

# Apuntes sobre Derecho Ambiental

**Alberto Rebaza Torres<sup>1</sup>**

Bachiller en Derecho de la PUC.

El Derecho Ambiental ha cobrado preponderancia en el quehacer intelectual de nuestro medio debido, probablemente, a la promulgación del Código de Medio Ambiente. Sin embargo, el tema ambiental no es nuevo ni tampoco exclusivo del estudio jurídico. Muy por el contrario, desde hace muchos años disciplinas tan diferentes como la ingeniería, la medicina, la economía, etc. han venido realizando diversas aproximaciones al tema ecológico.

El objeto del presente trabajo consiste en esbozar cuáles son los principales mecanismos que puede utilizar el Derecho para llevar a cabo una eficiente política de protección al medio ambiente, sin que por ello se vaya a poner en peligro el desarrollo de la actividad económica.

Según el Dr. Fernando de Trazegnies<sup>2</sup> existen dos tipos de medidas para luchar contra la contaminación: Las medidas administrativas y las acciones provenientes de la responsabilidad extracontractual. Ambas no son necesariamente excluyentes.

Antes de comenzar, sin embargo, debemos señalar que las medidas mencionadas anteriormente -así como las que propondremos más adelante- tienen por objetivo conseguir que los agentes contaminantes asuman los costos que implica contaminar, los mismos que venían siendo trasladados al resto de la sociedad. En efecto, los costos de la contaminación son absorbidos, por ejemplo, por el padre que paga la curación de su hijo que sufre alguna enfermedad respiratoria producida por la contaminación de una fábrica, o por el campesino que pierde su cosecha como consecuencia de la eliminación de desperdicios de una fábrica vecina.

Al obligar a las empresas a incorporar los costos de la contaminación, se crean las condiciones para que ellas intenten reducirlos, lo que se traduce, obviamente, en menor contaminación.

La interrogante principal es decidir cuál de todas las posibilidades de control ambiental es la más eficiente. Y a ello apunta el presente trabajo.

## **LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS**

a) Las medidas administrativas consisten en licencias, autorizaciones previas, reglamentos de seguridad industrial, multas, sanciones, clausura de establecimientos, etc.

Un ejemplo de las medidas administrativas es nuestro novísimo Código de Medio Ambiente, en donde pueden encontrarse disposiciones tales como: presentación de Estudios de Impacto Ambiental -es decir el análisis de cómo la actividad de la empresa afectará el medio ambiente- de manera previa al ejercicio de la actividad económica; obtención de licencias para la utilización del alcantarillado; prohibición a la instalación de pequeñas empresas industriales en asentamientos humanos; y otras similares.

Lo positivo de las medidas administrativas es que tienden a prevenir la producción del daño mediante la prohibición de determinadas actividades. Lo negativo es su rigidez, la misma que se traduce en la dificultad de la administración para anticiparse a todas las formas de contaminación, en la resistencia para aceptar nuevas formas de prevenir la contaminación y en la dificultad para fiscalizar eficientemente el cumplimiento de las normas dictadas.

1. El autor es asistente de docencia en la PUC e investigador del ILD. No obstante, su opinión no compromete a ninguna de dichas instituciones.

2. Conferencia sobre Estrategias para una Defensa del Medio Ambiente por los particulares, publicada en 1988 por la Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza.

Adicionalmente, las medidas administrativas crean costos artificiales a la sociedad pues imponen nuevas licencias o requisitos administrativos sin discriminar en muchos casos entre quienes, realmente, deben o no ser sujetos pasivos de tales obligaciones. De otro lado, al centralizar la potestad normativa y coercitiva en la propia administración se facilita, por un lado, la intervención de los grupos industriales de poder y se complica, por el otro, la fiscalización de la acción contaminante del propio Estado.

El fracaso de tales normas en los Estados Unidos ha sido evidente. El ambientalista Randal O'Toole da un claro ejemplo de ello. Mientras en 1980, O'Toole denunciaba al mercado y a las grandes empresas por «permitir que la contaminación se desborde sin control», exigiendo del Estado nuevas leyes, agencias federales de control, planificación «racional» etc.; actualmente, O'Toole propone otorgar a los agentes económicos los incentivos que permitan lograr un manejo apropiado de los recursos<sup>3</sup>.

### LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

b) La acción de responsabilidad extracontractual es «el derecho de todo aquél que sea víctima de un daño para exigir al causante que le pague los perjuicios que ha sufrido». Su ejecución no requiere de norma adicional porque el Código Civil lo contempla de manera general.

La diferencia con las medidas administrativas estriba en que éstas tienden a que el Estado controle todas las actividades propiciando rigidez en la normatividad vigente y defectuosa fiscalización -basta con pensar en toda la información que el Estado tendría que procesar para saber quién contamina, dónde, en qué nivel y luego para revertir tal situación y sancionarlo, si es el caso-.

La responsabilidad extracontractual, en cambio, es flexible pues tiene una sola regla fundamental: **quien daña al contaminar debe pagar**. Asimismo, tiene miles de agentes fiscalizadores, -todos y cada uno de los ciudadanos- y no concentra la decisión final respecto al hecho contaminante en la administración.

Sin embargo, la responsabilidad extracontractual, como bien apunta Trazegnies, tiene varias dificultades, entre ellas: la determinación del principio de responsabilidad aplicable, la acción de paralización de la actividad dañina, y, la determinación de la relación de causalidad entre la contaminación y el daño producido.

Adicionalmente, la responsabilidad extracontractual contiene un defecto de orden práctico, y es que las

acciones derivadas de ella se ventilan en el poder judicial, lo que las condena a largos, impredecibles y onerosos procedimientos. De hecho, los procedimientos judiciales tal y como se llevan en el Perú son el mejor aliciente para que los causantes de daños no efectúen transacciones o acuerdos extrajudiciales.

### LA ASIGNACION DE DERECHOS PATRIMONIALES.

Consideramos que existe un tercer tipo de mecanismos que pueden contribuir en la lucha contra la contaminación ambiental: la asignación de nuevos derechos patrimoniales.

Esta propuesta puede ser entendida mediante el siguiente hecho: Una mina utiliza un río para verter sus residuos (en buena medida la mina puede hacerlo porque el río al ser de todos no es de nadie y por lo tanto se ha entendido que no tiene que pagar por su utilización). Ante dicha situación, el Estado suele impedir que se viertan los desechos o vigilar que no se exceda ciertos niveles de contaminación.

Ahora bien, imaginemos que el Estado actúe de manera similar con cada mina y, en general, con cada una de las actividades contaminantes. Ciertamente, cumplir dicha misión de manera eficiente es muy difícil, sino imposible<sup>4</sup>.

Pero otra posibilidad consiste en asignar derechos patrimoniales al poblador o pobladores vecinos al río con respecto al río mismo, de tal suerte que puedan negociar su utilización por parte de la mina. En dicho caso, se podrá impedir que la mina realice contaminaciones excesivas o no tolerables y, además, se le cobrará por la contaminación considerada como tolerable por el pueblo. Incluso, se pueden establecer niveles de contaminación de modo tal que a mayor nivel mayor pago, teniendo un límite máximo.

Dentro de esta línea de pensamiento se han venido realizando considerables aportes en los Estados Unidos. Jo Ann Kwong en su libro «Market Environmentalism» describe los principales problemas que enfrentan las políticas de prevención de la contaminación y propone nuevas estrategias jurídicas.

La autora sostiene que al crearse derechos patrimoniales allí donde no existen, los individuos y las empresas podrán negociar con respecto a ellos. Como consecuencia de dicha negociación, la empresa podrá comprar el derecho a contaminar en cierto grado. En ese sentido, el Estado deberá actuar fundamentalmente para definir dichos derechos y protegerlos, como hace con el resto.

3. Randal O' Toole, "Learning the Lessons of the 1980s", Forest Watch, 6.

4. El caso de los Estados Unidos es un excelente ejemplo, pues las Clear Water Act, Clear Air Act, etc. han sido incapaces de proteger de manera adecuada el medio ambiente.

