

EL CODIGO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES: Reflexiones sobre el Régimen de Sanciones Administrativas

Luis Carlos Rodrigo Prado

Abogado.

Jefe de Prácticas de

Responsabilidad Civil de la PUC.

1. INTRODUCCION

Durante mucho tiempo se ha mantenido una visión maniqueísta respecto del problema de la conservación del medio ambiente en el que el hombre desarrolla sus actividades, enfrentando al materialista y devastador "Homo Económicus" con el embelesador y puro "Homo Ecológicus".

Esta absurda beligerancia, ampliamente supe-
rada en la mayor parte del planeta que habitamos, ha resurgido en el Perú a raíz de la promulgación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (Decreto Legislativo No. 613). En efecto, desde el 8 de Setiembre de 1990 (fecha en la que se publicó y, por primera vez, se conoció el texto de tan importante norma) se ha dividido en dos bandos contrapuestos a quienes han expresado su opinión respecto del citado Código: los que están a favor del mismo y por lo tanto son "conservacionistas" o "ecologistas" y, del otro lado de la arena, quienes discrepan –poco o mucho, no importa– ya sea con aspectos formales o de fondo del mencionado cuerpo legal.

No cabe duda que la sorpresa¹ con la que "apareció" el Código así como la drasticidad de muchas de sus normas, pusieron en pie de guerra a un vasto sector del empresariado nacional, el cual, además del dolor económico que le causan las inevitables inver-

siones y adecuaciones que deberá realizar para continuar sus actividades en armonía con el medio ambiente, se vio cercado por armas (las disposiciones del Código) de distinto calibre que apuntaban hacia él y cuyo denominador común era el imposible cumplimiento de las condiciones que tales armas exigían para no ser disparadas.

Ante esta situación, pero conscientes de la imposibilidad de desconocer la imperatividad de adecuar los procesos productivos y extractivos de recursos naturales a las necesidades de conservación y protección del medio ambiente, los empresarios –fundamentalmente los que se sintieron tocados en forma directa como los petroleros, mineros, pesqueros y agro-industriales más importantes² contraatacaron desnudando las deficiencias e incoherencias del Código³ y, especialmente, la imposibilidad total de adecuarse a sus disposiciones en los exiguos plazos establecidos.

Los encargados de la elaboración del Código (así como quienes "empujaron" su acelerada promulgación) y las Organizaciones No Gubernamentales vinculadas a la defensa y preservación del medio ambiente sintieron, a su vez, que la poderosa fiera que pretendían domar estaba empleando todas sus fuerzas para liberarse de las cadenas que habían logrado ponerle y, lejos de adoptar una actitud conciliadora,

(1) Resulta incuestionable que la versión promulgada del Código no fue publicada jamás para el conocimiento y discusión públicos (esencial en un caso como el del tema del medio ambiente que afecta e interesa a casi todos). Adicionalmente, la Comisión Revisora del Proyecto de Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, creada por Ley 25238 en Junio de 1990, aprobó dicho proyecto en sólo 72 horas de trabajo.

(2) El hecho de que hayan sido los grandes empresarios de estos sectores los que hayan aparecido como los mayores opositores se debe, en mi opinión, a que ellos han sido quienes han evaluado con mayor rapidez

las consecuencias que tendrá la aplicación del Código y no tanto a que esta aplicación no vaya a afectar a los pequeños y medianos empresarios.

(3) Entre las más criticadas, a parte de los plazos de adecuación que son analizados separadamente, cabe señalar la inexistencia de una clara especificación y delimitación de las competencias relacionadas con temas ambientales en tanto no se desarrolle el Sistema Nacional del Ambiente así como diversas presuntas inconstitucionalidades y falencias técnicas (como por ejemplo la falta de definiciones técnicas).

