

## CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

**Pierre Foy Valencia\***

*Desde los modelos de fiscalización y control posibles hasta los principios de responsabilidad por el daño ambiental, muchos no somos tan conscientes de la evolución de nuestra normativa ambiental como de nuestra legislación civil o penal, intrínsecamente relacionadas.*

*El autor nos ofrece un recuento explicativo de los cambios normativos y un presagio de los modelos internacionales presentes en Latinoamérica y el mundo. Nos plantea, así, el reto de actualizar el modelo ambiental peruano.*

\* Profesor Asociado de la PUCP en Derecho Ambiental. Miembro de IDEA PUCP. Profesor en la UNALM y UNMSM. Responsable del Estudio Foy Valencia - Derecho Ambiental. Co Director Consorcio en Derecho Ambiental Foy & Valencia.

## 1. BREVE MARCO CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL (JUSTICIA AMBIENTAL)<sup>1</sup>

El impacto de las consideraciones ambientales en los sistemas jurídicos contemporáneos marca el surgimiento del Derecho Ambiental<sup>2</sup>. La responsabilidad por daño o peligro, columna vertebral de todo sistema legal, no podía estar ajena a este *jus novo*, adquiriendo singular relevancia y contenido debido a la naturaleza del daño involucrado<sup>3</sup>, el cual disiente radicalmente de los paradigmas convencionales postulados para el Derecho Constitucional, Penal, Administrativo o Civil.

La literatura sobre el daño ambiental es cada vez más creciente y compleja<sup>4</sup>, máxime si tenemos en cuenta que, como acaso en ninguna otra *jus* disciplina, las fuentes materiales y formales se

encuentran profundamente relacionadas. En efecto, las fuentes materiales sobre este daño jurídico pretenden basarse en explicativas de orden técnico e interdisciplinario, desbordando las aproximaciones meramente jurídicas. Lo extra jurídico (por ejemplo, las dinámicas de los ecosistemas, las diversas formas de contaminación, los diferentes tiempos o ritmos en que se manifiestan y acumulan los daños, la incertidumbre causal, entre otros aspectos) condiciona sensiblemente el ciclo de vida de los sistemas jurídicos ambientales, ya sea en sus procesos de génesis normativa, aplicativa, evolutiva o re(de) generativa.

Los diversos documentos ecuménicos sobre el desarrollo sostenible y sus antecedentes dan cuenta del rol que se le asigna a este daño en el marco de la relevancia que a su vez le confieren a los aspectos jurídico-institucionales<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Por razones de espacio, en el presente ensayo sólo abordaremos consideraciones conceptuales generales sobre la justicia ambiental y las referidas al ámbito Constitucional y Administrativo. Los aspectos penales, civiles y de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos ambientales, serán desarrollados en otra oportunidad.

<sup>2</sup> "En busca del Derecho Ambiental I". En: "Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas". Lima: PUCP. 1997. p. 37-170.

<sup>3</sup> Ver: GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. "La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina". México: PNUMA, ORPALC. 2003.

<sup>4</sup> Ver: CIFUENTES, Saúl y otros. "Protección jurídica al ambiente. Tópicos del Derecho Comparado". México: Editorial Porrúa. 2002.

<sup>5</sup> Ver el siguiente cuadro sinóptico:

DOCUMENTO	PRINCIPIO O DERECHO
Informe Bruntland (Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1987)	Capítulo 12 punto 5: Proporcionar recursos jurídicos como el reconocimiento de derechos y deberes ambientales, una Declaración Universal sobre Protección Ambiental, fortalecer y ampliar Convenios Internacionales Ambientales vigentes, evitar y arreglar controversias ambientales.
Cuidar la Tierra Estrategia Mundial para Construir Sociedades Sostenibles (UICN PNUMA / WWF, 1991)	El Resumen de Proyectos de Principios Jurídicos: postula la igualdad en el acceso y proceso imparcial en procedimientos administrativos y judiciales ambientales.
Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD, Río 1992)	Capítulo 8: Proporcionar un marco nacional para la integración del desarrollo y la conservación. Acción 8.5: Instituir un amplio sistema de Derecho Ambiental y velar por su aplicación y cumplimiento ( <i>verbi gratia</i> , imponiendo sanciones disuasivas, adjudicando responsabilidades por pérdidas ambientales irreparables, asegurar a los ciudadanos el derecho a actuar en procedimientos judiciales y administrativos, contribuyendo a hacer cumplir la ley e imponer recursos por daños ambientales. Principio 10: El acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. Derecho a un recurso efectivo. Principio 13: Los Estados deben desarrollar una legislación nacional relativa a la responsabilidad e indemnización respecto a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
La Agenda 21 (CNUMAD, Río 1992)	Capítulo 8, punto 8.18: Establecimiento de procedimientos judiciales y administrativos de indemnización y reparación por daños al ambiente. Propiciar el acceso de personas, grupos y organizaciones que tengan interés jurídico reconocido.
Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente (Ginebra, 1994)	Principio 22: Para la práctica eficaz de los derechos al ambiente adecuado, se consideraran, entre otros recursos, los administrativos y judiciales, los medios de reparación efectivos por daños ambientales o el peligro de dichos daños.

La acepción “Justicia Ambiental”, planteada durante los últimos tiempos en la región<sup>6</sup>, proviene en realidad de la experiencia norteamericana de los años ochenta; en ella, un estudio demostró que tres de cada cuatro depósitos de desechos peligrosos se localizaba al interior de comunidades afro americanas. Con esta revelación, saltó a la palestra la discusión sobre la desigualdad –discriminación– respecto el riesgo ambiental<sup>7</sup>. En nuestro país, en el marco de una discusión sobre la reforma del derogado Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, se quiso consagrar esta denominación –aunque no bajo tales consideraciones críticas– en un título sobre Justicia Ambiental que finalmente se sentó bajo la acepción convencional de Responsabilidad por Daño Ambiental, ubicado en el Título IV de la Ley General del Ambiente (Ley 28611), así como en una mención en su Título Preliminar.

La Justicia Ambiental “se entiende como la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales –pero también administrativas– de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”<sup>8</sup>. Sin embargo, como revela Brañes, existen muchos problemas, barreras u obstáculos para que ésta se pueda canalizar adecuadamente. Las consabidas críticas a los sistemas de administración de justicia son extendidas y complejizadas por la dimensión ambiental; es el caso del costo y tiempo del litigio; poder de los litigantes y su diferente capacidad económica y técnica; su capacidad de organización;

la complejidad científico-técnica de los casos ambientales; la naturaleza de intereses en juego (“intereses colectivos y difusos”); personas indeterminadas e indeterminables; la participación de órganos que representen dicho interés; la necesidad de un marco jurídico congruente con la naturaleza de tales intereses; las discusiones sobre la conveniencia de tribunales especializados en lo ambiental o métodos de composición privada de los conflictos por especialistas en la materia; entre otras. En consecuencia, estas dificultades en el acceso a la Justicia Ambiental no sólo revelan la ineficacia del Derecho Ambiental, sino que comprometen y ponen en tela de juicio la real protección ambiental, así como la viabilidad del desarrollo sostenible.

En resumen, hoy en día tanto en el escenario internacional como del Derecho Comparado y Nacional se legitima el concepto de “acceso a la justicia ambiental”.

