

# ESTRATEGIAS DE DERECHO PRIVADO PARA CONSERVAR LA NATURALEZA Y LUCHAR CONTRA LA CONTAMINACION AMBIENTAL \*

Fernando de Trazegnies Granda  
Profesor de Filosofía del Derecho e  
Historia del Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú

*El desarrollo tecnológico y social enfrenta al hombre -cada vez con mayor frecuencia- a la aparición de nuevos perjuicios, algunos de naturaleza inusitada hasta hace poco, y que se caracterizan por las particulares y peligrosas incidencias que pueden tener sobre toda la sociedad. En este rubro se ubican los daños ambientales, típico supuesto de lesión a intereses difusos, en los que en la mayor parte de las ocasiones es imposible delimitar con exactitud quiénes y cuántas son las víctimas y, en otros, es difícil aun precisar quiénes y cuántos son los causantes.*

*Estas circunstancias, sin duda, exigen una respuesta inteligente del Derecho, que parta de la necesidad de tutelar a las víctimas de estos daños ambientales y, en todo caso, procure evitar la producción de conductas gravemente lesivas del ambiente. El doctor De Trazegnies esboza en el presente artículo, a la manera de un recetario, la variedad de posibilidades que franquea nuestro ordenamiento jurídico privado para que las víctimas de los daños ambientales, el propio Estado o la sociedad civil generen mecanismos de adecuada protección contra los daños al ambiente.*

*La perspectiva del ensayo es interesante, no sólo por la actualidad del tema, sino también por las herramientas que utiliza el autor para llevar a cabo su estudio, las que se afincan principalmente -en cuanto a la responsabilidad civil se refiere- en el Análisis Económico del Derecho.*

SUMARIO: I. INTRODUCCION AL TEMA DE LA CONTAMINACION II. EL DAÑO POR CONTAMINACION 1. Los aspectos económicos y sociales del daño 2. El daño tolerable y el daño intolerable 3. Características especiales de los daños por contaminación III. LA LUCHA JURIDICA CONTRA EL DAÑO POR CONTAMINACION 1. La acción del Estado a. Las medidas administrativas b. Los límites del control administrativo del Estado 2. La acción de los particulares IV. LA PRACTICA DEMOCRATICA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES.

## I. INTRODUCCION AL TEMA DE LA CONTAMINACION

La contaminación ambiental, el equilibrio ecológico, la preservación de la naturaleza, son temas que hace algunas décadas carecían de toda importancia. De pronto, la humanidad comenzó a descubrir que la relación del hombre con la naturaleza es bastante más complicada de lo que pensaba; y que descuidar los términos de esa relación trae consigo consecuencias gravísimas tanto para la persona en particular como para el futuro de la humanidad.

A partir de entonces, muchos se han interesado en este tipo de problemas. Pero, básicamente, este interés ha tenido en sus inicios dos características erróneas, que han limitado su acción. De un lado, el tema de la contaminación ha sido usualmente tratado como un aspecto «técnico» que debía co-

\* Ponencia sustentada por el autor en el "Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial" organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú del 8 al 12 de agosto de 1994.

rrer a cargo de biólogos, agrónomos y otros especialistas similares, sin que los abogados tuviéramos una participación fundamental. De otro lado, la preocupación se ha orientado sobre todo a que los gobiernos hagan algo al respecto, a que se establezcan programas públicos de conservación.

De esta manera, los abogados sólo éramos llamados a manera de escribientes para redactar un proyecto de ley cuyo contenido era determinado por los «técnicos». Pero el Derecho no es un estilo de redacción: es una manera de pensar, un modo de actuar, una forma de ingeniería social que permite construir la sociedad de acuerdo a ciertos objetivos, una estrategia para luchar por la efectiva realización de ciertos propósitos sociales.

En verdad, el tema de la conservación del ambiente es demasiado serio y demasiado general para que quede solamente en manos de un reducido grupo de especialistas: es un tema que nos concierne a todos, cualquiera que sea nuestra inserción en la vida social, y que no logrará un tratamiento adecuado mientras no haga conciencia en todos y cada uno de nosotros, especialistas de la conservación o ciudadanos comunes, biólogos o abogados, funcionarios públicos o empresarios, adultos o niños. Cada persona debe aportar su propia perspectiva a este problema común de la humanidad.

Es importante destacar que no estamos ante una preocupación meramente académica ni ante un objetivo social valioso pero contingente.

El mundo contemporáneo usa la naturaleza como nunca antes lo había hecho ninguna sociedad histórica: su utilización de los recursos naturales es extraordinariamente intensa y eficaz. Pero ello también origina como subproducto un deterioro de las condiciones ambientales de vida. Y si este deterioro no es controlado, se producirá -en algunos aspectos a mediano plazo, en otros a corto y en algunos casos ya se viene produciendo- un efecto degenerativo de las condiciones de vida que puede llevar al mundo de la abundancia a situaciones aún peores que la escasez.

Esta tendencia es gravísima en los países altamente industrializados debido a la aplicación de tecnologías productivas muy lejanas de los procedimientos naturales y, en consecuencia, eventualmente generadoras de efectos destructivos del ambiente. Sin embargo, el riesgo es también agudo en los países en vías de desarrollo donde, sufrientes de escasez y miseria y encandilados por los resultados cuantitativos de las tecnologías modernas, podemos adoptar con excesiva facili-

dad técnicas de producción inevitablemente nocivas para la vida humana; técnicas cuya utilización muchas veces no se permite ya en los países desarrollados, pero que nos son vendidas aprovechando nuestra desesperación y nuestra irresponsabilidad.

Para hacernos una idea de este peligro real para nuestro país, comparemos imaginativamente la vida en el Perú en el Siglo XIX y la vida en el Perú de los últimos 50 años. En el siglo pasado, no existían vehículos a motor que arrojaban sustancias tóxicas a la atmósfera, las fábricas usaban el vapor como energía (que es un producto natural), no se producían desperdicios sintéticos indestructibles de manera que toda la basura reingresaba al ciclo ecológico, muchas de las regiones de nuestro país eran todavía vírgenes y conservaban intactas sus condiciones naturales.

En el Perú de hoy, cada día los vehículos y las fábricas arrojan una gran cantidad de residuos químicos a la atmósfera, las minas y algunos establecimientos industriales han contaminado buena parte de los ríos que han sido convertidos en canales de barro mineralizado, no sabemos ya qué hacer con el plástico inservible, nuestros mares son depredados por una pesca intensiva, nuestra selva -ese gran pulmón que suministra oxígeno al mundo- está amenazada por el cáncer de la explotación económica irreflexiva. Y estos males avanzan a una velocidad pasmosa: lo que no ha sucedido en siglos está ahora ocurriendo en unas décadas y, en algunos aspectos, en pocos años.