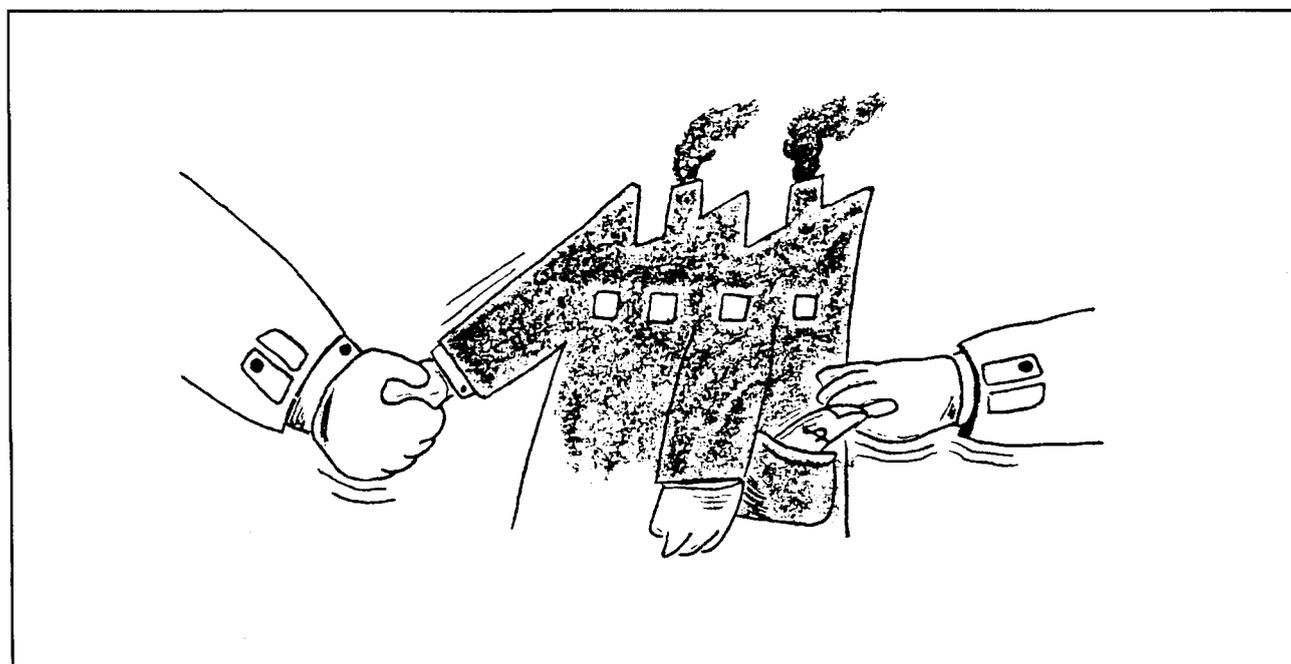
lanzaron desde su esquina duros ataques a los "viles" representantes de ese abominable "Homo Económicus".

Como suele suceder, inicialmente ambas partes radicalizaron sus posiciones y recién en estos momentos se estaría llegando a un acercamiento conciliador (al menos en algunos aspectos) en la redacción del imprescindible Reglamento que se está elaborando y del que se ha publicado para su debate un Proyecto referido exclusivamente a los plazos de adecuación a las disposiciones del Código y a la graduación de la exigencia de los Estudios de Impacto Ambiental a que éste se refiere.

Lo cierto es que, más allá de la incuestionable necesidad y urgencia que se requería en el diseño de una política ambiental que tuviera por objeto impedir la impune contribución de diversos agentes al deterioro del medio ambiente, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales adolece de serias deficiencias que pueden llevarlo o bien a su inaplicabilidad práctica o bien a una aplicación arbitraria y sumamente perjudicial.

En efecto, pese a lo que digan o hubieren deseado quienes participaron en la elaboración del Código, lo cierto es que el resultado no permite calificarlo como un Código "promocional" sino más bien como uno "inquisidor" y punitivo. En ese sentido, en lugar de buscar incentivar a los agentes económicos y, en general a todas las personas⁴ para que se adecúen y respeten los "standards" de comportamiento, aprovechamiento y relación con el medio ambiente, se ha privilegiado el aspecto punitivo del sistema.

Es indudable que desde una perspectiva social es esencial contar con un adecuado sistema de prevención de los daños ambientales y, en consecuencia, debe optarse por un sistema ex-ante⁵ que permita lograr este objetivo esencial. Sin embargo, tampoco cabe duda que no cualquier sistema de esa naturaleza cumplirá con la misma eficiencia tal objetivo y, así mismo, no debe dejar de tomarse en consideración que el derecho es una estructura orgánica en la que existen diversos medios (entre ellos las sanciones administrativas y la responsabilidad civil) que deben emplearse armónica y complementariamente para conseguir la finalidad deseada.



"La contaminación ambiental es una externalidad o costo no asumido por quien lo genera y, por lo tanto, debe diseñarse un sistema que logre que dichos agentes internalicen tales costos."

(4) No cabe duda que, de una u otra forma, el medio ambiente se ve o puede verse afectado por cualquier actividad humana (aunque no sea una actividad industrial o empresarial), por lo que el incentivo para adecuarse y cumplir con los objetivos del Código alcanzaría a toda la población.

(5) De acuerdo a la doctrina, los sistemas ex-ante son aquellos que permiten controlar actividades y prevenir sus consecuencias antes de que éstas se produzcan, mientras que los sistemas ex-post son aquellos diseñados para permitir el resarcimiento de los daños una vez que éstos

se hayan producido. Tal como señala Susan Rose-Ackerman, los sistemas de sanciones administrativas son típicamente opciones ex-ante, mientras que los sistemas de responsabilidad civil son preponderantemente ex-post (aunque la doctrina le reconoce actualmente una alta dosis de prevención y desincentivación de comportamientos dañinos – "deterrence" – a la responsabilidad civil, pero siempre menor a la de las sanciones administrativas); Cf. Susan Rose-Ackerman, *Tort Law in the Regulatory State* en "Tort Law and the Public Interest" (The American Assembly, Columbia University, New York, 1991).

Dentro de este orden de ideas y como se verá a continuación, considero que el sistema de sanciones administrativas recogido en el Código no es el que permitirá lograr con mayor eficiencia la internalización de las externalidades⁶ ni la prevención de los daños que se quiere evitar.

