsabilidad*. Perrot, Buenos Aires, 1989. El autor con precisión señala las tendencias de la responsabilidad moderna e incluso comenta de la escuela norteamericana Law & Economics.
- El regresar hacia la teoría de la culpa no permite contemplar los problemas actuales de la moderni-



zación de las sociedades. Exempli gratia, tenemos los daños hacia el medio ambiente y el consumidor. Dada la naturaleza de estos daños: inminente, continuada y/o colectiva.

- (11) Dentro del contexto internacional que precede a la dación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales tenemos un referente legislativo prolijo: Conferencia de Estocolmo de 1972; Conferencia sobre los Asentamientos Humanos en Vancouver, Canadá, 1985; la Convención CITES, 1972; el Pacto Interamericano de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, 1979; el Pacto de Cooperación Amazónica de 1979; la Convención de Viena de 1969 entre otros textos legales y doctrinarios.
- En la doctrina nacional tenemos los trabajos de Fernando De Trazegnies, ya citado; Caillaux, Jorge; Cayo, Javier, *El Medio Ambiente y su protección Jurídica en el Perú*. Tesis PUC, Lima, 1978. Graff Málaga, Silvana Claudia. *La responsabilidad civil ambiental y la tutela de los intereses colectivos. Aspectos sustantivos y procesales*. Tesis, PUC, Lima, 1988.
- (12) Ver el Anteproyecto elaborado por la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales (ONERN); se tiene conocimiento de otro anteproyecto de Código realizado por el CONAPMAS. El primer anteproyecto contemplaba acciones de protección ambiental de manera colectiva y hacia una clasificación de los daños (personales, colectivos

y comunes). Había una coherencia entre la manera de asignar los daños y el modo como la ciudadanía pudiera protestar de manera conjunta. Y, dentro de la naturaleza especial de estos daños, según la doctrina, estas pueden ser: continuas y ocasionales.

- (13) La deficiencia procesal la notamos en el Anteproyecto del Código de Procedimientos Civiles donde no se hace mención alguna a las acciones colectivas de defensa del medio ambiente y de los consumidores. El derecho peruano no se ajusta a la situación contemporánea.
- (14) Citado en el prólogo de *Derecho de daños* dirigida por Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989.
- (15) Algunos autores critican este principio porque se puede pagar, y seguirse haciendo daños al medio ambiente, y no se cumpliría así el principio disuasivo preventivo del derecho ambiental. Artículo 3 del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales. Este principio debe estar referido a los daños tolerables.
- (16) Las internalidades son aquellos "costos ambientales", asumidos por el productor al elaborar el precio final de un producto o bien. Otro caso de las "internalidades" es el del art. 10, del CMA y RN referidos a los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) artículo 28 del citado cuerpo de Leyes.
- (17) Los daños ambientales merecen ser tratados por el Derecho de manera singular. Además de reparador, debe ser disuasivo con el objetivo de eliminar o reducir este tipo de daños. Agregando finalmente, que dentro de las características de estos daños está que pueden ser previstos por el agente causante del hecho dañoso.
- (18) Decimos tortuoso al asimilar los principios de la culpa subjetiva y de la teoría objetiva y adolece de un tratamiento sistemático, todos los daños no son iguales.