Dado que el daño por contaminación es difícil de apreciar en el corto plazo, hay la tentación de menospreciarlo y considerar este tipo de preocupaciones simplemente como una mysofobia, como una suerte de ritual neurótico de pulcritud propio de civilizaciones y personas que viven en la comodidad. Esta actitud irresponsable puede combinarse con una ideología desarrollista -sea de derecha o de izquierda- que insiste en la necesidad de salir de la miseria como objetivo exclusivo de la sociedad, sin tomar en cuenta el costo para las generaciones futuras de ese propósito simplistamente concebido.

El egoísmo generacional puede llevarnos a intentar vivir ahora, a costa de la vida de mañana. En algunos campos, el problema ni siquiera será de la generación siguiente, sino de nosotros mismos en una etapa posterior de nuestra vida: lentamente e imperceptiblemente, la contaminación va erosionando nuestra salud y disminuyendo nuestras expectativas de vida. Por ello, es una muestra de ceguera -muchas veces no inocente- decir que en

los países subdesarrollados la condición humana está ya tan degradada por la pobreza que es preciso primero superar esa condición -ya de por sí dramática- antes que preocuparse por los problemas un tanto *snob* de la preservación del medio ambiente. Esta reflexión no es otra cosa que escoger entre dos degradaciones: entre Scylla y Carybdis, en vez de estrellar nuestro barco contra las rompientes de la pobreza, lo hundimos en los remolinos de la contaminación. Pero, en ambos casos, el resultado es un naufragio. Debemos encontrar una vía distinta, que permita el desarrollo; pero un desarrollo limpio y sano, que asegure no sólo la vida, sino también la calidad de vida, que es la única forma de asegurar a la larga la vida misma.

## II. EL DAÑO POR CONTAMINACION

### 1. Los aspectos económicos y sociales del daño

Si bien el Derecho no es una abstracta matemática de la normatividad ni un ejercicio de lógica pura, como lo hubiera querido Kelsen; si bien el Derecho no puede en ningún campo mantenerse ciego a los aspectos económicos involucrados, esta necesidad es particularmente apremiante y decisiva en el terreno del daño ambiental. Y precisamente a partir del enfoque económico del Derecho surgen algunas de las estrategias privadas de lucha contra dicho daño.

La problemática del daño ambiental nos confronta con una patología de la economía liberal que desvirtúa el mercado al afectar gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos. Dentro del sistema de precios, el productor en situación de competencia tiende a bajar al máximo sus costos y a no hacer uso de la tecnología disponible para evitar los subproductos nocivos de su actividad con el fin de ahorrarse un costo adicional. En la medida que el comprador del producto no siente ese daño ambiental en carne propia, sino que lo piensa referido a un tercero o a la comunidad en abstracto (sin comprender que él mismo forma parte de la comunidad), ese efecto nocivo no constituye un elemento en el cálculo de la demanda. En términos más simples, la gente no deja de comprar un producto debido a que su producción es contaminante. Pero de esta manera se introduce una distorsión del propio sistema de precios y se invalida el mecanismo porque se crean «externalidades».

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 esta

manera, no los contabiliza como propios. Y al no estar incorporados al precio, escapan también a la apreciación correcta de la demanda. Por consiguiente, quedan fuera del control que pudiera proporcionar el equilibrio del mercado.

La actividad contaminante es una típica «externalidad» porque impone costos a terceras personas. En otras palabras, el costo ambiental creado por la fábrica no desaparece por el hecho de no gastar tecnología anticontaminante; simplemente es desplazado por caminos ajenos al mercado hacia un tercero que sufre los daños consecuentes. En esta forma, la no adopción de precauciones anticontaminantes que pueden ser caras, sólo hace desaparecer ese costo para la propia empresa contaminante; pero el costo reaparece en los presupuestos y en los bolsillos de entidades gubernamentales, de otras empresas y de personas privadas ajenas al negocio de la fábrica contaminante.

Por ejemplo, si las empresas cosechadoras y procesadoras de mariscos para la exportación arrojan los caparzones y los desperdicios en cualquier terreno vacío -público o privado- en vez de darles un tratamiento correcto, están desplazando uno de los costos de la industria (el costo de eliminación de su propia basura) hacia los propietarios de los terrenos, hacia la vecindad que va a sufrir los malos olores y quizás algunas epidemias, y hacia la municipalidad, que finalmente tendrá que ocuparse de limpiar todo. De esta manera, en razón de esa conducta contaminante motivada por la maximización salvaje del interés privado, el gobierno municipal y una serie de ciudadanos están en la práctica subvencionando (forzadamente) a las empresas que sin mayor cargo de conciencia arrojaron en cualquier parte los restos inservibles de mariscos como si no se tratara de su problema.

Otro ejemplo. Si una fundición de mineral contamina los pastos de las haciendas o de las comunidades campesinas de la vecindad con los humos sulfurosos que arroja a la atmósfera, está dejando de incluir como verdaderos costos de producción de su mineral, aquellos que se hubieran derivado de la instalación de filtros anticontaminantes en sus chimeneas. Por su parte, el dueño de los pastos o de los campos de cultivo afectados por los humos tiene que emplear medios especiales para proteger o para rescatar su actividad agrícola; y estos medios le cuestan, le hacen subir sus costos de producción por causas ajenas a su producción misma. Como resultado, la fundición venderá su mineral por debajo del costo propio y el dueño del campo deberá vender su ganado a un precio superior al que habría resultado del funcionamiento normal del mercado (pues tiene que agre-

gar al precio los costos derivados de la contaminación que le han sido «deslizados» por la fundición vecina).

Esto produce una ineficiente asignación de los recursos sociales a través de un mercado falseado, porque el precio que paga el consumidor por el bien que desea, no corresponde a su verdadero costo de producción: la masa de consumidores se encuentra alentada para comprar más productos de la fábrica (de precio bajo en relación a su costo) y menos de la ganadería (de precio alto en relación a su costo); o, dicho en otras palabras, el producto de la fundición se encuentra indebidamente subsidiado por los ganaderos.

Estos son elementos que debe tener en cuenta todo análisis jurídico del medio ambiente. Pero además, el Derecho debe ser confrontado a otros problemas novedosos y complicados: los efectos económicos de la contaminación no se presentan exclusivamente en términos interindividuales, en donde el que desplaza el costo y el que lo recibe son perfectamente identificables. En muchos casos, el desplazamiento o externalización del costo es difuso y abarca un gran número de personas.

