

La capacidad de reacción del Estado frente al daño del ambiente: la limitación de la responsabilidad administrativa ambiental



LORENZO DE LA PUENTE BRUNKE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master en Derecho Ambiental y Energético por la Universidad de Houston, Texas.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La propuesta del nuevo Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- III. La norma ambiental: de un supuesto de hecho a una consecuencia teórica.
- IV. No todo incumplimiento es sancionable:
 1. Principio de tipicidad;
 2. Principio de legalidad;
 3. Principio de razonabilidad;
 4. Lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.
- V. La sanción como "última ratio".
- VI. Las medidas cautelares y correctivas.
- VII. La Administración y la internalización de los costos ambientales.
- VIII. A manera de conclusión.



I. INTRODUCCIÓN

Inspira este ensayo nuestro interés en que la responsabilidad administrativa ambiental sea un medio eficaz para prevenir el daño ambiental. Ya que este tipo de daño puede ser irreversible, la sanción, el castigo al causante, no es lo primero que debe buscarse, sino lograr -cuanto antes- la recuperación del ambiente degradado. Y más, todavía: hay que intentar prevenir el daño, tratando de eliminar o limitar los riesgos.

La Administración tiene el mandato constitucional de promover la producción limpia. Es en esa línea que el Tribunal Constitucional ha precisado que la naturaleza del derecho fundamental a un ambiente equilibrado tiene una doble naturaleza: reaccional y prestacional. Con relación a la primera, se entiende que el derecho a un ambiente equilibrado exige que el Estado se abstenga de realizar actividades de degradación que afecten el ambiente. De otro lado, la naturaleza prestacional de este derecho exige que el Estado implemente políticas eficaces de prevención y de conservación del ambiente¹, porque sin ellas no tendrá capacidad de reacción frente al riesgo y frente al daño ambiental.

Sin embargo, aunque nuestra Constitución lo manda y la Ley General del Ambiente también lo dispone así, la Administración aún no implementa políticas de promoción de la producción limpia e incentivos para la mejora ambiental en la industria. Si bien ya está probado en las naciones más desarrolladas que sancionar no es suficiente para mejorar la calidad del ambiente, la legislación ambiental peruana sigue siendo marcadamente controladora y punitiva, limitando la capacidad de reacción de la Administración frente al daño ambiental.

II. LA PROPUESTA DEL NUEVO SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Con la creación del Ministerio del Ambiente en

el 2008, en medio de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, se inició una reforma de la institucionalidad ambiental que nos está llevando a la paulatina centralización de la decisión ambiental en un solo organismo. Lo cual ya había sido propuesto, de alguna manera, por el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990, pero que fue modificado por el criterio sectorial ambiental en el año 1991 y plenamente vigente hasta la creación de este ministerio.

Junto con el Ministerio del Ambiente fue creado el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, organismo público técnico especializado adscrito a aquél, el cual, un año después de su creación fue constituido en ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA. De acuerdo con Decreto Legislativo No. 1013 que creó el Ministerio del Ambiente, así como a la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29325, Ley del SINEFA, el OEFA debe garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, realizando funciones de fiscalización ambiental y dirigiendo el régimen de incentivos previsto por la Ley General del Ambiente, Ley 28611.

De acuerdo con la Ley 29325, el OEFA tiene las siguientes funciones generales, las cuales son la base del SINEFA: (i) la función evaluadora que comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales; (ii) la función supervisora directa que comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las normas, obligaciones e incentivos establecidos en la regulación ambiental por parte de los administrados; (iii) la función supervisora de entidades públicas que comprende el seguimiento y verificación del desempeño de las entidades de fiscalización ambiental de carácter nacional, regional o local; y (iv) la función fiscalizadora y sancionadora que

¹ Fundamentos jurídicos 6 y 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 03510-2003-PA/TC.

comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones.

Sin embargo, según lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 29325, el OEFA solo deberá ejercer las funciones de supervisión directa, de fiscalización y sanción en materia ambiental una vez que se le transfieran las funciones de las entidades que han venido ejerciéndolas a la fecha. Y, además, la Séptima Disposición Complementaria Final de la misma ley ha establecido que el OEFA debe aprobar el Reglamento del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental, lo cual aún sigue pendiente.

Es importante resaltar que, incluso, una vez transferidas las facultades de supervisión directa, de fiscalización y sanción en materia ambiental, el OEFA no deberá ejercer su función sancionadora sino hasta que cuente con la correspondiente tipificación de infracciones y escala de sanciones. Material al cual nos referiremos en la sección IV al tratar sobre algunos de los principios que deben regir la potestad sancionadora de la Administración.