## 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO<sup>9</sup>

Nuestro sistema jurídico contempla constitucionalmente la cuestión ambiental desde 1979 (artículo 118)<sup>10</sup>; sin embargo, no fue sino hasta septiembre de 1990, con la expedición del Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (en adelante, “CMARN”), que se asumió de modo enérgico y sistemático el tema ambiental. En el Perú, al igual que en otros países de América Latina y el Caribe, existía una profusa

Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente (Bilbao, 1999)	Artículo 4: Transparencia administrativa y derechos de las personas en materia ambiental; acceso a la información y participación; a la organización para defender el medio ambiente. Artículo 5: Derecho a un recurso efectivo en instancia nacional e internacional. Artículo 6: Derecho a la reparación de personas o grupo de ellas.
Carta de la Tierra (versión 2000)	Principio 13-d: Instituir acceso efectivo y eficiente de procedimientos administrativos y judiciales independientes, incluyendo las soluciones y compensaciones por daños ambientales y por la amenaza de tales daños.

<sup>6</sup> BRAÑES, Raúl. “El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho ambiental y desarrollo sostenible”. México: ALDA. 2000.

<sup>7</sup> El primer estudio de “racismo ambiental” (1987) encontró que la composición racial del vecindario era la mejor forma de prever dónde se ubicaría un depósito de sustancias tóxicas en EEUU, incluso más que otras variables medidas como ingreso, valor de la propiedad y proximidad a los mercados. GOLDMAN, Benjamin. “What is the future of environmental justice?”. 1996. Antipode 28:2. pp. 122-141. En: <http://www.programabecas.org/numero/11/11.12.htm>; ver también: BRYANT, Bunyan (Editor). “Environmental Justice. Issues, Policies, and Solutions”. Washington DC: Island Press. p. 995.

<sup>8</sup> BRAÑES. Op. cit., Loc. Cit.

<sup>9</sup> Una visión sistemática del sistema jurídico ambiental peruano hasta el año 2001 puede encontrarse en: “En busca del Derecho Ambiental II”. En: “Derecho y Ambiente. Nuevas aproximaciones y estimativas”. Lima: PUCP. 2001. p. 21-102.

<sup>10</sup> Reiterándola en otros términos en la Constitución de 1993.

legislación inconexa, contradictoria y reiterativa<sup>11</sup>, pero con importantes antecedentes normativos<sup>12</sup>.

Con el CMARN<sup>13</sup>, por primera vez se reconoce la legitimación que expresamente tienen las personas para interponer acciones en defensa del medio ambiente. Así, en el artículo III de su Título Preliminar se señala que “[t]oda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. Se puede interponer acciones aun en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante. El interés moral autoriza la acción aún cuando no se refiera directamente al agente o a su familia”.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de las Inversiones Privadas (1991), prescribirá en su Décima Primera Disposición Complementaria: “[q]uien inicie una acción ante el Poder Judicial al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Decreto Legislativo 613 que sea desestimada, será responsable por los daños y perjuicios que hubiera causado”.

De otra parte, el CMARN, en sus disposiciones finales, contenía ciertas disposiciones sobre la competencia para las acciones ambientales (artículo 137, sustituido por el Decreto Legislativo 757), la contienda de competencia (artículo 138), la apelación en efecto devolutivo respecto a la Ley 23506 (artículo 139), el ejercicio de las acciones por violación o amenazas de derechos constitucionales ambientales por cualquier persona u organización no gubernamental; y las acciones de Abuso del Derecho (artículo 141). También contempló un capítulo “De las sanciones admi-

nistrativas” y “De los delitos y la penas”, derogado el año 1991 por el referido Decreto Legislativo 757.

### 3. LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE, LEY 28611 (2005)<sup>14</sup>

La Ley General del Ambiente (en adelante, “LGA”) sintetiza el desarrollo normativo ambiental precedente de los últimos quince años en el país, incorporando nuevas tendencias e instituciones jurídicas. A diferencia de su antecesor –el CMARN–, ésta desarrolla una mejor sistemática, en el marco de la cual se inscribe el Título IV sobre Responsabilidad por daño ambiental<sup>15</sup>. No obstante, el tratamiento al interior de dicho título no es muy sistemático, sino más bien desordenado, pues los aspectos generales no son deslindados de los relativos a temas civiles o administrativos. De acuerdo con este título, podemos invocar determinados alcances del Título Preliminar<sup>16</sup>, en especial su artículo IV:

“Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

<sup>11</sup> La tendencia normativa de nuestro sistema jurídico anterior al CMARN: normativa asistemática y reiterativa; sectorializada; yuxtapuesta; no especializada (entiéndase como ausencia de instrumentos de gestión ambiental); desvinculada de las normas sobre desarrollo económico y actividad empresarial; escasa articulación e implementación de la normativa internacional; burocrática; no descentralista. En buena cuenta: sin visión holística y carente de una política y concepción de gestión ambiental que conduzca u oriente al sistema jurídico nacional.

<sup>12</sup> Ley General de Aguas, Decreto Legislativo 17752 de 1969, así como sus diversos Reglamentos; Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Legislativo 21147 de 1975, y Reglamentos, incluido lo relativo a las unidades de conservación –luego ampliada bajo el concepto de Áreas Naturales Protegidas – Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva; Decreto Legislativo 22175, de 1978, y su Reglamento, Decreto Supremo 003-79-AA; el Reglamento de Clasificación de Tierras, Decreto Supremo 062-75-AG, así como diversos Convenios Internacionales, como la Convención para el comercio internacional de las especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES), Decreto Legislativo 21080 (1975), entre otros.

<sup>13</sup> Sobre el CMARN, ver: “10 años del Código del Medio Ambiente: oportunidades en el contexto de la globalización económica”. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Sociedad Nacional de Minería y Petróleo. UICN. 2002.

<sup>14</sup> Ver: FOY VALENCIA, Pierre. “El Derecho Ambiental Peruano y la Ley General del Ambiente, Ley 28611. Un estado de la cuestión”. En: Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académica. Lima: Instituto Pacífico. 2006.

<sup>15</sup> Capítulo 1: Fiscalización y Control. Capítulo 2: Régimen de Responsabilidad por el Daño Ambiental. Capítulo 3: Medios para la Resolución y Gestión de Conflictos Ambientales.

<sup>16</sup> Artículos: I.- Del derecho y deber fundamental; II.- Del derecho de acceso a la información; III.- Del derecho a la participación en la gestión ambiental; VI.- Del principio de prevención VII.- Del principio precautorio; VIII.- Del principio de internalización de costos; IX.- Del principio de responsabilidad ambiental.

De acuerdo con ello, se reconoce la legitimación amplia de las personas como accionantes con fines de protección ambiental –independientemente del accionar penal o administrativo– en concordancia con el artículo 134 de la LGA sobre la legitimidad para obrar<sup>17</sup>. Al respecto, es necesario diferenciar dos niveles o referentes de daño: de una parte, el daño patrimonial o a la salud de los particulares, ocasionado por un presunto daño ambiental; de la otra, el daño al ambiente “en sí mismo”. Debe entenderse que la norma se refiere a este último, dado que el primero se rige por las normas del Código Civil.