Cuando una fábrica de harina de pescado no instala una planta de agua de cola y arroja al mar todos los residuos orgánicos, la grasa o aceite que contiene el desecho no permite la regeneración del oxígeno del agua; de esta forma, la vida marina desaparece. Como consecuencia de ello, las aves se ven obligadas a emigrar ante la falta de alimento. Y el mar se convierte rápidamente en una poza inmundada de desperdicios malolientes, que puede dar lugar a todo tipo de epidemias. Vemos, entonces, en este caso, que tanto la causa como los efectos del daño son generalizados y comprometen a muchos sectores de la colectividad y a la colectividad como un todo: pescadores artesanales, extractores de abono animal, poblaciones del litoral, todos se encuentran perjudicados y a todos se les impone costos y pérdidas tanto económicas como en calidad de vida, en indebido beneficio de la actividad de las empresas harineras.

Por consiguiente, un aspecto que no debe ser perdido de vista es que la actividad contaminante no sólo degrada la calidad de vida, no sólo impone una incomodidad al resto de la población, sino que además origina costos sociales. El caso de las emanaciones que causan un daño difuso y extendido porque son respiradas por cientos de miles de personas anónimas, es bastante ilustrativo a este respecto. La contaminación del aire da lugar a un aumento de las afecciones bronquiales y alérgicas y a un incremento del porcentaje de

probabilidades de adquirir cáncer al pulmón. Y ello tiene un costo en recursos que la sociedad debe disponer para intentar prevenir de otra manera y para tratar de curar esos males. Un gran número de personas tendrá que hacer gastos que no hubiera tenido que soportar normalmente si un tercero no hubiera contaminado, como pagar médicos, comprar medicinas, etc. Como la distribución de los recursos económicos no es -y quizá nunca podrá ser- igualitaria, habrán algunas personas que no podrán afrontar los costos que les han sido desplazados por las empresas contaminantes y su estado biológico continuará deteriorándose impunemente. Pero aún en el caso de aquellos que tienen los recursos suficientes para curarse o si suponemos un sistema de seguridad social muy eficiente que permita atender todos los damnificados por las emanaciones, se habrá producido de todas maneras un problema social: la sociedad habrá perdido horas de trabajo de la gente enferma y además habrá tenido que acondicionarse para la producción de medicinas en vez de hacerlo para la producción de otros bienes no destinados a remediar, sino a hacer progresar la calidad de vida. Por último, los costos de atención por la seguridad social tienen que ser pagados por alguien y, en la práctica, lo son por todos los asegurados; lo que significa que todos los trabajadores del país están cubriendo esos costos que la empresa contaminadora no quiso reconocer como propios instalando un filtro anticontaminante. La empresa se ha ahorrado ese costo, pero éste no ha desaparecido, sino ha sido subrepticamente trasladado a todos los que cotizan el seguro social. La colectividad, de manera difusa, pero absolutamente real y dramática, soporta costos injustificados.

## 2. El daño tolerable y el daño intolerable

Evidentemente, ninguna sociedad puede pretender cuerdamente preservar una pureza ambiental y paisajística prístina y absoluta a cualquier costo. Pero, en todo caso, tampoco puede permitir que unos se beneficien a costa de los otros, desplazándoles sus propios costos bajo el pretexto de que no es posible producir sin contaminar. Y, por otra parte, hay cierto tipo de contaminaciones que, independientemente de que sean desplazadas o no, la sociedad considera excesivas y no está dispuesta a tolerar. Por eso, no todo daño ambiental es antisocial, sino sólo aquel que la sociedad considera abusivo o excesivo.

Esto nos lleva a distinguir entre dos tipos de daños, distinción que no es propia únicamente de la contaminación ambiental, sino de todos los daños que se infieren las personas viviendo en

sociedad: los daños tolerables y los daños intolerables.

Tal distinción puede sorprender a algunos: hay quienes ingenuamente piensan que todo daño es malo *per se* y que, por consiguiente, el Derecho persigue erradicar los daños en general que las personas se infieren mutuamente. Sin embargo, esto no es así. Hay casos en los cuales el Derecho no persigue eliminar la posibilidad de daño sino que simplemente obliga a quien lo cometa a pagar una indemnización. Y, finalmente, hay otros casos en los que el daño resulta indiferente para el Derecho.

Pongamos algunos ejemplos de cada caso para ver más claro las diferencias. El Derecho no quiere que nadie asesine a otra persona; en consecuencia, si alguien mata intencionalmente a otro, lo mete a la cárcel y además le obliga a pagar una indemnización a los parientes del muerto. De la misma manera, si una persona maneja un automóvil a una velocidad mayor que la permitida creando un riesgo excesivo y así atropella a otro, el Derecho considera también que se trata de un daño intolerable; quizá no lo mete preso, pero lo obliga irremisiblemente a pagar los daños y posiblemente le pone una multa o le quita el brevete porque el Derecho quiere evitar por todos los medios que alguien maneje a una velocidad mayor que la reglamentaria.

Pero no sucede lo mismo con otros daños: hay una serie de perjuicios que se causan entre sí las personas que viven en sociedad y que el Derecho no pretende evitarlos totalmente porque el beneficio que la sociedad obtiene con el riesgo correspondiente es mayor que el beneficio que resulta del daño consecuente. Por ello, todo lo que exige en estos casos es que se prevea socialmente un mecanismo para aliviar económicamente a la víctima de los efectos del daño. Por ejemplo, el Derecho podría erradicar todos los daños por accidentes de tránsito: bastaría para ello que prohibiera el uso de automóviles; o, menos radicalmente, que sólo permitiera que circulen automóviles que no vayan a más de 10 Kms. por hora y que se encuentren rodeados de bandas de goma que amortigüen los golpes. En esta forma, no existirían accidentes de tránsito. Sin embargo, la sociedad quiere aprovechar las ventajas del uso del automóvil e incluso de la velocidad, aunque causen daños. Por eso, sabe que si se permite que los automóviles circulen hasta 60 Kms. por hora dentro del radio urbano, va a haber accidentes; pese a ello, autoriza su circulación: los inevitables muertos y heridos al año son el precio que la sociedad paga por las ventajas de un transporte más rápido

y eficiente. En consecuencia, no prohíbe los automóviles ni limita drásticamente su velocidad, sino simplemente obliga que quien cause un daño a otro lo pague. Estos son los daños tolerables: dan lugar a una indemnización, pero la actividad riesgosa no es prohibida. Puede parecer cruel y poco ético -al menos desde la perspectiva de una ética romántica- que daños que involucran la vida humana sean analizados prácticamente en términos de costo/beneficio; pero así es y así lo aceptamos todos nosotros desde el momento en que manejamos un automóvil.