Veamos a continuación cómo es el sistema de sanciones consagrado en el Código, para posteriormente analizar dicho sistema y ver las razones que me llevan a criticarlo.

2. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE SANCIONES

Las disposiciones sobre sanciones administrativas están ubicadas en el Capítulo XX del Código. Se han estructurado tales disposiciones estableciendo, en primer lugar, qué se considerará infracción, luego cuáles serán las sanciones que se aplicarán, en qué momento y a través de qué medios.

Así, de acuerdo al artículo 113 del Código se considerará infracción toda violación a las normas del Código y las disposiciones que emanen de él. Con cargo a desarrollar posteriormente en forma más detallada el análisis de éste artículo, nótese que, con un buen criterio de "economía de normas" pero lamentablemente mal aplicado, se ha pretendido recoger en un solo artículo la tipificación de aquello que será estimado como "infracción".

Seguidamente el artículo 114 dispone que los infractores serán pasibles de **una o más** de las siguientes sanciones:

- Multa entre media y doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias⁷.
- Prohibición o restricción de la actividad infractora.

- Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del establecimiento vinculado a la actividad infractora.
- Decomiso de los bienes empleados en tal actividad.
- Imposición de **obligaciones compensatorias**⁸.
- Suspensión o cancelación de la Licencia de Funcionamiento u otra autorización similar.

Según el artículo 115 estas sanciones serán aplicadas dentro del procedimiento administrativo correspondiente y **la interposición de cualquier recurso no suspenderá la aplicación de la sanción**⁹.

Finalmente, se señala que la autoridad competente, al evaluar la infracción, deberá tomar en cuenta¹⁰ la gravedad de la misma, **la condición socio-económica del infractor** y su situación de reincidente. Así mismo se aclara que la responsabilidad administrativa del agente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera imputársele y se consagra la responsabilidad solidaria entre los **titulares**¹¹ de las actividades causantes de la infracción y los profesionales que hubieren suscrito los estudios de impacto ambiental vinculados a tales actividades.

Por otro lado, lo cual resulta hasta cierto punto asistemático, en el Capítulo IV referido a "Las Medidas de Seguridad" se establece (artículo 18) que "... en los casos de peligro inminente para el medio ambiente y según su gravedad, la autoridad ambiental, una vez evaluado el caso, debe ordenar y disponer **una o más** de las siguientes medidas...":

- Procedimientos que hagan disminuir o desaparecer el riesgo.
- Limitación de las actividades que generan dicho riesgo.
- Suspensión de dichas actividades.

(6) El concepto de "externalidad" ha sido definido por Cooter y Ulen como el costo que la acción voluntaria de una o más personas impone o confiere a terceros sin el consentimiento de éstos: Cf. Robert Cooter y Thomas Ulen, "Law and Economics", pág. 45, Harper Collins Publishers, USA-1986. Igualmente, cabe citar a De Trazegnies, quien ha señalado que "... este término indica la situación en la cual el productor traslada algunos de sus costos a terceras personas por medios ajenos al precio y, de esa manera, no los contabiliza como propios. La actividad contaminante es una típica "externalidad" porque impone costos no compensados (daños) a terceras partes..."; Cf. Fernando De Trazegnies, "La Responsabilidad Extracontractual", pág. 331, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima - 1988.

(7) En el mes de Setiembre de 1991, según la Resolución Ministerial No. 362-91-EF/66, la UIT tenía un valor de mil setecientos ochenta soles con setenta céntimos (S/. 1,780.70), lo que implica que en ese mes las sanciones que se hubieran impuesto al amparo del Código hubieran variado entre S/. 890.35 y S/. 356,140 (en dólares norteamericanos, aplicando un tipo de cambio de S/. 0.85 por dólar, la multa más alta equivaldría a US\$ 418,988).

(8) Como se verá más adelante, resulta sumamente cuestionable que una autoridad administrativa tenga competencia para establecer

indemnizaciones resarcitorias de daños que, como resulta obvio, es una tarea restringida al ámbito judicial.

(9) Si bien es cierto que el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos en su artículo 107 consagra el principio de que la reclamación contra el acto administrativo que impone una sanción no lo suspende, no resulta menos cierto que contempla dos excepciones importantísimas: que la ley establezca lo contrario o que la autoridad a quien compete suspenderlo así lo ordene cuando existan razones atendibles para ello. La absurda intransigencia de la norma del Código del Medio Ambiente (que será analizada más adelante en este trabajo) resulta evidente.

(10) Es decir, está obligada a hacerlo y por lo tanto no se trata únicamente de "recomendaciones" del legislador.

(11) Nótese que la referencia a "titulares", además de ser muy ambigua, pareciera estar dirigida a permitir que se impute responsabilidad a sujetos distintos del infractor. Así, por ejemplo, en el caso de una sociedad anónima (que es una persona jurídica distinta de sus accionistas), no sólo podría exigirse el cumplimiento de las sanciones por parte de dicha sociedad sino que podría afectarse el patrimonio de sus accionistas, quienes son los titulares de los derechos representativos del capital social.