En lo que respecta al **principio de internalización de costos**<sup>18</sup>, conocido como “contaminador pagador”, éste suele confundirse con el de responsabilidad por daño, que implica mayormente un mecanismo de intervención “*ex post*” al acontecimiento dañoso. En realidad, el principio en cuestión tiene un carácter de intervención anticipada –“*ex ante*”– precisamente para evitar externalizar y no tener que responder luego por daños que se evitaron a su debido tiempo.

Si bien cualquier persona, en virtud de lo dispuesto por el artículo IV –y su concordancia, el 134–, puede invocar la protección ambiental, hay que distinguir lo siguiente:

- a. Si se trata de un daño al patrimonio o salud de los particulares, corresponde seguir las reglas convencionales del Código Civil sobre la indemnización patrimonial a las personas.
- b. En el caso de daño al ambiente en sí mismo, es posible que en una eventual demanda contra o ante una entidad pública, cualquier persona invoque o exija lo señalado en este artículo –y en lo que corresponda, el artículo IX– en el sentido de tener que asumir los costos mencionados por el daño ambiental en sí y NO por los eventuales daños patrimoniales a los individuos. En efecto, independientemente de si el accionante es una persona,

esto no implica que se deba indemnizar o resarcir a esa u otras personas en un eventual proceso por dicho daño, pues el camino que tendrían para ello sería la referida vía civil sobre indemnización patrimonial.

Sin embargo, en ambas posibilidades, para el o los accionantes siempre se presentarán las dificultades procesales antes mencionadas. Es inevitable estimar que esas posibilidades de accionar ciudadano estén siempre latentes.

En cuanto al principio de responsabilidad ambiental<sup>19</sup>, a la luz de este dispositivo se prevén rangos de medidas que deben ser adoptadas:

1. Restauración.
2. Rehabilitación.
3. Reparación.
4. Compensación en términos ambientales.

Este principio tiene que concordarse con dos dispositivos de la propia LGA:

“Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

A las medidas a ser adoptadas por el presunto afectador, según lo estipulado por el artículo IX,

<sup>17</sup> Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil.

<sup>18</sup> Artículo VIII.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

<sup>19</sup> El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

en el artículo 142 se suma la referencia a *mecanismos ex ante*, así como *ex post* del daño. No es, por tanto, solamente al supuesto de un daño ambiental ya producido (*mecanismos ex post*).

A fin de evitar el daño al ambiente (según el concepto indicado en el artículo 142.2), entonces, el alcance de la responsabilidad en dicho dispositivo habrá de entenderse en el sentido que deben tomarse las previsiones indicadas. Inclusive en un supuesto en que no se hubieran tomado tales prevenciones, ocasionando el subsecuente daño, se deberán adoptar las medidas de mitigación correspondientes. En consecuencia, habrá que contemplar los alcances del referido artículo IX, concordante con:

“Artículo 147.- De la reparación del daño<sup>20</sup>

La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

A manera de resumen, las implicancias por daño ambiental en la LGA se expresan en este cuadro:

Artículo IX.- del principio de responsabilidad ambiental	Artículo 147.- de la reparación del daño	Artículo 142.- de la responsabilidad por daños ambientales
1. Restauración.	1. Restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo.	Asumir costos de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Prevención y mitigación de daño.</li> <li>• Vigilancia y monitoreo de la actividad.</li> <li>• Medidas de prevención y mitigación adoptadas.</li> </ul>
2. Rehabilitación.	2. Recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados.	
3. Reparación.		
4. Compensación en términos ambientales.	3. Indemnización: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Compensar intereses afectados.</li> <li>• Contribuir a objetivos constitucionales ambientales y de recursos naturales.</li> </ul>	

*Aparentemente*, se está introduciendo un elemento indemnizatorio que se refiere ya no sólo al daño ambiental en sí, sino también a los intereses concernidos, con lo cual se abriría la entrada para que se incluya en términos patrimoniales a los potenciales afectados individuales como consecuencia del daño al ambiente. No habría una correspondencia exacta entre el artículo XI *in fine* (Compensación en términos ambientales) y el artículo 147 (Compensación de intereses afectados).

Este alcance del artículo 147 (Compensación de intereses afectados), habría que tenerlo muy presente, pues representa una potencial “ventana” que permitiría el ingreso de múltiples personas accionando pretensiones a fin de obtener compensaciones por los intereses afectados.

Este alcance resulta disonante con una lectura sistemática de la LGA<sup>21</sup>, en el sentido de innovar y

<sup>20</sup> Ver: LOPEZ, Hernán y Roberto DROMI (Director). “Reparación Ambiental”. Serie Servicios Públicos 4. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2002.

<sup>21</sup> Para corroborar la tesis del daño ambiental “en sí” revisemos lo que indica el “Artículo 152.- Del arbitraje y conciliación.- Pueden someterse a arbitraje y conciliación las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros que sean de libre disposición por las partes (...)”. Se reconoce, pues, que hay estos dos aspectos diferenciados asociados al daño ambiental.

reconocer “el daño ambiental en sí” como algo distinto al daño patrimonial de las personas, derivado de un daño ambiental (perseguible por los mecanismos convencionales del Código Civil); es por ello que debemos interpretar de manera restrictiva esta referencia a “compensar los intereses afectados” solamente en la medida en que se entienda por tales intereses los propios ambientales y no los de las personas. Por ejemplo, un interés afectado no patrimonial sería el paisaje, otro la calidad del agua o del aire.

Consideramos que el eje de la responsabilidad por daño ambiental en la LGA recae en este daño ambiental en sí mismo (extrapatrimonial), pero no en el más convencionalmente conocido daño patrimonial a los particulares.

La LGA no aborda consideraciones penales, salvo en el artículo 149 (del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental) y de alguna manera cuando se refiere a los Estándares de Calidad Ambiental (en adelante, “ECAs”) en el artículo 314<sup>22</sup>; tampoco especifica sobre la tutela constitucional, en el entendido que resultan suficientes los alcances del Código Procesal Constitucional.

Para una mejor didáctica sobre la cuestión, podría enfocarse de la siguiente manera<sup>23</sup>:

- a. Justicia Extraordinaria (Garantías Constitucionales).
  - Defensa de los Derechos Fundamentales.
    - Procesos de *Hábeas Corpus*<sup>24</sup>, Amparo, *Hábeas Data*, de Cumplimiento.
  - Defensa de la Constitución.
    - Proceso de Inconstitucionalidad.
    - Proceso de Acción Popular.
- b. Justicia Ordinaria.
  - Justicia Penal Ambiental.
  - Justicia Civil Ambiental.
- c. Justicia Administrativa.
- d. Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos.

#### 4. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES AMBIENTALES

La Constitución Política no se refiere explícitamente a mecanismos para la tutela ambiental, a diferencia de otros países<sup>25</sup>. Sin embargo, toda vez que el inciso 22 del artículo 2 regula el derecho que todo ciudadano tiene a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, resulta pertinente la Acción de Garantía Constitucional respecto a tal derecho (Proceso de Amparo). La relación ambiental deviene aplicable por medio de las otras acciones –procesos– de *Hábeas Data*, Cumplimiento, Inconstitucionalidad y Acción

<sup>22</sup> En el Derecho penal ambiental latinoamericano hay diferentes modelos de criminalizar lo ambiental. a) Leyes sectoriales protectoras de ciertos recursos naturales (como la antigua Ley Forestal y de Fauna Silvestre (1975), Código Sanitario (1969), Ley sobre Camélidos y Delfines; b) Leyes generales ambientales. Decreto Legislativo 613 CMARN (originalmente hasta Noviembre 1991), c) Códigos penales. Decreto Legislativo 635 (1991); Leyes penales ambientales especiales. En Brasil, la Ley 9.605, (12.02.1998) sobre Crímenes Ambientales; la Ley Penal del Ambiente en Venezuela (1992), entre otros. Sin salirnos del modelo c), se ha podido reformar el Código Penal, para superar las inconsistencias de su actual contenido penal ambiental.