Y hay todavía un tercer tipo de daños que la sociedad considera parte de la vida normal, por lo que no pretende evitarlos ni tampoco hacer pagar una reparación al que los cause. A estos podríamos denominarlos «daños socialmente autorizados». Por ejemplo, si un comerciante hábil realiza una serie de maniobras legales para llevar a la quiebra a su competidor (le baja los precios hasta que el otro no pueda vender tan barato o eleva la calidad de su producto hasta que el otro salga de mercado), la sociedad no lo sanciona ni tampoco le exige que pague al comerciante quebrado: se considera que ese daño es parte de la vida normal de nuestros tiempos y que el comerciante está autorizado para llevar a la quiebra a su competidor mientras no infrinja las reglas de juego impuestas por el Derecho.

Resumiendo, la sociedad no quiere desterrar todos los daños a cualquier costo. Algunos daños los considera parte de la vida normal y, por tanto, nadie se puede quejar por eso. Otros, la sociedad considera que deben ser reparados económicamente, pero no adopta las medidas posibles para evitar que se produzcan. En este último caso, la sociedad analiza las ventajas y las desventajas que traería su erradicación absoluta y llega a la conclusión de que mejor es que se produzcan algunos daños a perder ciertos beneficios sociales. Y, finalmente, hay otros daños que la sociedad quiere impedir a cualquier costo; sin perjuicio de que si se producen, el causante pague además una reparación a la víctima. Dentro de la terminología que he sugerido, los primeros serían los daños socialmente autorizados, los segundos serían los daños reparables, pero tolerables, y los últimos serían los daños intolerables.

Desde esta perspectiva, ¿a qué categoría pertenecen los daños por contaminación? Pues la mayor parte estará dentro de los daños intolerables. Sólo algunos cuyo evitamiento exceda de lo razonable estarán dentro de la categoría de lo tolerable, pero reparable.

### 3. Características especiales de los daños por contaminación

En esta exposición quiero referirme especialmente a aquellos daños por contaminación que no pueden ser tolerados por la sociedad y que constituyen propiamente la categoría de daños ecológicos. Me parece importante describir algunas de las características de estos daños que les otorgan una cierta especificidad y que los distinguen fundamentalmente de los simples accidentes.

La primera característica de los daños intolerables por contaminación es que generalmente, de alguna manera, se trata de daños relativamente calculados y, por ello, sometidos a un mayor control del agente. Cuando un industrial se dispone a instalar una fábrica que puede arrojar efluvios contaminantes a la atmósfera o al río, realiza previamente un estudio integral de su proyecto, que incluye todos los aspectos técnicos y económicos. Por consiguiente, si después la fábrica contamina como subproducto de sus operaciones y sin que haya mediado un caso fortuito, ese industrial no puede decir que esto es una novedad; porque el riesgo ya había sido calculado (o, cuando menos, debió haber sido calculado). Instalar una fábrica no es un acto intempestivo y fugaz dentro del que toda previsión es difícil sino, por el contrario, es un proceso de varias etapas, que es cuidadosamente planificado. De esta forma, el industrial que realiza una actividad contaminante tiene una mayor participación y control sobre los daños que genere que la que puede tener el causante de un accidente automovilístico: ese industrial no sólo está consciente de que está realizando una actividad peligrosa, sino que además tiene una mayor posibilidad de control de los riesgos que crea.

Una segunda característica de este daño peculiar es que tiene muchas veces un efecto acumulativo: no estamos ante un accidente repentino, extraordinario, impremeditado, sino ante un acto repetido y continuado, ante una situación cuyos efectos dañinos se van plasmando e incrementando día a día y cuyas consecuencias pueden ser observadas y calculadas. Michelman dice que, dado que el daño por contaminación se produce muchas veces en el transcurso del tiempo, es posible una cierta prevención; y el no prever cuando existe la posibilidad de hacerlo es realizar de alguna manera un acto intencional. Es verdad que el daño por contaminación también puede presentarse de manera imprevista, por una falla inocente en los mecanismos de seguridad; lo que nos colocaría ante un daño tolerable. Sin embargo, hay un daño intolerable cuando el daño resulta de una falla de diseño o de mantenimiento o de su-

pervigilancia de la operación, de forma que en condiciones normales pudiera haber sido específicamente previsto.

Una tercera característica del daño por contaminación es su naturaleza difusa. De un lado, a diferencia de lo que sucede con el accidente rutinario que afecta a un número limitado y conocido de personas (por ejemplo, los conductores y pasajeros de los dos vehículos que chocaron), el daño por contaminación alcanza a un gran número de víctimas, muchas veces desconocidas y muchas veces en la curiosa situación de ignorar ellas mismas que son víctimas porque el daño no se ha hecho aún patente dado su carácter insidioso: la fábrica que arroja directamente sus emanaciones tóxicas a la atmósfera, puede causar enfermedades severas e incluso la muerte de un gran número de personas por absorción anormal de plomo por las vías respiratorias y digestivas; sin embargo, la determinación efectiva de todas las personas afectadas es imposible y muchas de ellas no saben siquiera que están en proceso de intoxicación.

Notemos, por otra parte, que en el daño por contaminación no solamente este carácter difuso hace difícilmente identificable a las víctimas sino también a los propios causantes: si en el área existen varias fundiciones que arrojan plomo a la atmósfera y se presentan casos de intoxicación, es prácticamente imposible decir cuál de esas fundiciones en particular afectó a una determinada víctima de intoxicación. Hay aquí un grave problema para la teoría de la causalidad, tan importante en la responsabilidad extracontractual.

Finalmente, una cuarta característica de los daños por contaminación es la presencia del interés social como ingrediente particularmente importante de la situación. Aun cuando todo en el Derecho se encuentra impregnado de interés social, los daños producidos por contaminación son fenómenos de naturaleza colectiva que sobrepasan el ámbito de cada individuo: afectan a un número indeterminado de miembros de la sociedad. Por otra parte, al lado de las víctimas que están en capacidad de reclamar por sus daños, la contaminación produce un gran número de víctimas que no tienen posibilidades culturales o económicas para exigir judicialmente una indemnización por el daño que recibieron, por lo que la sociedad debe velar por ellas. Finalmente, por tratarse de daños intolerables -es decir, daños que se producen contra la voluntad expresa de la sociedad- involucran aspectos que no corresponden sólo al individuo particularmente afectado, sino que comprometen el bien común: independientemente de que se re-

paren o no los daños a las víctimas de intoxicación por los humos de las fundiciones, la sociedad no quiere que haya intoxicados porque le interesa preservar la salud pública.