Este artículo también señala que "... en caso que el riesgo fuera capaz de causar un daño irreversible¹² se podrá aplicar las siguientes medidas...":

- Clausura del local donde se realizan estas actividades.
- Decomiso de los bienes que provocan el riesgo¹³.
- Cancelación de permisos o licencias.

Las medidas que se adopten en base a esta disposición podrán ser impugnadas pero, tal como sucede en el caso del artículo 115, ello no suspenderá la aplicación de la medida. La gravedad de esta intransigencia absoluta puede verse con mayor claridad a través del siguiente ejemplo:

Imaginemos que un agricultor está empleando, en el cuidado de los frutales que ha plantado en sus campos, un pesticida que permite preservar tales frutales de plagas microbianas que arruinarían su cosecha. Para tales efectos emplea unos aspersores con los que rocía sus frutales con este pesticida, pero debido al viento existente en la zona y a la gran cantidad del producto que se debe esparcir en los árboles, un ganadero vecino se queja ante la Municipalidad de la zona por cuanto considera que el pesticida (que llega hasta sus pastizales) está impidiendo que su ganado engorde con la rapidez y consistencia deseadas, ya que rechaza el pasto que crece en las proximidades del predio del agricultor. Ante esa situación, la Municipalidad decide impedir que el agricultor continúe usando el pesticida en cuestión (del cual éste tenía un considerable stock y carecía de recursos para adquirir un sustituto) y emite una Resolución Municipal ordenándole que deje de emplear tal pesticida así como el decomiso de los aspersores para evitar que pretenda incumplirse subrepticamente la decisión municipal (adicionalmente, se le impuso una sustanciosa multa).

Ante esta situación, el agricultor interpone una reclamación contra la Resolución Municipal argumentando que la causa de la inapetencia del ganado de su vecino no es el pesticida que él emplea y que, en todo caso, el mismo no es tóxico ni causa daño alguno al medio ambiente, por lo que resulta absolutamente injustificado y excesivo que se le impida continuar con el uso del pesticida. Señala que el conjunto de sanciones que se le han impuesto no sólo resulta de gran arbitrariedad, sino que le causará un gravísimo daño que puede llegar hasta el extremo de irrogarle quebranto.

Durante el procedimiento administrativo en el que se tramita el reclamo del agricultor éste presenta pruebas contundentes (especialmente informes periciales y pruebas de laboratorio efectuadas por la Universidad Agraria de La Molina) con las que demuestra que el polémico pesticida no tiene relación alguna con la inapetencia del ganado vacuno ni contamina más allá de límites absolutamente razonables los pastizales aledaños, lo que en cualquier caso no impide que los mismos sean comestibles y tengan las mismas propiedades alimenticias para los animales. Pese a ello, en aplicación de lo establecido en los artículos 19 y 115 del Código del Medio Ambiente, la autoridad administrativa se encontraba **imposibilitada** de suspender las medidas y sanciones impuestas al agricultor en tanto no terminara el procedimiento administrativo.

Como suele suceder entre los hombres de campo, la precaria situación financiera del agricultor le impidió adquirir un pesticida sustitutorio de aquél que había causado el problema y sus frutales fueron atacados por una plaga microbiana que prácticamente acabó con la producción de esa temporada. Ello trajo consigo la imposibilidad del agricultor de cancelar los préstamos que había solicitado para la campaña agrícola, el embargo y ejecución de su maquinaria y, en resumen, la quiebra.

Evidentemente este caso hipotético puede parecer exagerado y quizá lo sea en algunos aspectos (incluyendo el hecho de que si el agricultor hubiera consultado a alguno de los lectores posiblemente éste le hubiera aconsejado iniciar una acción de amparo que evitara la consumación de un daño que finalmente terminó repercutiendo sobre su derecho de propiedad) pero ello no es óbice para demostrar la absoluta irracionalidad de la norma.

He entrado sin querer en un juicio valorativo de uno de los elementos del sistema consagrado en el Código, tómese ello como un aperitivo del succulento plato de fondo que viene a continuación (el cual espero que se encuentre libre de contaminación alguna y especialmente del *vibrium cholerae*).

3. ANALISIS DEL SISTEMA DE SANCIONES DEL CODIGO

Como ya he señalado anteriormente, la conta-

(12) Según el Diccionario de la Lengua Española publicado por la Real Academia de la Lengua (décimo novena edición, 1982) "riesgo" es la contingencia o proximidad de un daño, por lo que resulta absurdo que ese elemento potencial y abstracto sea capaz de causar un daño irreversible. Imagino que a lo que se quiso hacer referencia es al daño cuyo riesgo de ser causado existe y que, de producirse, resultaría imposible de revertir.