<sup>23</sup> Reiteramos que los alcances del presente ensayo se limitan a los aspectos generales de la justicia ambiental y a las consideraciones constitucionales y administrativas.

<sup>24</sup> Poco vinculable desde la propia perspectiva aplicativa ambiental; por ejemplo, en caso de detención arbitraria contra activistas ecologistas, no es el Derecho al Ambiente lo que se invocará; algo similar sucederá cuando se quiere correlacionar ambientalmente con las otras acciones (procesos) distintas al Amparo. En España (1978). Artículo 45: 3 Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales, o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. En Paraguay (1992). Artículo 8: (...) El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar. En Colombia (1991). Artículo 80: El estado deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (pero tendrá derecho a repetir) (...). Artículo 268 (uno de los deberes del ministerio público es) (...) promover la acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas. Artículo 277: El Procurador General de la Nación (...) tendrá las siguientes funciones: 4.- defender los intereses colectivos, en especial el ambiente. Esta acción podrá ser interpuesta por el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (...).

<sup>25</sup> En Argentina (1994). Artículo 41: El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Artículo 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (...) contra todo acto u omisión (...) que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta constitución...en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente” (... esta acción podrá ser interpuesta por...) el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines”.

En Brasil (1988). Artículo 255: 3: Refiere que los infractores, sean personas jurídicas o naturales, que realicen conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente, están sujetos a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

En Chile (1980). Artículo 20: (...) procederá, también, el recurso de protección en el caso del numeral 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

En España (1978). Artículo 45: 3 Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales, o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Popular, no en razón al derecho al medio ambiente, sino en función a la naturaleza jurídica de los valores que tutelan tales acciones. En un sentido discursivo o calificativo, no técnico, se suele aludir al *Hábeas Data Ambiental* o a la Acción de Cumplimiento Ambiental. La propia mención de "Amparo Ambiental", no obstante ser la más próxima al tema, tampoco es correcta en términos procesales. En cuanto a las relaciones con el tema de la jurisdicción nacional y supranacional de los Derechos Humanos desde una perspectiva ambiental, éstas representan un potencial futuro escenario del debate jurídico ambiental, siempre que sigan las pautas jurisprudenciales respectivas<sup>26</sup>.

El Código Procesal Constitucional (Ley 28237) reestructura toda esta temática jurídica y explicita

que los procesos de amparo son las vías para la protección del derecho al medio ambiente, sin desmedro –añadimos– que se puedan utilizar los otros procesos constitucionales, conforme a su naturaleza en una perspectiva ambiental.

La jurisprudencia constitucional ambiental aún no adquiere un desarrollo consistente, habiéndose identificado contradicciones o diferentes tratamientos ante la colisión de derechos fundamentales como el del medio ambiente con otros derechos, al establecer la preeminencia de uno de ellos y fijar el criterio de ponderación<sup>27</sup>.

El siguiente cuadro permite apreciar los esfuerzos interpretativos de esta sede, que no podemos comentar de manera sistemática en el presente estudio panorámico.

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO <sup>28</sup>	
Sub Tema	Sumilla
Desarrollo sostenible o sustentable <sup>29</sup>	El principio de desarrollo sostenible o sustentable constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y mejores condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras (Fundamento jurídico 31).
Contenido esencial <sup>30</sup>	Se señala que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve (Fundamento jurídico 17).

<sup>26</sup> Sobre la jurisdicción supranacional en términos ambientales: C. El posible empleo del artículo 11 del Protocolo de San Salvador. "En varios casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado el Protocolo de San Salvador como norma de interpretación de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) el artículo 11 del Protocolo de San Salvador consagra escuetamente el derecho a un medio ambiente sano, de modo que, aunque no sea directamente invocable como derecho justiciable, podría traérselo a colación en las circunstancias adecuadas, como norma de interpretación del alcance de las obligaciones que emanan de otros derechos consagrados por la Convención Americana. De hecho, esto ya ha sucedido en el caso *Yakye Axa*". Según: Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Guía de defensa ambiental. Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. 2008. pp. 90 y siguientes.

<sup>27</sup> TORRES PORTILLA, Rocío del Pilar. "La protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Tesis Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Lima, Agosto del 2008.

<sup>28</sup> Fuente: Gaceta del Tribunal Constitucional.

<sup>29</sup> Resolución 2002-2006-CC/TC. Publicación: 27/06/2006. Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros.

<sup>30</sup> Resolución 0048-2004-PI/TC. Publicación: 01/04/2005. Caso de la Ley 28258, Ley de Regalía Minera.



Sub Tema	Sumilla
Exigibilidad <sup>31</sup>	El Tribunal Constitucional señala que, si bien es cierto que el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir que el Estado adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible, añadiendo que esta labor es especialmente importante para el goce de dicho derecho (Fundamento jurídico 2.c).
Naturaleza <sup>32</sup>	Se ha afirmado la naturaleza reaccional y prestacional del derecho a un ambiente equilibrado. Con relación al primer aspecto, se entiende que el derecho a un ambiente equilibrado exige que el Estado se abstenga de realizar actividades de degradación que afecten el ambiente. Por su parte, el aspecto prestacional exige que el Estado implemente políticas de prevención y de conservación del ambiente (Fundamento jurídico 2.c).
Derechos económicos, sociales y culturales (DESC) - Normas programáticas <sup>33</sup>	Se ha señalado que los DESC no son meras normas programáticas o de aplicación mediata, sino que su satisfacción, en mínimos niveles, es presupuesto necesario para el pleno y efectivo goce de los derechos civiles y políticos o de aplicación inmediata (Fundamento jurídico 10).
Política nacional ambiental <sup>34</sup>	A través de esta política, el Estado concreta su obligación de desempeñar programas que impliquen actividades que tiendan a preservar y conservar el ambiente, y así poder asegurar el desarrollo integral de las futuras generaciones de peruanos (Fundamento jurídico 2.f).
Política nacional ambiental <sup>35</sup>	Se delimitan las obligaciones del Estado que se derivan de la política nacional del ambiente (Fundamentos jurídicos 31-33).
Principio precautorio y Principio de prevención <sup>36</sup>	El "principio precautorio" o también llamado "de precaución" o "de cautela" se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Éste exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquél opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de éste (Fundamento jurídico 4).

<sup>31</sup> Resolución 3510-2003-AA/TC. Publicación: 30/06/2005. Caso Julio César Huayllasco Montalvo.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Resolución 2016-2004-AA/TC. Publicación: 08/04/2005. Caso José Luís Correa Condor.

<sup>34</sup> Resolución 3510-2003-AA/TC. Ibid.