### III. LA LUCHA JURIDICA CONTRA EL DAÑO POR CONTAMINACION

¿Qué medios tiene el Derecho para luchar contra la contaminación? Fundamentalmente, dos. Puede, de un lado, intervenir directamente las actividades contaminantes, prohibiéndolas o estableciendo ciertos requisitos de seguridad. Puede, de otro lado, obligar al agente contaminante a pagar los daños que cause. A su vez, estos medios de lucha pueden ser utilizados por el Estado a través de sus dependencias administrativas o por las personas privadas.

Estudiemos una y otra forma de utilización de estas medidas, que pueden darse conjuntamente o separadamente según los casos.

#### 1. La acción del Estado

##### a. Las medidas administrativas

La estrategia clásica para luchar contra la contaminación ha sido la adopción de ciertas medidas administrativas, a través de Autoridades Ambientales que aplican Códigos del Medio Ambiente, reglamentos de seguridad industrial y otras disposiciones legales similares.

Por ejemplo, se puede obligar a las fábricas que contaminan los campos de los agricultores o ganaderos circundantes a que coloquen dispositivos anticontaminantes en sus chimeneas. Esto aumenta, como es lógico, el costo de los productos de esa fábrica. Pero nótese que no aumenta los costos globales de producción desde el punto de vista de la sociedad de mercado considerada como un todo: simplemente, se obliga a que esos costos que estaban afectando al ganadero o al agricultor regresen a la contabilidad del industrial que los crea y, de esa manera, el mercado refleje de manera más transparente los procesos económicos que lo integran y permita una asignación más racional de recursos entre sus diversos componentes. Como puede apreciarse, este tipo de medidas protectoras del medio ambiente no deben ser consideradas como hostilizaciones a la inversión sino, por el contrario, como muy bien lo expresa el artículo 49 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, «el establecimiento de normas claras de protección del medio ambiente» es una forma como el Estado garantiza «la debida seguridad jurídica de los inversionistas».

Estas medidas administrativas, cuya iniciativa corresponde al Estado a través de sus diversos órganos, son de carácter muy variado y a su vez las sanciones que las respaldan asumen formas muy diversas: multas, denegación o revocación de permisos de funcionamiento, clausura de establecimientos y otras similares. La protección estatal puede ser incluso mucho más severa a través de la penalización de ciertas conductas contaminantes: en el Perú, tanto el Código del Medio Ambiente como el nuevo Código Penal, han creado la figura de «delitos contra la ecología».

##### b. Los límites del control administrativo del Estado

Una gran ventaja de las medidas administrativas es que tienen un carácter preventivo, porque exigen conductas orientadas a que no se produzca el daño. Sin embargo, a pesar de su gran utilidad, pienso que no podemos confiar la conservación de la naturaleza y la lucha contra la contaminación ambiental exclusivamente al Estado. Por eso, propongo que la acción administrativa sea complementada con una acción privada en defensa del medio ambiente.

En realidad, dejar la lucha contra la contaminación solamente en manos del Estado puede no ser lo más eficiente siempre, por varias razones.

De un lado, muchas actividades contaminantes no son plenamente predictibles por el Estado reglamentador: la capacidad de inventiva del ser humano es ilimitada; y paralelamente a las invenciones convenientes para la vida social, se van desarrollando posibilidades contaminantes como subproductos de ellas. Esto significa que en muchos casos no podemos actuar sino a contragolpe. Pero si sólo confiamos en la acción del Estado y dado que la maquinaria burocrática es lenta en su reacción, el control de la contaminación puede venir muy retrasado. Producido un nuevo factor contaminante, haría falta gestionar la dación de un reglamento (quizá hasta una ley, quizá la modificación del Código del Medio Ambiente), para poder actuar sobre el nuevo peligro; y, mientras tanto, ese nuevo factor puede causar un daño irreparable. No olvidemos, además, que el Estado puede ser objeto de presión por los grandes consorcios privados que realizan actividades contaminantes; lo que hará aún más lenta la puesta en marcha de medidas reglamentarias para controlar la contaminación.

De otro lado, aun si la acción administrativa pudiera ser rápidamente movilizadora, sus medidas siempre estarán orientadas hacia el futuro, hacia

evitar en adelante los nuevos daños de contaminación; pero los que sufrieron inicialmente tales daños quedarían sin reparación.

A estas dificultades se agrega que, si bien las empresas privadas son contaminadoras y el Estado puede actuar sobre ellas, dentro del mundo en que vivimos el Estado tiene también un importante papel productor y, consecuentemente, contaminador. Y poco puede esperarse de que sea el propio Estado quien se encargue directamente de controlarse a sí mismo. No es plausible que el Poder Ejecutivo ponga en vigencia un reglamento orientado a erradicar la contaminación, cuando sus normas afectarán las operaciones de una empresa estatal y quizás alterarán sus resultados económicos: más bien, es probable que, adoptando la misma lógica que una empresa privada, sus objetivos productivos y de rentabilidad fueran vistos como más urgentes que los objetivos sociales de prevención de la contaminación. En estas circunstancias, el control del Estado por la vía administrativa será un tanto desgastado, si no manifiestamente negligente. En el Perú tenemos ejemplos patentes de esta situación cuando comprobamos que durante las dos últimas décadas los mayores contaminantes mineros y marinos han sido precisamente las empresas estatales de minería y pesquería.

Dicho en otras palabras, si sólo confiamos en la actividad administrativa del Estado para poner coto a los abusos y a los intereses de los fabricantes, ¿quién se encargará de vigilar y garantizar que el propio Estado en tanto que fabricante no contamine? Estamos ante una nueva versión del viejo problema *¿Quis custodiet custodes?* No es necesario ser muy imaginativo para suponer que el Estado, actuando como empresario, no tendrá ninguna simpatía por las medidas de control impuestas por el Estado actuando como administrador del bien común.

Todos conocemos el tipo de argumentos que se enarbolan en estos casos. La moraleja es que en ninguna parte el gato ha sido buen despensero; y el Estado no será nunca buen controlador del propio Estado. De otro lado, este conflicto de intereses dentro de la administración estatal llevará a su vez a un relajamiento de la función de control administrativo de la contaminación en general, porque si el Estado no se exige a sí mismo actuar de

manera que no contamine, mal puede exigir a los privados que lo hagan e imponerles cargas que el propio Estado no está dispuesto a aceptar.

## 2. La acción de los particulares

Afortunadamente, el Derecho ofrece otros medios para la lucha contra la contaminación que pueden movilizar a las personas privadas tanto contra otras personas y empresas privadas como frente al propio Estado. No se trata de sustituir la acción del Estado, sino de instigarla, de controlarla y de completarla: las acciones jurídicas privadas contra la contaminación tienen fundamentalmente el papel de una estrategia intersticial, pero extraordinariamente motivadora.