(13) ¿No bastaría con prohibir la actividad? La verdad es que no entiendo ese afán de quitar al propietario sus bienes, propio de sociedades totalitarias. Si se quiere impedir que cause daño con ellos no es necesario que se le quiten.

minación¹⁴ ambiental es una externalidad o costo no asumido por quien lo genera y, por lo tanto, debe diseñarse un sistema que logre que dichos agentes internalicen tales costos, en la medida que el sistema de contratos no puede por sí solo cumplir esa función.

Ello se debe a que las externalidades constituyen un elemento "... fuertemente distorsionador del mercado..."¹⁵ y, por lo tanto, resulta necesario emplear para esos efectos un sistema coherente y cohesionado de responsabilidad civil y de sanciones administrativas, pero no debe pretenderse "eliminar" la existencia de los daños al medio ambiente únicamente a través de uno de estos elementos (como creo que se ha pretendido en el Código del Medio Ambiente, quizá por desconfianza en la labor judicial que resulta esencial para el correcto funcionamiento de la responsabilidad civil).

En realidad de lo que se trata en el caso de los recursos naturales y, en general, en la relación de la actividad humana con el medio ambiente es de permitir el uso sostenido de dichos recursos, logrando un equilibrio dinámico entre el desarrollo socio-económico y la protección del ambiente¹⁶.

Sin embargo, para que esa declaración de principios no se quede (como casi todo en nuestro país) en un mero enunciado carente de contenido práctico, es indispensable que las normas que se dicten en relación al tema permitan verdaderamente alcanzar ese objetivo¹⁷. Por ello, tal como señala Torres López el sistema que se emplee debe buscar "... asegurar que el uso eficiente de los recursos no se vea afectado ni por un excesivo nivel de disuasión ni por una presión desorbitante de los costos que generan las actividades dañosas en general..."¹⁸. Esto implica, aunque para muchos suene drástico, que no se puede aceptar la "intangibilidad" absoluta de los recursos naturales ni tampoco el postulado de "protección del medio am-

biente a cualquier costo", sino que debe buscarse el equilibrio eficiente entre el uso de tales recursos (aún causando un daño razonable al medio ambiente¹⁹).

Esta aceptación de la necesidad de causar ciertos daños razonables al medio ambiente no debe sorprendernos ni debe dramatizarse al respecto, ya que como señala Calabresi no hay ningún tipo de daños que la sociedad esté dispuesta a erradicar a cualquier costo, aceptando incluso la muerte de las personas a cambio del beneficio que nos brinda, por ejemplo, el uso de los automóviles²⁰.

Sin embargo, tampoco considero aceptable el pintoresco extremo al que llega William Baxter cuando señala que "... mis criterios están orientados hacia las personas, no hacia los pingüinos. El daño a los pingüinos, o pinos, o maravillas geológicas es, cuando menos, simplemente ir relevante. A mi entender, uno debe ir más allá y decir: los pingüinos son importantes porque la gente se entretiene mirando cómo caminan entre las rocas; y, más aún, la vida de la gente empeoraría menos por el uso esporádico del DDT que por la desaparición de los pingüinos..."²¹.

En todo caso, lo que sí es evidente es que los "ecologistas" a ultranza tienen el mismo derecho que los menos radicales a dejar oír su voz y para ambos sectores debe existir la posibilidad de participar en la decisión de lo que resulta socialmente deseable en términos de aprovechamiento de los recursos naturales y de la magnitud de lo que resulta razonable en el inevitable daño que la actividad humana causa en el medio ambiente.

En ese orden de ideas es que me atrevo a señalar que el sistema de sanciones establecido en el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales resulta inadecuado para cumplir la función de "adecuada prevención" (ojo que no digo erradicación absoluta) de los daños ambientales que excedan el límite ra-

-
- (14) Se emplea el término "contaminación" en sentido amplio. Resulta interesante la definición de este concepto que realiza la Comisión del Cinturón Ecológico de Lima Metropolitana en el Plan Maestro publicado en El Peruano el 17 de Junio de 1991, donde señala que "... es cualquier elemento que el hombre agrega al ambiente y se acumula en cantidad suficiente para afectar a él o a otras especies. El elemento contaminante puede ser agregado al agua, al suelo o a los alimentos, o puede presentarse en forma de ruido o temperaturas indeseables.
- (15) Tal como lo señala Juan Torres López al analizar la función del sistema de Responsabilidad Civil en relación a las externalidades; Cf. Juan Torres López, "Análisis Económico del Derecho", pág. 60, Editorial Tecnos S.A., Madrid - 1987.
- (16) Así lo reconoce no sólo el Código del Medio Ambiente en su artículo 1o., numeral 1, sino también los promotores de dicho cuerpo legal como lo señalaron los Presidentes de las Comisiones de la Amazonía y Recursos Naturales del Senado y de la Cámara de Diputados en un conversatorio que tuvo lugar en la sala de actos del Congreso pocas semanas después de la promulgación del Código.
- (17) Quizá estoy pecando de ingenuo al pensar que el Derecho puede ser "la" forma de alcanzar un objetivo específico, pero, en todo caso, aún los más escépticos aceptarán que al menos es un instrumento que

puede servir para encaminarnos hacia ese objetivo o desorientarnos por completo.