<sup>35</sup> Resolución 0048-2004-PI/TC. Ibid.

<sup>36</sup> Resolución 3510-2003-AA/TC. Ibid.

Sub Tema	Sumilla
Recursos naturales <sup>37</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Los recursos naturales pueden ser definidos como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general.</li> <li>● Tales recursos en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual, conforme refiere el artículo 66 de la Constitución, cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por ley orgánica (además de las regulaciones específicas previstas en leyes especiales), y teniendo en cuenta que, en ningún caso, dicho aprovechamiento sostenible puede quedar librado de la búsqueda del bienestar general, como núcleo instrumental y finalista derivado no sólo de su condición de patrimonio nacional, sino de principios fundamentales informantes de todo el compendio constitucional formal y sustantivo (Fundamentos jurídicos 5-7).</li> </ul>
Recursos naturales <sup>38</sup>	El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. De conformidad con el artículo 66 de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación, y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales (Fundamento jurídico 4).
Recursos naturales <sup>39</sup>	Se delimita el alcance de la disposición constitucional que le reconoce protección a los recursos naturales, sabiendo que éstos pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre (Fundamentos jurídicos 28 y 29).
Relación con la producción económica <sup>40</sup>	Se enuncian los principios que vinculan la relación entre la producción económica y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la persona (Fundamento jurídico 18).

<sup>37</sup> Resolución 00003-2006-AI/TC. Publicación: 19/09/2006. Caso Franja Electoral.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Resolución 0048-2004-PI/TC. Ibid.

<sup>40</sup> Ibidem.

Sub Tema	Sumilla
Relación con la producción económica <sup>41</sup>	Se ha considerado que esta relación se guía por siete principios. En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: <b>a)</b> el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); <b>b)</b> el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; <b>c)</b> el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; <b>d)</b> el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; <b>e)</b> el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; <b>f)</b> el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, <b>g)</b> el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.
Responsabilidad social <sup>42</sup>	Se precisa que la responsabilidad social implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general (Fundamentos jurídicos 22-26).

En síntesis, se aprecia un esfuerzo por incorporar la dimensión ambiental en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, se advierten imprecisiones conceptuales o insuficiente profundización; por ejemplo, al referirse al principio precautorio o la responsabilidad social.

## 5. CONSIDERACIONES ADMINISTRATIVAS AMBIENTALES

### A. Aspectos generales

La relación del Derecho Administrativo con las preocupaciones ambientales representa una de las temáticas más antiguas –y paradójicamente más actuales– en la disciplina del Derecho

Ambiental, habiendo tenido sus principales expresiones inicialmente en la normativa sanitaria, la regulación del aprovechamiento de los recursos naturales desde una óptica sectorial y economicista, así como en las autorizaciones y licencias respecto a determinadas actividades. En ese contexto, posteriormente se irá generando una discusión y aproximación normativa relacionada con el daño ambiental desde esta perspectiva administrativa y de cómo identificar y regular la consecuente responsabilidad.

Actualmente, uno de los temas centrales del Derecho Administrativo Ambiental está referido a los nuevos escenarios de actuación o títulos de intervención de la administración pública, así

<sup>41</sup> Resolución 3510-2003-AA/TC. Ibid.

<sup>42</sup> Resolución 0048-2004-PI/TC. Ibid.

como los alcances del poder sancionador (el proceso sancionador administrativo ambiental); en relación con lo primero, es interesante la

aproximación de Vicente Giménez (2000), que podríamos graficar de la siguiente manera:

Instrumentos jurídicos administrativos tradicionales al servicio de la preservación del entorno	Renovación del instrumental administrativo por exigencia de las peculiaridades del bien jurídico objeto de protección <sup>43</sup>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Actividad de policía ambiental: autorizaciones y licencias ambientales generales y sectoriales; fijación de umbrales y franjas de contaminación tolerables.</li> <li>2. Zonificación y planificación ambiental.</li> <li>3. Institución del dominio público y la protección ambiental: la utilización de los bienes demaniales: por lo general recursos naturales con evidente implicancia ecológica.</li> <li>4. Disfunciones territoriales en la planificación de las autonomías (en particular los espacios litorales para el caso de España).</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Técnicas obligatorias: <ul style="list-style-type: none"> <li>• La evaluación de impacto ambiental.</li> <li>• La responsabilidad por daños ambientales.</li> </ul> </li> <li>2. Técnicas voluntarias: sistemas de gestión, auditorías y etiquetado ecológico.</li> </ol>

En buena cuenta, hoy en día se desarrollan diversas técnicas jurídicas de protección ambiental, es decir, instrumentos de intervención administrativo- ambiental. Ya sea mediante técnicas de intervención pública (es el caso de las ordenaciones ambientales nacionales, regionales o locales), de fomento (que sin ser imperativas buscan alcanzar ciertos fines ambientales), medidas represivas (en el caso del Derecho Administrativo Sancionador) o medidas económicas y complementarias (por ejemplo, Reglamento de Protección Ambiental de las Actividades Industriales Manufacturera, Decreto Supremo 019-97-ITINCI)<sup>44</sup>.

En nuestros países (América Latina y el Caribe), la aplicación de la legislación ambiental depende en buena medida de los organismos administrativos creados por los propios sistemas –o diríamos

subsistemas– jurídicos para la protección ambiental o conexos (por ejemplo: Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), puesto que sobre éstos recae la tarea de implementar un número importante de mandatos ambientales. Desde esa óptica, se dota a los organismos de atribuciones normativas y ejecutivas, entre las que se incluyen la potestad de normar y aplicar sanciones administrativas cuando se contravienen las disposiciones de la legislación ambiental, léase el *jus punendi* de la Administración<sup>45</sup>.

#### B. Potestad sancionadora administrativa ambiental

Surge como una temática relevante en el marco de discusión doctrinal y normativa sobre la

<sup>43</sup> Podrían incluirse nuevos aspectos como el de la intervención integral de la administración ambiental; ver: MATIES GARCÍA, Joan. "Mejores técnicas disponibles, MTD". Derecho medioambiental de la empresa y de las corporaciones locales. Barcelona: Atelier. 1999.

<sup>44</sup> ALONSO GARCIA, Consuelo y José Antonio MORENO MOLINA. "Técnicas de protección ambiental: Instrumentos de intervención administrativa". En: AA. VV. Lecciones de Derecho del Medio Ambiente. Valladolid: Editorial Lex Nova. 2002.

<sup>45</sup> BRAÑES. Op. Cit. p. 8.

naturaleza del denominado *jus punendi* del Estado y sus expresiones más específicas en los ámbitos penal y administrativo. La identidad entre los ordenamientos mencionados, es decir el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, hoy en día se sustenta en ser constitucional no obstante no encontrarse expresamente especificada esta potestad administrativa; sin embargo, se colige de determinados fundamentos constitucionales<sup>46</sup>:

- Por considerar que se trata de un reconocimiento indirecto o implícito como corolario de las competencias de la Administración Pública (fundamento de índole práctico).
- Por considerar que existe un *jus puniendi* Genérico del Estado que deriva en ambas disciplinas sancionadoras. Desde el Derecho Comparado, podríamos referir que la Sentencia 18/1981 del Tribunal Constitucional Español "(...) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (...) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales"<sup>47</sup>.