Para diseñar una estrategia privada contra la contaminación ambiental, debemos analizar en primer lugar los principios jurídicos en los cuales es posible apoyar una reclamación y luego los caminos legales para plantear la reclamación. Hay, pues, tanto un problema de derecho sustantivo como de derecho procesal.

En realidad, la acción privada puede suscitarse ya sea para hacer que el Estado cumpla con sus funciones propias y con la misión de velar por el medio ambiente que el orden jurídico le ha encomendado, ya sea para movilizar directamente al Poder Judicial a fin de hacer lo que el Estado no hace.

En el primer caso, las personas privadas pueden ejercer, individual o colectivamente, el derecho de petición ante la autoridad competente que les confiere el inciso 20 del artículo 2º de la Constitución del Estado. Además, si el Estado no cumple con sus funciones y ello da lugar a daños, las víctimas pueden interponer acciones de daños y perjuicios invocando la responsabilidad del Estado. En el Perú no hemos tenido todavía ningún caso jurisprudencial en que el Estado haya sido declarado responsable por negligencia en sus funciones de preservar el medio ambiente. Pero, en cambio, hemos tenido numerosos casos de responsabilidad del Estado por negligencia en otros campos, como los daños producidos con ocasión de motines y revueltas debido a que la policía no actuó eficientemente<sup>1</sup> o los daños derivados de la falta de mantenimiento de los servicios públicos<sup>2</sup>. No veo inconveniente alguno para que el mismo

<sup>1</sup> Vid. TRAZEGNIES, Fernando de. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988 t. II, p. 235.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 237.

principio de responsabilidad del Estado se extiende a los daños ambientales.

Sin embargo, aun cuando este tipo de acciones pueden ser muy eficaces para instigar el celo del Estado, todavía no serían suficientes si los particulares no pueden actuar directamente movilizándolo la coerción pública contra los agentes contaminantes e incluso recurriendo a medidas cautelatorias orientadas a evitar que el daño ambiental se produzca o que se incremente. Ahora bien, para que los particulares puedan actuar directamente en tal sentido, se requiere que exista un derecho individual lesionado. No basta entonces que la conservación del medio ambiente sea una finalidad de la política del Estado sino que cada ciudadano tenga un derecho propio a vivir en un ambiente saludable; derecho que puede ser reclamado como cualquier derecho individual contra cualquiera que pretenda conculcarlo, sea otro particular o el Estado mismo.

Ese derecho individual al medio ambiente existe dentro del ordenamiento jurídico peruano a través de diversas normas; e incluso se encuentra actualmente incorporado como uno de los derechos fundamentales de la persona.

En efecto, el inciso 22 del artículo segundo de la Constitución del Estado establece que es un derecho fundamental de la persona el de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Por consiguiente, estamos ante un derecho individual de la más alta jerarquía, ya que tiene una base constitucional. A su vez, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales precisa en su Título Preliminar que toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y, asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. De esta manera, podemos decir que los daños por contaminación se producen cuando se afecta por cualquier medio, ya sea la existencia y conservación de un ambiente saludable, ya sea el equilibrio ecológico, tanto en función de sí mismo como en función de la vida humana, ya sea el paisaje y la naturaleza. Y, de acuerdo a los dos textos legales citados, existe un verdadero derecho individual, un derecho de la persona, a que tal daño no se produzca.

El Código del Medio Ambiente va aún más lejos y, abriendo un camino inusitado para el pensamiento jurídico liberal, dispone que ese derecho individual no está basado necesariamente en un interés individual directo sino que se relaciona con un aspecto social o colectivo. Es así como dispone en el artículo III de su Título Preliminar que 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 y agrega que se pueden interponer acciones aun cuando no se encuentre afectado el interés económico del demandante o denunciante y aunque el interés moral no se refiera directamente al agente o su familia. Esto significa que la ley reconoce la existencia de un interés moral de orden diferente, basado en las condiciones razonables de la vida civilizada: hay, pues, un interés moral en toda persona para defender el medio ambiente, aunque la situación no la afecte en forma inmediata, porque es legítimo que cada individuo se preocupe por la conservación del todo.

Si existe un derecho individual de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado, tiene que existir también como contrapartida una obligación de otro a respetar ese ambiente equilibrado. En este caso, tratándose de un derecho *erga omnes*, la obligación debe recaer sobre toda otra persona o entidad. Es así como la Constitución impone implícitamente un deber de esta naturaleza, ya que, habiendo conferido un derecho a la persona como tal, surge correlativamente la obligación general de respetar tal derecho. Por su parte, el Código del Medio Ambiente establece categóricamente que «todos tienen el deber de conservar» el ambiente sano y ecológicamente equilibrado<sup>3</sup>. Paralelamente, la Constitución dispone que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común<sup>4</sup>; y el Código del Medio Ambiente precisa que ese ejercicio «comprende el deber del titular de actuar en armonía con el medio ambiente»<sup>5</sup>.

Quisiera destacar que la nueva Constitución, al haber incorporado de manera inequívoca el goce de un ambiente equilibrado a la categoría de derecho fundamental de la persona, abre las puertas para la utilización privada de las acciones constitucionales, tales como el amparo, tanto contra el Estado como contra los particulares.

<sup>3</sup> Artículo I, primer párrafo, del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

<sup>4</sup> Artículo 70 de la Constitución del Estado.

<sup>5</sup> Artículo VII del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

El Código Civil contiene también disposiciones que permiten complementar la batería de principios jurídicos que pueden ser utilizados como armas privadas en esta lucha por el ambiente.

Quizá la institución más interesante en tal sentido es el abuso de derecho, que ha adquirido un relieve particular en el Código de 1984. Es importante señalar que, dentro de este cuerpo legal, las clásicas limitaciones a la propiedad por razón de vecindad -como la prohibición de humos, hollines, emanaciones, trepidaciones y molestias análogas que exceden de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos<sup>6</sup>- han recibido un impulso extraordinario debido a que el mismo Código ha introducido adicionalmente una norma más amplia (que constituye el fundamento de tales limitaciones de vecindad) en la que se tutela a todo aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio del derecho de propiedad<sup>7</sup>.

En este aspecto, es importante mostrar la fuerza latente en las normas legales peruanas, que las convierte en instrumentos de defensa del medio ambiente más útiles que algunas de las normas equivalentes extranjeras.