III. LA NORMA AMBIENTAL: DE UN SUPUESTO DE HECHO A UNA CONSECUENCIA TEÓRICA

Como es sabido por el lector, una norma legal es solo un mandato que atribuye una consecuencia legal a un supuesto de hecho; mandato que, además, se fundamenta en la fuerza del Estado para exigir su cumplimiento. Para nuestros propósitos queremos resaltar que esa consecuencia prevista en una norma es una abstracción jurídica que, como tal, no puede materializarse por sí misma. Si bien el supuesto de hecho se da en los hechos, valga la redundancia, la consecuencia legal –aquello querido por la ley– no necesariamente. De tal manera que, en materia ambiental, el reto de los operadores del Derecho es lograr que esas abstracciones jurídicas contenidas en las normas puedan ser materializadas para lograr proteger el ambiente eficazmente. Se trata de concretar lo previsto por la norma,

con todas las complejidades que el ambiente le presenta al Derecho. Por esto es que no se debe creer que la aprobación de una ley cambie las cosas; ella requiere de la actuación de la Administración y de los instrumentos de gestión necesarios para que se pueda lograr la consecuencia prevista.

El ambiente equilibrado, derecho fundamental para el adecuado desarrollo de nuestras vidas, es la consecuencia deseada; el objetivo del Derecho ambiental. Por lo tanto, esta consecuencia debe inspirar los supuestos de hecho que las normas ambientales legales contendrán. En esa medida, cabe preguntarnos por la idoneidad de los supuestos de hecho de nuestra legislación para lograr la calidad del ambiente adecuado. Es decir, ¿solo nos deben interesar los supuestos de hecho de daños ambientales para atribuirles la consecuencia legal sancionadora y reparadora? Por supuesto que no. Nos deben interesar también los supuestos de hecho de aquellas empresas que tienen o adquieren procesos limpios para atribuirles beneficios. Precisamente, estos beneficios, concretados en consecuencias legales, se configuran en los incentivos idóneos para la promoción de la producción limpia. En el Perú, estos supuestos de hecho para la industria no han sido legislados aún.

IV. NO TODO INCUMPLIMIENTO ES SANCIONABLE

Es necesario señalar, aunque pueda parecer obvio, que el incumplimiento de una norma no conlleva, necesariamente, una sanción. Es decir, no todo incumplimiento ambiental es pasible de sanción, entendida esta como el acto administrativo final de un procedimiento sancionador. Y no toda sanción es una multa; de serlo, se beneficiaría únicamente de la ejecución coactiva sobre el patrimonio del responsable, según lo establece el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, Decreto Supremo No. 018-2008-JUS.

Motivados por las irregularidades que en materia ambiental hemos podido apreciar en ciertos procedimientos administrativos sancionadores, a continuación queremos repasar algunos de los

aspectos legales más importantes que rigen la actividad sancionadora de la Administración.

1. Principio de tipicidad

Conforme al Principio de Tipicidad contenido en el inciso 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica. Además, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el Principio de Tipicidad exige la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta, resultando este el límite que se impone al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones estén redactadas con precisión suficiente, de manera que se pueda comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.²

En cuanto a nuestra Doctrina, Morón Urbina explica mediante un ejemplo lo que implica que la potestad sancionadora de una entidad pública se sujete al Principio de Tipicidad:

"Un ejemplo ilustrativo de un agravio legal a este principio (de tipicidad), lo constituye el artículo 65 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto que pretende fijar las responsabilidades y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal, del modo siguiente: "El incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley General, las Leyes de Presupuesto del Sector Público, así como las Directivas y disposiciones complementarias emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público, da lugar a las sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que

hubiere lugar". Señala Morón, que "aquí estamos frente a un caso típico de ley sancionadora en blanco que, no obstante su título, carece de contenido material, desde que no precisa la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica, coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación del principio de tipicidad. Por ello, las tipificaciones vacías o en blanco, que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una Ley o un Reglamento, son contrarias al principio de tipicidad".³

De acuerdo, pues, con la legislación, jurisprudencia y doctrina arriba citadas respecto del Principio de Tipicidad, la Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultada a imponer sanciones por infracciones, siempre y cuando estas se encuentren claramente tipificadas, redactadas con precisión suficiente y que definan de manera cierta la conducta sancionable. Las leyes sancionadoras en blanco son contrarias al Principio de Tipicidad, pues consideran como tipificación cualquier violación de la totalidad de una ley o reglamento.

El ejemplo citado de una ley sancionadora en blanco, cuyas características genéricas determinan la vulneración del Principio de Tipicidad, es similar a lo estipulado en materia ambiental por la Resolución Ministerial No. 353-2000-EM/VMM, que aprueba la Escala de Multas y Penalidades y que es aplicada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN en los procedimientos administrativos sancionadores que se inician a la industria minera. El numeral 3.1 de esta norma, al cual se remite el

2 Fundamento jurídico 13 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 5408-2005-PA/TC.

3 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición. Editorial García Jurídica, Lima, Perú, 2008, pp. 704-705.

numeral 3.2 de la misma, establece infracciones de manera genérica a un conjunto indeterminado de leyes y reglamentos. Esta resolución ministerial no expresa con precisión suficiente ni define de manera cierta y precisa la conducta sancionable, remitiendo de forma genérica a las obligaciones establecidas por un conjunto indeterminado de normas.