En este contexto se inscriben los principios que guían dicha potestad sancionadora del Estado, desarrollados de manera exhaustiva por la doctrina contemporánea y habiéndose plasmado de *iure* en nuestro ordenamiento legal en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, artículo 230<sup>48</sup>. 1) legalidad; 2) debido procedimiento; 3) razonabilidad; 4) tipicidad; 5) irretroactividad; 6) concurso de infracciones; 7) continuación de infracciones; 8) causalidad; 9) presunción de licitud; 10) *non bis in idem*.

Con anterioridad a la Ley 27444, Jorge Danós extraía del ordenamiento administrativo y penal ordinario algunos principios que resultaban aplicables a todas las manifestaciones de la

potestad sancionadora de la administración pública: Principio de Legalidad o de reserva de Ley, Principio de Retroactividad de la norma penal más favorable, derecho da la presunción de inocencia y el principio de *non bis in idem* o la prohibición de la duplicidad de sanciones administrativas y penales.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Ambiental, se suelen considerar –sin ser excluyentes– como los principios rectores del derecho administrativo y su aplicación para la protección ambiental<sup>49</sup>:

- Principio de legalidad y de tipicidad.
- Principio *non bis in idem*, como articulación entre la represión administrativa y la represión penal de los ilícitos ambientales.
- Principio de culpabilidad y su modulación en el ámbito sancionador administrativo: la responsabilidad solidaria y la responsabilidad de las personas jurídicas.

Acaso el **principio del *non bis in idem***, orientado a evitar la duplicidad de sanciones –uno de los más distintivos en relación con dicha potestad sancionadora– pueda ofrecer dificultades en cuanto a su aplicación desde una perspectiva ambiental, máxime considerando la proliferación de entidades a las que les asigna competencias ambientales en nuestro ordenamiento legal. En efecto, no siempre resulta evidente diferenciar la concurrencia de la identidad del sujeto, del hecho y de los fundamentos jurídicos que sustentan la imposición de la sanción. En su oportunidad, ello tendrá que ser discernido por la propia jurisprudencia nacional<sup>50</sup>.

En cuanto al sistema jurídico ambiental peruano en relación con acciones legales de Derecho Administrativo Ambiental, cabría considerar que el tema de la legitimación del accionante fue originalmente previsto en el artículo III del Título Preliminar del CMARN. Si bien se admitía que cualquier persona tenía el derecho para formular denuncias ante infracciones administrativas de carácter ambiental, era discutible que quien

<sup>46</sup> PEDRESCHI, Willy. "Análisis sobre le potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley N° 2744, Ley del Procedimiento Administrativo General". En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte. Lima: ARA Editores. 2003. pp. 504-510.

<sup>47</sup> PEDRESCHI. Ibid. p. 508.

<sup>48</sup> En el estudio de PEDRESCHI se analizan estos principios. PEDRESCHI. Ibid. pp. 523, 541.

<sup>49</sup> LOZANO, Blanca. "Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública". En: Ius et Veritas No. 10. p. 149.

<sup>50</sup> Ver: VELA GUERRERO, Anderson. "El *ne bis in idem* y el derecho sancionador peruano: su aplicación a partir de la Ley del Procedimiento Administrativo General". En Revista Jurídica del Perú. Octubre del 2002. pp. 177-189.

accionara por intereses colectivos pudiera adquirir la condición de parte en el respectivo procedimiento. Esta discusión doctrinaria que se da –por ejemplo– en España (ver; por ejemplo, Manuel Rebollo Puig *versus* Edorta Cobreros Mendazona), en el Perú hacia el año 2000 no se había precisado normativamente y poco o nada debatido en la doctrina nacional<sup>51</sup>.

El capítulo 10 del CMARN previó un sistema de sanciones administrativas acumulativas (artículo 114). La mencionada Ley 27444, al regular los principios de la potestad sancionadora, incorpora en su artículo 230, inciso 10, el principio *non bis in idem*; es decir, no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Esto es reiterado tanto por el artículo 21 de Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245 (2004), como de la propia LGA, en su artículo 141.

El capítulo 2 sobre el régimen de responsabilidad por el daño ambiental desarrolla interesantes alcances acerca de este *jus puniendi* en sede administrativa<sup>52</sup> y que, por razones de espacio, nos permitimos destacar en dos aspectos.

- a. El registro de buenas practicas y de infractores ambientales (artículo 139)<sup>53</sup>

Desde una perspectiva doctrinal, éste nos permite formular algunas reflexiones. En efecto, la cultura represiva que sustenta muchas de nuestras prácticas institucionales públicas y privadas no es ajena a temas actuales como, por ejemplo, la discusión sobre la creación del Ministerio del Ambiente. La seguridad jurídica e institucional ambiental supone un clima de confianza en el sentido en que los operadores o agentes de la producción y los ciudadanos –que también son

parte de la producción– cuenten con mecanismos racionales para solucionar sus diferencias; así como también para ser proactivo al promocionar alternativas de trabajo, de mejoramiento de la calidad de vida para las localidades y regiones y, en general, del país como nación, garantizando la sostenibilidad del capital natural, a fin de gozar de la renta que genera. La cultura represivista a la que hemos aludido suele conducirnos a considerar la sanción sólo como castigo.

Se trata de la dimensión negativa y tradicional de la sanción. Sin embargo, su expresión positiva (Norberto Bobbio) se asocia al reconocimiento, estímulo, premialidad; es decir, la “reacción de los sistemas de control” –léase ambientales– no tiene que basarse exclusiva ni sesgadamente en el castigo. La reacción o sanción positiva puede ser advertida en diversos mecanismos contemplados por la LGA, tales como la asignación de puntajes a quienes implementen prácticas ambientales y de responsabilidad socio ambiental –más allá de lo que la normativa ambiental disponga–; cuenten con récords ambientales y se encuentren inscritos en los respectivos registros. Las alianzas corporativas o gremiales, además de los consumidores (aunque esto sea por ahora un tanto lejano dada la gran legión de infraconsumidores), junto con las entidades públicas (nacionales, regionales, locales), pueden estimular y promover, mediante reglas de adquisición, contratación –por ejemplo proveedores, transportistas– y otras, que se cumplan determinados cánones más allá de los mínimos legales. La convivencia entre las leyes de mercado y las leyes ambientales estaría así garantizada.

En ese sentido, las perspectivas de una adecuada instrumentalización de este registro habrán de contribuir a una cultura administrativa ambiental en signo positivo.

<sup>51</sup> Ver: DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. “Responsabilidad Administrativa por daño ambiental”. En: “La Responsabilidad por el daño ambiental en el Perú”. Carlos Chirinos (coordinador). Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2000.

<sup>52</sup> Artículos: 135.- Del régimen de sanciones; 136.- De las sanciones y medidas correctivas; 137.- De las medidas cautelares; 138.- De la relación con otros regímenes de responsabilidad; 140.- De la responsabilidad de los profesionales y técnicos; 141.- De la prohibición de la doble sanción.