La ventaja de este mecanismo radica en que deja en las manos de particulares la decisión de qué cosa es tolerable y qué no, a diferencia de las medidas administrativas, en las que es un burócrata quien desde su escritorio lo decide. Por otro lado, se tiende a alcanzar el objetivo de la prevención, tan utilizado por los ecologistas, a diferencia de la responsabilidad extracontractual que actúa invariablemente luego de producido el daño.

Lo mismo se puede hacer con el aire. En efecto, el Estado podría vender -después de establecer la contaminación máxima permisible- certificados que permitan contaminar a las empresas, los mismos que a su vez serían transferibles. De esta manera si la fábrica «X» S.A. contamina con 25 toneladas de elementos químicos al año, comprará un certificado que le permita contaminar con 25 toneladas al año. Ello permitiría los siguientes resultados:

- 1) Las empresas tendrían los suficientes incentivos para disminuir la contaminación que realizan. En efecto, si la fábrica «X» reduce su contaminación a 20 tendrá un plus de 5 que no utilizará y que por lo tanto podría venderlo en el mercado. De esta manera se compatibiliza el interés de la empresa con el de la sociedad.
- 2) Grupos interesados en proteger el medio ambiente podrían comprar esos certificados y no utilizarlos. Así, se coadyuvaría en el mejoramiento del ambiente.
- 3) Se formarían entidades especializadas en reducción de la contaminación de las empresas -debido al interés de estas últimas de reducir sus costos-, lo que estaría favorecido en la medida que no se establece cómo las empresas deben dejar de contaminar. En efecto, esta flexibilidad permitiría que las empresas desarrollen sus propios sistemas de reducción de contaminación, haciendo mucho más dinámico el mercado.

El profesor Wallace Oates de la Universidad de Maryland<sup>5</sup>, ha diseñado un sistema de Certificados de Reducción de Emisiones que permitiría que la contaminación sea un costo más en el mercado y que los certificados que la autoricen sean un elemento más dentro de las transacciones que libremente se realizan en el mercado.

El sustento de todas estas propuestas radica en que el mercado es el que mejor asigna los recursos y que sus mecanismos no son incompatibles con los objetivos de control ambiental. Adicionalmente, como señalan Anderson y Leal, los derechos patrimoniales son los que mejor pueden compatibilizar el interés privado con el social.

En efecto, el mercado y el derecho de propiedad han venido siendo considerados como incapaces para proteger el medio ambiente, y por ello, se ha venido postulando que el Estado debe intervenir en la actividad económica.

Sin embargo, dos elementos han permitido refutar dichas afirmaciones. El primero es que los países socialistas han sido quienes -a pesar del absoluto control por parte del Estado- han soportado los mayores niveles de contaminación, poniendo en grave peligro a su población.

El segundo es que mediante el análisis económico se ha permitido calcular que los costos de una protección controlista al medio ambiente son considerablemente mayores a los que provienen de un autocontrol basado en los mecanismos que el mercado ofrece.

Como podemos ver, existen diferentes mecanismos que pueden coadyuvar en la protección de nuestro medio ambiente. Todos ellos parten de la misma preocupación. Sin embargo, nuestra preferencia es por los dos últimos en la medida que no establecen trabas y obstáculos artificiales a la actividad privada. Muchos de los problemas causados por la contaminación no son producto de fallas del mercado sino porque justamente el juego del mercado no se pone en funcionamiento.

Al funcionar el mercado, gracias a la creación de nuevos derechos patrimoniales, las empresas asumirán el costo de prevenir la contaminación y lo trasladarán al precio de su producto, como se hace con el resto de costos. Sin embargo, debido a la competencia, las empresas innovarán en sus procesos de producción de manera tal que puedan maximizar sus ganancias.

Como hemos visto, todas las posibilidades apuntan a lo mismo, el único análisis válido, por tanto, es cuál de ellas es la más eficiente.

---

5. Wallace Oates, «El mercado como agente de la descontaminación ambiental», en Estudios Públicos N° 34, 1989.