- (18) Cf. Juan Torres López, *Op. cit.*, pág. 61.
- (19) Como señala Heal, el problema de los daños ambientales es sumamente complejo debido a la dificultad de evaluar con rigurosidad el costo de los daños que se generan por cuanto éstos pueden aparecer mucho tiempo después y, adicionalmente, porque involucra una decisión intertemporal e intergeneracional difícil de sopesar adecuadamente; Cf. G.M. Heal, "Intertemporal and intergenerational problems: Economics and resources", pág. 65 Editado en los materiales de enseñanza del curso de "Environmental Law and Policy" de la Universidad de Yale.
- (20) Calabresi señala que si la sociedad quisiera realmente erradicar las muertes derivadas de los accidentes automovilísticos o bien prohibiría su uso u obligaría a que se fabriquen automóviles ultraseguros que no circulen a más de 5 kph, por ejemplo; Cf. Guido Calabresi, "Ideals, Beliefs and Attitudes the Law".
- (21) Cf. William Baxter, "People or Penguins": The case for optimal pollution", pág. 5, editado en los materiales de enseñanza del curso de "Environmental Law and Policy" de la Universidad de Yale.

zponible que debe establecerse (y que el Código en muchos casos no establece²² pero en otros sí, como en su artículo 63 que para los expertos técnicos que he tenido oportunidad de escuchar sería imposible de cumplir en las minas de la carretera central) y más bien ha traído consigo un pesado lastre para las eventuales y ya fuertemente alicaídas nuevas inversiones en el país.

Esto se debe, en mi opinión, a la conjunción de dos factores: en primer lugar, lo exageradamente amplias que son las facultades punitivas que el Código otorga a la "autoridad competente", olvidando la realidad del promedio de nuestros funcionarios administrativos y la forma en que ellos harán uso en la práctica de esas facultades y, de otro lado, lo radical de algunas disposiciones complementarias (como los artículos 19 y 115 ya comentados).

Estos ingredientes, unidos a la inexistencia de una definición sobre quiénes y en qué casos son la "autoridad competente"²³, son suficientes para crear una bomba de tiempo que estallará a través de la aplicación arbitraria, abusiva e incoherente de las sanciones vinculadas a los daños ambientales. Veamos por qué es posible que esto suceda.

3.1. Amplitud de facultades

A este respecto cabe señalar, en primer lugar, la absurda forma de enunciar aquello que constituirá infracción que realiza el Código, tal como he señalado en el punto anterior. En efecto, resulta cuando menos antitécnico señalar que, en adición a la violación de normas del propio Código, se considerará infracción la violación de las "... disposiciones que emanen de él...", ya que ello puede ser referido a prácticamente cualquier norma posterior que se expida en relación al medio ambiente.

Sin embargo ello no sería tan grave si no fuera por la excesiva amplitud de las facultades sancionatorias. Así, empezamos por el hecho de que se permite imponer diversas sanciones **simultáneas** por una misma infracción. En mi opinión esto resulta sumamente peligroso y es

una puerta abierta a la arbitrariedad y el abuso, sobre todo teniendo en cuenta nuestra realidad en el campo de las autoridades administrativas. Creo que con un ejemplo cercano se podrá apreciar este riesgo: Un esforzado estudiante de Derecho, Javier Sánchez, se ha comprado un vetusto pero para él flamante automóvil de segunda mano, un dodge Dart del 76' que era el único accesible a su bolsillo de negociante incipiente. En una de sus primeras salidas con el automóvil tuvo la mala suerte de toparse con un celoso funcionario del departamento de Salubridad (¿existirá algo así?) Ambiental de la Municipalidad de Lima Metropolitana, quien percatándose del humo ennegrecido que expedía el Dodge apeló a sus facultades de "autoridad ambiental" y le impuso las siguientes sanciones: multa de 100 UIT y decomiso del automóvil. Concedor de sus derechos, Javier pretendió explicarle al incorruptible funcionario que en Lima existían 150,000 automóviles que contaminaban el ambiente unas 3,000 veces más que su flamante Dodge y que, en todo caso resultaba injusto que se le impusieran tan exageradas sanciones por tan pequeña infracción, a lo que el mentado funcionario respondió que él sólo cumplía con su deber y que, en todo caso, el señor Sánchez tenía expedito el camino para reclamar en la vía administrativa. No resulta necesario relatar el kafkiano calvario al que se vio sometido el idealista estudiante de Derecho. Bástenos señalar que tras un año y medio de lucha administrativa²⁴ consiguió que le devolvieran el automóvil y que le redujeran la multa que ya había pagado para evitar la cobranza coactiva.