<sup>53</sup> Artículo 139.- Del Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales 139.1 El Consejo Nacional del Ambiente - CONAM, implementa, dentro del Sistema Nacional de Información Ambiental, un Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales, en el cual se registra a toda persona, natural o jurídica, que cumpla con sus compromisos ambientales y promueva buenas prácticas ambientales, así como de aquellos que no hayan cumplido con sus obligaciones ambientales y cuya responsabilidad haya sido determinada por la autoridad competente. 139.2 Se considera Buenas Prácticas Ambientales a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, cumpla con todas las normas ambientales u obligaciones a las que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental. 139.3 Se considera infractor ambiental a quien ejerciendo o habiendo ejercido cualquier actividad económica o de servicio, genera de manera reiterada impactos ambientales por incumplimiento de las normas ambientales o de las obligaciones a que se haya comprometido en sus instrumentos de gestión ambiental. 139.4 Toda entidad pública debe tener en cuenta, para todo efecto, las inscripciones en el Registro de Buenas Prácticas y de Infractores Ambientales. 139.5 Mediante Reglamento, el CONAM determina el procedimiento de inscripción, el trámite especial que corresponde en casos de gravedad del daño ambiental o de reincidencia del agente infractor, así como los causales, requisitos y procedimientos para el levantamiento del registro.

- b. El Régimen común de fiscalización y control ambiental (Régimen de responsabilidad por el daño ambiental)

“Artículo 135.- Del régimen de sanciones

135.1. El incumplimiento de las normas de la presente Ley es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. Las autoridades pueden establecer normas complementarias siempre que no se opongan al Régimen Común.  
135.2. En el caso de los gobiernos regionales y locales, los regímenes de fiscalización y control ambiental se aprueban de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas”.

Una primera consideración es que dicho régimen aún no se ha expedido<sup>54</sup>; por lo que cabe interpretar que en tanto esto no suceda no resultarían invocables las exigencias ni responsabilidades que pudieran derivarse de la LGA. Prácticamente, se colige que este régimen constituiría una condición para la aplicabilidad de la LGA en lo que concierne a responsabilidades y sanciones. Sin embargo, no obstante la aparente contundencia del planteamiento, se trata de una interpretación a ser tomada con mucha cautela, dado que la LGA se viene aplicando de antemano en diversos sectores en el marco de sus regímenes de control y sanción ambiental. En cuanto a los gobiernos regionales y locales, no afectaría esta condicionalidad de la expedición del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental para que puedan aplicar los mandatos de la LGA.

### C. Sobre la fiscalización ambiental

La fiscalización y el control de las obligaciones y derechos ambientales que le conciernen a los titulares de actividades, así como a los organismos que cumplen funciones ambientales, representan uno de los ejes centrales que permiten garantizar una adecuada *performance* ambiental, conjuntamente con los mecanismos de promoción,

fomento o estímulo. En realidad, en los últimos tiempos se ha cuestionado la primacía de los mecanismos de control y mando –como instrumentos de primera generación de la gestión ambiental–, prefiriéndose aquellos propiamente de mercado, mediante los cuales las entidades se orientan por la autorregulación y autocontrol. Se parte del supuesto de que será el mercado y los consumidores quienes eliminarán de la competencia a quienes no asuman determinadas conductas ambientales. Sin embargo, en nuestro medio no estamos aún en condiciones de excluir o preferir unos mecanismos por otros, independientemente de que el discurso aparentemente pueda ser persuasivo. De modo que el rigor fiscalizador debe efectivizarse sin ceder a fórmulas distractivas o engañosas, lo cual no implica dejar de lado otros mecanismos de fomento, estímulo o autocontrol. Desde una perspectiva propiamente jurídica, cabría considerar que la eficacia de las normas ambientales en buena medida descansa en el modo en que ambos enfoques se articulen y se implementen conjuntamente.

De otra parte, el imperativo por “analizar la idoneidad de los controles jurídicos y administrativos, así como de los mecanismos encargados de la aplicación y cumplimiento de la ley (...)”<sup>55</sup> se advierte en un sinnúmero de recomendaciones y documentos sobre política, institucionalidad y normativa ambiental contemporánea. La normativa ambiental comparada en la región no registra una acepción unívoca acerca de la función fiscalizadora, aunque sí diversas acepciones y enfoques, sobre todo referidos a la vigilancia y control<sup>56</sup>. De tal suerte, se recomienda no “restringir el enfoque de la fiscalización ambiental a los instrumentos de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), como limitadamente se suele hacer con cierta frecuencia”<sup>57</sup>.

En el sistema legal peruano, el desarrollo de los instrumentos jurídicos orientados a la función de

<sup>54</sup> El Proyecto de Decreto Supremo elaborado por el CONAM que contiene la propuesta sobre este régimen se encuentra en la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) desde mediados o fines del año 2006.

<sup>55</sup> Acción 8.6 de Cuidar la Tierra. Una Estrategia para la Vida (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza/Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente/ World Wildlife Foundation. 1991).

<sup>56</sup> Por ejemplo, es el caso del Título IV (Fiscalización) de la Ley de Bases del Medio Ambiente de Chile, Ley 19.300 (1994), que implica a los Estudios de Impacto Ambiental (artículo 64) o a las denuncias ante municipios por incumplimiento de normas ambientales, para que éstos las remitan al organismo fiscalizador competente. También la Ley General de Ambiente de la República de Panamá (1998) contempla la fiscalización como uno de los instrumentos de gestión ambiental que incluye el seguimiento de normas de calidad ambiental, labor de la Contraloría; fiscalización de Estudios de Impacto Ambiental; entre otras exigencias.

<sup>57</sup> Fiscalizar significa criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición. Asimismo, quiere decir: criticar, enjuiciar, inspeccionar, revisar, vigilar, cuidar, estar al tanto, seguir de cerca. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio.

control, supervisión y fiscalización de las exigencias ambientales, no ha seguido un tratamiento sistemático e integral; su elaboración fue de manera progresiva, sin una orientación predefinida.

Recordemos que el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN, Decreto Legislativo 613) del año 1990, significó en buena cuenta el elemento activador del “boom normativo ambiental” de los 90 (conjuntamente con múltiples factores externos); representó más el punto de partida, antes que de llegada, de un largo proceso normativo ambiental en el país<sup>58</sup>. Por consiguiente, muchas de sus instituciones en realidad constituyeron más un modelo para armar que para aplicar propiamente.

En ese contexto, los antecedentes de la fiscalización ambiental se remontan a los tímidos alcances del CMARN por contar con un esquema relativamente autónomo que dependiera de la Contraloría General de la República con el objeto que los sectores del Poder Ejecutivo no tuvieran ingerencia ni decisión sobre los funcionarios que cumplieran acciones de defensa del medio ambiente y los recursos naturales. En realidad, la acción fiscalizadora –al menos bajo dicha acepción– no figuraba en el CMARN. Por el contrario, este Código incidía en funciones de investigación, control, vigilancia, entre otras, llevadas a cabo por la Autoridad Ambiental, la cual –a raíz de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 de 1991– debía entenderse en el Perú como el sector, gobierno local o regional, según sea el caso específico, en

un marco de reducción de las restricciones administrativas para promover las inversiones privadas<sup>59</sup>.

Con esta diseminación o atomización de la Autoridad Ambiental, se contaría con alrededor de 2000 autoridades ambientales, considerando el número de gobiernos locales provinciales y distritales, más el nacional con sus sectores, organismos descentralizados y autónomos, además de los nacientes gobiernos regionales. Un ejemplo de estas competencias dispersas, se desprende en el caso específico de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP)<sup>60</sup> que, conforme al mencionado Decreto Legislativo 757, serán regulados por las respectivas autoridades ambientales.