Por ejemplo, el artículo 844 del Código Civil italiano trata el tema de las perturbaciones de vecindad -a las que califica de *immisioni*- de manera más suave, y enfoca el problema exactamente en sentido contrario. La norma italiana plantea, en primer lugar, que el propietario no puede impedir la penetración dentro de su predio de humos o calores, exhalaciones, ruidos, trepidaciones y otras propagaciones similares que provengan del predio vecino; y sólo como excepción dice que tendrá acción si superan el límite de tolerancia normal. Adicionalmente, agrega incluso una atenuación de tal excepción, al facultar al Juez para que tenga en cuenta las exigencias de la producción frente a las de la propiedad; con lo que hace muy difícil toda reclamación contra las industrias, que son propiamente las grandes contaminantes. Es por ello que la jurisprudencia italiana en esta materia no es muy útil para la defensa del medio ambiente porque, como dice Patti, el juez italiano ha utilizado generalmente el artículo 844 para

considerar que las consecuencias dañosas de la actividad industrial son generalmente inevitables y ha consentido de esa manera en el sacrificio del ambiente en favor de los intereses de la empresa<sup>8</sup>.

En cambio, la regla contenida en el artículo 961 del Código Civil peruano toma el problema desde el otro punto de vista: no desde la perspectiva de la eventual inevitabilidad del acto que causa el daño, sino de la necesidad de evitarlo. Comienza planteando que el propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su actividad industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades vecinas y la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Y, acto seguido, en párrafo aparte, prohíbe los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos. Por consiguiente, la prohibición que el legislador italiano ha visto en negativo, como excepción y en segundo plano dentro de la regla, el legislador peruano la ha planteado en positivo, como norma y en primer plano. Para decirlo en otros términos, el legislador italiano de 1942 ha redactado la regla desde la perspectiva de la modernidad, con una lógica que prioriza la producción de bienes y servicios; en cambio, el legislador peruano de 1984 -cuarenta años después- ha redactado la misma regla desde una perspectiva de incipiente post-modernidad, en la que comienza a asomarse -todavía tímidamente- una lógica que enmarca la producción y la actividad humana en general dentro de la preocupación ambiental y ecológica.

De la misma manera, el legislador italiano en el artículo 833 prescribe que el propietario no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que dañar o molestar al otro. El legislador peruano en el artículo equivalente -el 924 del Código Civil de 1984- ha ido mucho más lejos porque establece que aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados. Como puede verse, el Código Civil peruano prevé no sólo un remedio frente al daño ya realizado sino también una prevención al incluir

<sup>6</sup> Artículo 961 del Código Civil de 1984.

<sup>7</sup> Artículo 924 del mismo Código.

<sup>8</sup> PATTI, Salvatore. *La tutela civile dell'ambiente*. Cedam, Padova, 1979. pp. 55-56. Un material muy interesante sobre este tema en el Derecho italiano y en el Derecho alemán, puede encontrarse en ALPA, Guido. *Sistemi Giuridici Comparati*. Università degli Studi di Genova. Facoltà di Giurisprudenza, Genova. El texto incluye trabajos de Guido Alpa y de Alessandro Somma, así como la legislación italiana y alemana.

la hipótesis de la amenaza de daño. De otro lado, el legislador peruano no se ha adherido a ninguna de las teorías sobre el exceso o abuso del derecho; no ha definido esa figura como el daño sin utilidad para quien lo causa, como lo hace el Código italiano. En consecuencia, la institución tienen una mucho mayor capacidad de desarrollo con la ayuda de la doctrina y de la jurisprudencia y cabe considerar que puede haber abuso aun cuando el que abusa obtenga un beneficio. Por último, el Código Civil peruano señala la naturaleza de los remedios exigibles y entre ellos faculta no sólo a reclamar una indemnización sino también a impedir directamente la acción productora del daño; lo que ciertamente es muy útil en el caso del daño ambiental y permite pasar de la esfera del interés individual a la del interés social.

De otro lado, el Código Civil nos proporciona esa utilísima arma de la responsabilidad extracontractual. Así como todo aquél que es atropellado en la calle tiene la posibilidad de ejercitar una acción para que le paguen su curación y demás perjuicios sufridos, también las víctimas de daños por contaminación tienen el derecho de exigir una indemnización al agente contaminante demandándolo directamente ante el Poder Judicial.

En el Perú, la utilización de la responsabilidad extracontractual como defensa ambiental tuvo antecedentes bastante tempranos. En 1936, doña Elvira Santa María de Bazo, representante de la Testamentaría de don Juan Bazo Velarde, demandó a la empresa minera Cerro de Pasco Copper Corporation para que ésta indemnizara los daños que le habían causado los humos de la fundición de La Oroya en su ganado lanar y vacuno. Dos grandes abogados de la época asumieron la defensa de cada lado: Manuel Augusto Olaechea por la empresa ganadera y Ernesto de la Jara por la empresa minera. El doctor Olaechea planteó la responsabilidad de la causante de los humos sobre la doble base de la culpa y el riesgo y sostuvo incluso que la operación de la fundición y la emisión de los humos constituían un acto deliberado y constante de libre determinación. Por su parte, la empresa minera se defendió alegando que la acción nociva es inherente a la industria metalúrgica y que no estaba en sus manos remediarla. El juicio fue ganado por el demandante y Cerro de Pasco Copper Corporation tuvo que pagar por los daños causados<sup>9</sup>.

En realidad, la acción de responsabilidad está dirigida a obtener un fin individual: obtener una reparación por el daño causado. Sin embargo, debemos tener presente que nada en la vida social tiene un efecto exclusivamente individual: toda acción provoca resonancias y rebotes, cada acción es como una piedra que se arroja en el agua y produce ondas que perturban la tranquilidad de todo el estanque; y de esta manera, la acción de responsabilidad puede tener también efectos sociales y cumplir una función subsidiaria de erradicación y desaliento del daño ambiental en tanto que daño intolerable. Hacer responsable al agente contaminante y obligarlo a pagar una indemnización por ello es de alguna manera no sólo reparar a una víctima sino también obligar a internalizar el costo ambiental dentro de la contabilidad de la empresa o actividad contaminadora, lo que incrementa el precio de sus productos y los hace económicamente menos deseables. Así, además de solucionar el problema inmediato de un individuo afectado, la acción de responsabilidad extracontractual tiene como subproducto, por la vía del mercado, un efecto *deterrence* que tiene un valor social y que constituye un aporte a la lucha de la sociedad por la preservación del ambiente.

Es verdad que el uso de la responsabilidad extracontractual con estos fines se encuentra con algunos problemas teóricos, tanto substantivos como procesales, que todavía no han sido resueltos de manera satisfactoria.