Esto que parece un cuento de Julio Verne (con el debido respeto), puede, de la misma forma que los cuentos del citado autor, convertirse en una dramática realidad. En efecto, si bien por el momento lo relatado es sólo un ejercicio de pesimismo, lo cierto es que nada obsta (sino que

(22) De acuerdo a lo expresado por varios miembros del equipo que colaboró en la elaboración del citado cuerpo legal, la idea era que el Código fuera una suerte de "Ley de Bases", es decir un marco conceptual a partir del cual deberían desarrollarse otras normas que especificaran y concretaran los límites de los daños aceptables y no sancionables, pero lo cierto es que en algunos aspectos sí entra al detalle, como en el caso de los recursos mineros (Capítulo XII).

(23) Este es quizá uno de los más graves defectos del Código, ya que en tanto se establezca el Sistema Nacional del ambiente (¿será otra fuente de burocracia? o, como parece desprenderse del Código ¿será una "mescolanza" inorgánica y desorganizada de las ya existentes autoridades ambientales?) existirán simultáneamente una diversidad de autoridades administrativas competentes como las municipales,

las regionales, las del Ministerio de Salud, etc., lo cual no hará sino crear un caos por la heterogénea y posiblemente arbitraria aplicación que se realice de las normas del Código.

(24) Debido a su precaria situación económica y financiera no pudo recurrir a una vía judicial más expeditiva que le evitara el inmenso daño que le estaban causando al privarle de su automóvil y obligarlo a usar su valioso tiempo en los trámites del procedimiento. En todo caso ¿podría haber recurrido a un amparo alegando que estaban violando su derecho de propiedad y que, en consecuencia, no era exigible el agotamiento de la vía previa? Sin entrar en mayor detalle, percibo al menos un problema en cuanto a la demostración de la irreparabilidad del daño que el amparo requiere para evitar el agotamiento de la vía administrativa. Por ahora "... lo dejo ahí..."

por el contrario contribuye²⁵⁾ para que se transforme en una pesadilla cotidiana. Evidentemente es muy probable, como suele suceder, que las fiscalizaciones y sanciones se concentren en los casos de las empresas más poderosas y llamativas, pero ello no debe llevarnos al cínico conformismo del que no se ve directamente afectado por un problema pero sabe que existe y que, de no hacerse algo, éste irá creciendo paulatinamente hasta que resulte incontrolable.

En cualquier caso, nuestra ya suficientemente alicaída economía no requiere de desincentivos absurdos y tan claros que ahuyenten nuevas inversiones de magnitud²⁶⁾, ya que ello va justamente contra el objetivo señalado párrafos antes de permitir el uso sostenido y racional de los recursos naturales en armonía con el crecimiento económico. En realidad el sistema de sanciones descrito, debido a las amplias facultades que tienen las autoridades administrativas para abusar de los administrados, no sólo ahuyentará las nuevas inversiones sino que también es un nuevo potenciador de la informalidad (que conlleva una mayor dificultad para la fiscalización y, por lo tanto, una mayor protección contra la arbitrariedad de los funcionarios “ambientalistas”), ya que los agentes productivos entenderán que no sólo existe un costo directo adicional para constituirse dentro de o incorporarse a la legalidad (como es la exigencia indiscriminada de los denominados Estudios de Impacto Ambiental) sino que existe un mayor “costo de la legalidad”²⁷⁾.

Sin ánimo de haber agotado el tema, creo que resulta incuestionable que se ha pretendido ser lo más rígido posible en el tema de las sanciones a fin de desincentivar eventuales comportamientos que puedan causar daño al medio ambiente (para lo cual se ha recurrido a otorgar amplias facultades a las autoridades administrativas). Me parece sin embargo que no se ha evaluado debidamente las verdaderas consecuencias que ello puede traer consigo y que, en muchos casos, será más la clandestinidad de la actividad que la evitación de los daños ambientales y en otros casos será la desincentivación de la actividad económica o la inversión, lo que en

un país como el nuestro nunca puede ser bienvenido.

Finalmente, no quisiera terminar esta enumeración de excesos sin referirme al que quizá resulta el más cuestionable de todos. Me refiero a la posibilidad consagrada en el inciso e) del artículo 114 del Código, mediante el cual se pretende otorgar a la autoridad administrativa la facultad (en adición a la imposición de multas, decomiso de bienes, clausura de locales o prohibición de desarrollar actividades que considere – subjetivamente – dañinas) de imponer “... obligaciones compensatorias...” a cargo del infractor.

Esto no sólo resulta cuestionable por la posible inconstitucionalidad de la disposición, ya que en principio la determinación de indemnizaciones compensatorias de daños (que sean distintas a las multas administrativas contempladas en otro inciso del mismo artículo) es materia de exclusiva competencia de los jueces y, eventualmente de árbitros, pero de hecho escapa a las facultades que pueden atribuírseles a los funcionarios administrativos, sino que es a todas luces excesivo y se presta, con mayor facilidad que los aspectos mencionados anteriormente, al abuso de la autoridad competente.

3.2. Disposiciones complementarias radicales

Por si no resultara suficiente lo expresado en el acápite anterior, se han consagrado una serie de disposiciones complementarias que contribuyen directamente a incrementar el temor a la aplicación arbitraria y abusiva de las sanciones del Código.