La idea de fiscalización<sup>61</sup> ambiental en nuestro sistema legal surge propiamente en el marco de las normas minero energéticas<sup>62</sup>, que a su vez se inscribieron como parte del proceso político económico de promoción a las inversiones<sup>63</sup>. Así, la Ley de Fiscalización a través de terceros –Ley 25763 de 1992– y su Reglamento –Decreto Supremo 012-93-EM–<sup>64</sup> en su momento prescribieron que el cumplimiento de las normas y disposiciones legales, entre las que se incluían las de conservación del medio ambiente, relacionadas con las actividades mineras, de electricidad e hidrocarburos, eran pasibles de ser fiscalizadas por el Ministerio de Energía y Minas, mediante empresas de Auditoría e Inspectoría. En el marco de este modelo o concepción fiscalizadora se expidió el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica

<sup>58</sup> FOY VALENCIA, Pierre. “En Busca del Derecho Ambiental II”. Op. Cit.

<sup>59</sup> Con la derogatoria del capítulo XXII del CMARN (Del Sistema Nacional del Ambiente) por el Decreto Legislativo 757, se determinará que no habrá una autoridad o sistema nacional ambiental sino que todas las entidades públicas nacionales, regionales y locales serán autoridad en los temas de su competencia, fijándose determinadas reglas para el deslinde de competencias cuando dos o más tuvieran que ver respecto alguna actividad económica (principio de ventanilla única). A results de éste mandato, todos los sectores empezarán a regular los temas ambientales de su competencia y en consecuencia lo relativa al control y fiscalización ambiental.

<sup>60</sup> Posteriormente, se advertirán tendencias hacia una integración normativa de estos instrumentos de gestión ambiental.

<sup>61</sup> Según una versión del Glosario de Términos Ambientales del Consejo Nacional del Ambiente (1998), se entiende por Fiscalización: conjunto de acciones dispuestas por los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, buscan que se cumpla la normativa y las condiciones ambientales en la fase de ejecución de un proyecto en particular.

<sup>62</sup> El CMARN no aludió expresamente a la función de fiscalizar, la cual tal vez se pueda considerar en un sentido lato integrada o articulada en la función de vigilancia y control, a la cual sí se refiere en sus diversos dispositivos, implicando acepciones diferenciadas.

<sup>63</sup> Sin embargo, hay que diferenciar entre lo que significa una concepción de desarrollo sostenible que integra adecuadamente el rol de las inversiones, respecto de otras concepciones relacionadas con el dispendio o concesión incondicional de los recursos naturales en desmedro del desarrollo endógeno, camufladas mediante lecturas instrumentalizadas de los procesos de globalización y competitividad, al servicio de la corrupción. Ver: VON DROSTE, Bernd y Peter DOGSÉ. “El Desarrollo Sostenible: el Papel de la Inversión”. En: GOODLAND, Robert y otros. “Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Más Allá del Informe Bruntland”. Madrid: Editorial Trotta. 1997.

<sup>64</sup> Hoy ya no rige la Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, Ley 27474 (2001) ni su Reglamento, el Decreto Supremo 049-2001-EM, en virtud de la Ley 28964 que ha creado el organismo supervisor en energía y minas (OSINERGMIN). De otra parte, tampoco se cuenta con el Reglamento de Fiscalización de las Actividades Energéticas por Terceros. Decreto Supremo 005-97-EM que reglamenta parte de la Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Ley 27699 del 2002). Los exámenes que practiquen fiscalizadoras a subsectores comprenden la verificación del cumplimiento de obligaciones de titulares de las empresas: a) Electricidad: normas de protección del ambiente; b) Hidrocarburos: disposiciones sobre seguridad y protección del ambiente.



(Decreto Supremo 016-93-EM y Decreto Supremo 059-93-EM y demás modificatorias), que contendría normas para la Inspección vía Auditorías Ambientales a los centros productivos mineros en caso de denuncias (artículo 44) y sus respectivos mecanismos infraccionarios y de sanciones (artículo 47 y siguientes). Posteriormente, se desarrolló una prolífica normativa técnica referida a la fiscalización, inclusive en los otros subsectores<sup>65</sup>.

En buena cuenta, uno de los aspectos ambientales más sensibles en sede administrativa y procedimental está referido a la Fiscalización, acepción no pacífica ni unívoca en nuestra legislación<sup>66</sup>.

La LGA aborda en el primer capítulo de su Título IV lo referido a Fiscalización y Control<sup>67</sup>, que específicamente refiere:

“Artículo 130.- De la fiscalización y sanción ambiental

130.1 La fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias. La Autoridad competente puede solicitar información, documentación u otra similar para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

130.2 Toda persona, natural o jurídica, está sometida a las acciones de fiscalización que determine la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes. Las sanciones administrativas que correspondan, se aplican de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

130.3 El Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental”.

En la medida que el artículo 131 alude a un régimen de fiscalización y control ambiental, a partir de dicha regulación –aún pendiente– se deberán uniformizar criterios y diseminar las respectivas adecuaciones sectoriales, zanjando el confusiónismo terminológico e indiferenciado que suelen proferirse en las normas sobre la materia, tales como supervisión, control, fiscalización entre otros.

El gran debate es acerca de cuál modelo organizacional es el más adecuado para la fiscalización ambiental: un modelo que concentre las competencias ambientales sectoriales o que las coordine aunque reservándose para la Autoridad Ambiental algunas áreas o aspectos según determinados criterios de relevancia o impacto y teniendo como marco los procesos de descentralización regional o local.

En particular, respecto el artículo 134, no obstante las bondades de su texto, debemos advertir acerca de los riesgos de su uso desnaturalizado. Se requiere, pues, una celosa y transparente regulación a fin de garantizar e impedir que un participacionismo *in extremis* pudiera fraguar muestras, estudios o –peor aún– se obtengan a pedido (*delivery*) resultados supuestamente objetivos, según la conveniencia de intereses ajenos a la protección ambiental en sí.

Por último, en los debates sobre el Ministerio del Ambiente se ha postulado la creación de una Oficina de Supervisión y Fiscalización Ambiental con funciones poco claras o definidas y muy limitantes, lo cual revela lo sensible del tema en un contexto de diversas percepciones de sectores, instituciones e intereses, difícil de concertar, en medio de múltiples suspicacias y desconfianzas y agendas coyunturales que no permiten serenamente una propuesta concertada imbuida de una política ambiental de estado consistente.

<sup>65</sup> Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (Decreto Supremo 046-96-EM y Decreto Supremo 09-95-EM, y el Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Electricidad (Decreto Supremo 029-94-EM).

<sup>66</sup> “Acerca de la Fiscalización de la Legislación Ambiental”. En: *El Medio Ambiente en el Perú*, 2002. Cuanto. Lima: 2003. pp. 231-262.

<sup>67</sup> Artículos: 130.- De la fiscalización y sanción ambiental, 131.- Del régimen de fiscalización y control ambiental; 132.- De las inspecciones; 133.- De la vigilancia y monitoreo ambiental; 134.- De la vigilancia ciudadana.