En particular, la dificultad más grave obedece a que la responsabilidad extracontractual ha sido concebida pensando fundamentalmente en daños interindividuales entre partes perfectamente definidas. En cambio, los daños ambientales se producen usualmente en condiciones masivas donde no siempre es posible una fácil identificación del responsable ni de la víctima: no se sabe bien quién entre los muchos que han actuado de manera contaminante es en particular el que causa el daño específico que se reclama; y tampoco se sabe con precisión cuántas personas han sido dañadas por esa actividad contaminante. De esta manera, la antigua responsabilidad y el antiguo interés que tenían un carácter individual y específico, se convierten en responsabilidades e intereses colectivos y muchas veces difusos.

Esto implica un desafío a los juristas, que no pueden ignorar esta realidad y que tienen que encon-

<sup>9</sup> Vid. mayores detalles en TRAZEGNIES, Fernando de. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988. t.II, n° 586 y 594, pp. 336-337 y 348-30. V. etiam OLAE-CHEA, Manuel P.(ed.) *Estudio Olaechea 1878-1978*. Lima, 1978. pp. 207-214.

trar un camino jurídico para encauzarla. Primero la doctrina y la jurisprudencia y más tarde la ley, tendrán que abrir paso tanto a las demandas masivas que resultan de los daños colectivos como a la necesidad que tiene el sistema de controlar a los agentes contaminantes. Existen antecedentes doctrinarios que pueden servir cuando menos de guía para desarrollos de esta naturaleza. Los antiguos romanos, con esa sabiduría jurídica que todavía nos asombra, habían previsto la posibilidad de responsabilidades cuyo causante no pudiera ser determinado individualmente, como en el caso de la *actio de deiectis vel effusis*: si de la ventana de una casa una persona anónima arrojaba agua sucia u otros desperdicios a la calle (lo que podía ser muy frecuente en una sociedad sin una red pública de desagüe), el peatón que resultaba desagradablemente mojado podía demandar a cualquiera de los habitantes de esa casa, sin tener que precisar quién había sido el que efectivamente causó el daño. Evidentemente, con el tiempo y los servicios públicos, el caso de los excrementos arrojados desde una ventana perdió importancia, y los Códigos modernos han olvidado esta acción. Sin embargo, lo interesante no era la forma concreta y pintoresca de causar el daño, sino el principio de responsabilidad difusa que estaba implícito y que ahora vuelve a cobrar interés en el caso del medio ambiente; sin mencionar las nuevas *effusiones* y *deiectiones* industriales del mundo moderno que resultan equivalentes, pues las actuales fábricas suelen arrojar también sus excrementos al aire o a los ríos y mares sin preocuparse de a quién le caiga el problema.

Pero, sin lugar a dudas, uno de los intentos más efectivos de canalizar judicialmente la rebelión de las masas en defensa del medio ambiente ha sido la llamada *class action* o acción de clase, creada por el Derecho norteamericano. La novedad jurídica de este concepto procesal, la imaginación práctica con que se la ha desarrollado que permite obtener un financiamiento bancario para procesos que exigen pruebas muy costosas y la necesidad de representación de los intereses difusos, hace que se trate de una de las figuras más interesantes del Derecho contemporáneo. Ciertamente, es una institución que requiere ser afinada cuidadosamente, pues toda timidez puede convertirla en una entelequia inocua pero también todo exceso puede introducirnos en un peligrosísimo camino a la anarquía y a la desarticulación del mercado. Por último, *last but not least*, aun cuando no se trate de una estrategia de Derecho Privado, pero sí de una estrategia privada, los particulares pueden movilizar la justicia penal para proteger el medio ambiente. Tanto el Código del Medio Ambiente como el nuevo Código Penal tipifican diversos deli-

tos de carácter ecológico, tales como la emisión industrial de residuos contaminantes, la caza no autorizada, la destrucción de bosques dentro de las áreas protegidas. Es interesante advertir que estos delitos contra la ecología, que pueden ser denunciados por cualquiera aun cuando el denunciante no tuviera un interés directo, alcanzan incluso a los funcionarios estatales que otorguen permisos y licencias sin observar las exigencias de las leyes y reglamentos sobre el medio ambiente.

#### IV. LA PRACTICA DEMOCRATICA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

La propuesta que he querido plantear en esta exposición consiste en que los problemas de contaminación no deben ser considerados exclusivamente dentro de la esfera del Derecho Administrativo, sino que las personas privadas tienen también un derecho y un deber de participar en esta lucha en favor del medio ambiente. En países de tradición estatista -como lamentablemente es el nuestro (estatismo de derecha, estatismo de izquierda o estatismo de centro)- todo se espera del Estado. El individuo por sí sólo se considera impotente, no encuentra otro medio de acción que aspirar a llegar al poder (si es político) o a que llegue el Partido de su simpatía (si no lo es), para que componga las cosas desde arriba. En cambio, desde abajo, desde la sociedad civil, no se puede hacer nada, salvo quizá colocar una perdida carta de protesta en algún diario o enviar un ineficaz ruego a algún congresista (si tiene acceso a alguno) para que pida una investigación sobre el particular.

Sin embargo, la revisión que hemos efectuado de las armas legales para que todo ciudadano pueda participar en esta lucha nos revela la existencia de un verdadero arsenal que se usa muy poco. En verdad, nuestro sistema jurídico coloca en manos del individuo posibilidades muy grandes de luchar por sus derechos, sin necesidad de ejercer ningún cargo público ni tener ningún tipo de influencias ni de amistades políticas. Y creo que la verdadera democracia consiste en la utilización de esas posibilidades, en la acción decidida de la sociedad civil que exige, reclama y hace respetar sus derechos. Por eso, un país democrático supone una acción ciudadana, supone que ese llamado «hombre de la calle» -ya sea individualmente o agrupado en organizaciones representativas- exija con energía que se respete aquello que considera su derecho. La acción privada ciudadana es un síntoma de salud democrática y de madurez cívica.

Quizá alguien pueda tener la impresión de que, al proponer este activismo civil, estoy incitando a una suerte de subversión por la vía judicial, estoy promoviendo una agitación social que socavará los cimientos de las empresas, de la administración pública, del orden económico y del desarrollo. Sin embargo, el Estado y las empresas serias cada vez están tomando más consciencia de la importancia del tema ecológico; y el desarrollo eco-

nómico es un mero espejismo falaz si no es respetuoso del ambiente. Por consiguiente, la agitación propuesta no se dirige en todo caso contra el orden, sino contra el desorden que instauran algunos anárquicos agentes contaminantes a los que nadie enfrenta.

De otro lado, nos guste o no nos guste, la democracia tiene fatalmente una naturaleza agitada.