La primera de ellas ya ha sido analizada anteriormente y consiste en la **imposibilidad** de la autoridad administrativa de suspender la aplicación de la Resolución que impone las sanciones en tanto se tramite y resuelva el correspondiente procedimiento administrativo de reclamación. Sin ánimo de volver a analizar este exagerado radicalismo de la norma, resulta evidente que si no se atempera su contenido (como lo hace el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos), se va a caer

(25) Como por ejemplo las disposiciones de los artículos 115 y 116 del Código.

(26) Sin entrar a pronunciarme sobre la conveniencia o no de la celebración y ejecución del contrato, resulta sintomático el caso de la Texas Crude y la reseroa de Pacaya-Samiria, donde sin que existiera verdaderamente una constatación científica de que los daños que podría causar la exploración de esa compañía superarían los límites razonables y el beneficio (considerando el costo de los daños que se causaría al medio ambiente) que dicha inversión generaría para el país, se impidió la celebración del contrato.

(27) Tal como señala Ghersi “... la ley, al estipular la consecuencia jurídica para un supuesto de hecho, proporciona información a tener en cuenta al momento de decidir. Le dice a la persona qué requisitos debe cumplir, con qué protección cuenta, qué tributos lo gravan y a qué consecuencias ha de atenerse. En suma, le revela cuál es el costo de que se debe sufragar si es que desea disfrutar de la legalidad y cuál es su beneficio...”; Cf. Enrique Ghersi, “El costo de la legalidad: una aproximación a la falta de legitimidad del derecho”, en *Themis Revista de Derecho*, Núm. 19, Segunda Epoca, pág. 7, Lima 1991.

en situaciones absurdas y perjudiciales o se va a incrementar el costo de cualquier actividad que se verá obligada a efectuar gastos innecesarios en procedimientos judiciales que suspendan la aplicación de tales sanciones ante la eventualidad de daños irreparables a quien sufra la imposición de sanciones (como el cierre de su local u otras) que puedan irrogarle quebranto. Estoy seguro que ése no ha sido el ánimo del legislador y que, en consecuencia, se rectificará el error en el que se ha incurrido.

La segunda disposición que resulta discordante incluso dentro del esquema de prevención a cualquier costo del daño ambiental que pareciera haber asumido el Código, es la consagración de la teoría del "deep pocket"²⁸ entre los elementos que **obligatoriamente** debe tomar en cuenta el funcionario administrativo al momento de imponer las sanciones (artículo 116 del Código). Al margen de que esta evaluación de la condición socio-económica pueda ser empleada adecuadamente o no en muchos casos, resulta incoherente con la intención de prevenir los daños que parece perseguir el Código y más bien se convierte en una suerte de elemento de redis-tribución de riqueza o de sanción a la buena situación económica. Ello evidentemente se presta más a un uso abusivo, sobre todo teniendo en cuenta la realidad social de nuestro país, que a un uso adecuado y, además de ello, no contribuye a la eficiencia en el logro de los objetivos del sistema.

4. CONCLUSION

Dejando de lado la posición ideológica, incluso

la posición que cada cual pueda tener específicamente en relación al problema del medio ambiente (y que en general estimo que es no sólo favorable sino de gran apoyo). Resulta a mi juicio bastante claro que el sistema de sanciones administrativas recogido en el Código es no sólo inadecuado para conseguir los objetivos que debe cumplir un sistema de esa naturaleza sino que invade y desconoce la necesidad de ser conjugado con el sistema de responsabilidad civil extracontractual para lograr tales objetivos.

Adicionalmente, considero que el error más grave consiste en pretender desconocer la realidad de nuestro sistema administrativo y, en última instancia, de nuestro país. En efecto, pensar que las amplísimas y sutiles facultades que se otorga a la autoridad competente (que de por sí ya es un conjunto heterogéneo y enrevesado de entidades y organismos) va a permitir una adecuada prevención de los daños ambientales en lugar de contribuir a la arbitrariedad y al abuso de la administración, es desconocer nuestra realidad.

En suma, con la consagración de un régimen de rígida regulación y de inexistente control en su aplicación (cuando en el fondo es la fiscalización y el control lo que más hay que cuidar) se pretende mejorar o arreglar aquello que decenas de normas en materia ambiental, preexistentes al Código, no han conseguido en las últimas décadas.

Por ello, la única manera de tener una legislación idónea para lograr los objetivos que la sociedad considere más conveniente en materia ambiental requiere, en primer lugar, de la determinación de aquello que esta sociedad considera razonable proteger en base a un análisis de costo beneficio y, posteriormente, que se someta a la discusión pública y a los aportes de terceros la elaboración de las normas respectivas.

(28) Esta teoría ha sido desarrollada fundamentalmente en relación a la Responsabilidad Civil Extracontractual y consiste en tomar en cuenta la situación económica de cada sujeto para efectos de determinar en quien debe recaer el peso económico del daño, haciendo que lo

soporte quien tiene mayor capacidad para absorberlo, tal como explica de Trazegnies; Cf. Fernando de Trazegnies, op. cit. pág. 65, Tomo I.