Siguiendo lo dicho arriba, la Resolución Ministerial No. 353-2000-EM/VMM es un ejemplo de una ley sancionadora en blanco y, por ende, vulneradora del Principio de Tipicidad. Desde esta perspectiva, atenta contra este principio que OSINERGMIN pretenda sancionar sustentándose en el numeral 3.2 de esta resolución, pues no define con precisión las conductas consideradas como infracción, sino que genéricamente señala como infracción el incumplimiento de las obligaciones contenidas en las diversas normas legales allí señaladas. En consecuencia, el acto administrativo que pretenda sancionar sobre la base del numeral 3.2 de esta resolución, será nulo, conforme al inciso 1 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por contravenir el inciso 4 del artículo 230 de la misma ley, que obliga a las entidades públicas a observar el Principio de Tipicidad en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Otro ejemplo claro, pero mucho más reciente, es el del artículo 17 de la propia Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental cuyo texto original señalaba vagamente lo siguiente: "Las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales son las previstas en la Ley 28611, Ley General del Ambiente, y demás leyes sobre la materia". Sin embargo, este texto legal fue acertadamente modificado el 2010 por la Ley 29514, quedando redactado de la siguiente manera:

"Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia".

De esta manera, la ley remite la determinación exacta de las infracciones a un decreto supremo, lo cual está aceptado por la doctrina.

Aunque no está relacionado directamente con el Principio de Tipicidad, pero sí está listado como uno de los diez principios de la potestad sancionadora administrativa, contenidos en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, vale la pena referirnos aquí al Principio de la Continuación de Infracciones. Según este principio, para determinar la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que haya transcurrido por lo menos treinta días hábiles desde la fecha de imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de ese plazo. Además, la ley es clara al disponer que no se puede atribuir el supuesto de continuidad o la imposición de la sanción respectiva cuando se haya interpuesto un recurso administrativo y aún no se haya resuelto. No cabe, pues, que la Administración imponga una multa tras otra, cuando hay infracciones continuadas, sin que se respeten estos criterios.

2. Principio de legalidad

Además del Principio de Tipicidad referido a las conductas sancionables administrativamente (infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación), el Principio de Legalidad, contenido en el inciso 1 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que "solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad".

Según Morón, nos encontramos aquí "frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de las sanciones aplicables a los administrados por

incurrir en ilícitos administrativos." Para este autor, la reserva de identificación de las sanciones aplicables "no solo implica que una norma con rango de ley cumpla con enunciar qué pena será aplicable (por ej., multa, suspensión o inhabilitación de derechos), sino que debe fijar con la mayor precisión posible sus márgenes de aplicación, su cantidad, su duración, etc.". Considera que atenta contra el Principio de Legalidad que una norma legal señale una sanción de multa dando un amplio margen entre multa mínima y máxima, que por ello deje un gran espacio donde la Administración puede actuar arbitrariamente. Así, indica que "en el mismo nivel de reprochable se encuentran los casos en los que la norma señala la sanción de multa, pero prevé márgenes extremos para su aplicación, desde el monto ínfimo hasta otro extremadamente alto, dejando en la discrecionalidad de la Administración ponderar su graduación. Aquí, el rango extremadamente abierto entre el mínimo y el máximo no tiene sustancial diferencia con la ausencia de especificación de sanción, ya que virtualmente se estaría delegando a la Administración determinar su contenido gravoso para los administrados".⁴

Si buscamos un ejemplo de norma ambiental que vulnera este principio, nos encontraremos con el Anexo 1 de la Resolución No. 185-2008-OS/CD del OSINERGMIN, ya que señala multas que van desde 1 UIT hasta el monto extremadamente alto de 1000 UIT, dejando un excesivo margen de discrecionalidad a la Administración para graduar la sanción, pudiendo prestarse a arbitrariedades que la Ley del Procedimiento Administrativo General proscriba. Siendo esto así, toda resolución que pretenda sancionar por infringir aquello señalado en el Anexo 1 de la Resolución No. 185-2008-OS/CD será nula, porque esta contraviene el Principio de Legalidad contenido en el inciso 1 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, con lo que incurre en el supuesto de

nulidad previsto en el inciso 1 del artículo 10 de la misma ley.

En materia ambiental general, de acuerdo con el artículo 19.2 de la Ley 29325, el Ministerio del Ambiente, a propuesta del OEFA, deberá aprobar la escala de sanciones en la cual se establecerán las aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las sanciones establecidas en el artículo 136 de la Ley General del Ambiente. Tal escala de sanciones deberá respetar el Principio de Legalidad.

3. Principio de razonabilidad

Como lo reconocen los tratadistas en Derecho administrativo, el problema más importante de la multa es el de su cuantía legítima. Y en palabras del catedrático madrileño, Andrés Betancor, la restricción que ha de soportar la libertad de empresa como consecuencia de la ordenación, el control y la sanción de la administración debe ser razonable y proporcionada al objetivo que se pretende alcanzar, o sea, la protección del ambiente y de la salud de las personas.⁵

En nuestro Derecho tenemos incorporado el Principio de Razonabilidad, contenido en los artículos IV y 1.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual las decisiones de la Administración, cuando establezcan restricciones a los administrados, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

A propósito de este principio, Morón Urbina comenta que la autoridad, al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma sanción puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcio-

4. *Ibid.*, pp. 687-688.

5. BETANCOR, Andrés. *El ruido: normas de emisión, contenido ambiental de los derechos fundamentales afectados y responsabilidad patrimonial de la administración*. En: *Lecturas sobre el Derecho del Medio Ambiente*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 18.

nal a la finalidad perseguida por la norma legal. El artículo 230.3 de la misma ley contiene un caso interesante de juicio de adecuación, para evitar caer en la insuficiencia de sanción, cuando dispone que debe preverse que la sanción a aplicarse no sea más ventajosa en relación con el beneficio que el infractor pudiera obtener a través de la conducta prohibida. Así sucedería si tuviéramos una sanción de amonestación o multa diminuta frente a la pesca ilegal en gran escala. Asimismo, por el juicio de necesidad, la medida sancionadora elegida debe ser la medida menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados (generalmente patrimonio, o derechos subjetivos) y que no existan otras medidas sancionadoras que siendo más respetuosas de la esfera jurídico privada cumplan con igual eficacia con los fines previstos para la sanción, en función de las circunstancias del caso.⁶

4. Lo dispuesto por el Tribunal Constitucional

Para insistir en la importancia de lo arriba dicho, creemos necesario recordar que el Derecho administrativo tiene una relación de jerarquía con el Derecho Constitucional, por lo que la Administración debe subordinarse a las normas y principios constitucionales. Precisamente, a las normas contenidas en nuestra Constitución Política y a las normas que componen el llamado bloque de constitucionalidad⁷ queremos referirnos, haciendo referencia a lo que señala el máximo intérprete de la Constitución.

Por ello, tiene especial importancia para nuestro tema la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 2192-2004-AA/TC

referida a los efectos del Principio de Legalidad y, más precisamente, del Principio de Taxatividad en el procedimiento administrativo sancionador; así como de los alcances y efectos del deber de motivar el acto administrativo, sobre todo cuando este contiene una decisión que restringe o limita un derecho fundamental; así como las implicancias del Principio de Razonabilidad en la sanción impuesta para determinar la justicia de la decisión. Sucede, pues, que la Administración no puede desatender estos principios rectores que son garantía de su adecuada actuación frente al administrado.

V. LA SANCIÓN COMO "ÚLTIMA RATIO"

Como señalamos al iniciar este ensayo, el daño ambiental puede ser irreversible, por lo que la sanción, el castigo al causante, no es lo primero que el Derecho debe buscar, sino prevenirlo. Como dice el reconocido tratadista inglés Philippe Sands, *"flaco consuelo sería que el Derecho ambiental se contentara con decirnos que pondrá en prisión a los que acaben destruyendo el planeta"*.⁸

La sanción, según definición de García de Enterría es *"el mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal –constituido en el fin afectivo de la sanción– consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho o en la imposición de una obligación de pago de una multa. Y se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquellas, la Administración; estas, los tribunales penales"*.⁹ Siendo, pues, esta, la definición de sanción, y considerando las características del daño ambiental, es lógico deducir que si bien es

6 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. p. 700.

7 El Tribunal Constitucional, en la STC 0047-2004-AI/TC publicada el 8 de mayo de 2006, explica que el bloque de constitucionalidad es un parámetro de control; es decir, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evalúa la validez de la ley cuestionada. De tal manera que el bloque de constitucionalidad está integrado no solo por las disposiciones constitucionales, sino también por todas las leyes a las que la Constitución ha conferido la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango (rango de ley).

8 SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. Second Edition. Cambridge University Press, Reino Unido, 2003, p. 246.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Civitas: Ediciones, S.L., Madrid, España, 2000, p. 161.

necesaria imponerla, no será el primer objetivo de la Administración en la tarea de proteger el ambiente.

De otro lado, en palabras del profesor español, Alejandro Nieto:

"[...]el principio represivo fundamental (o sea, el de que el objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido; la sanción es "la última ratio" del Estado, quien solo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones. El llamado principio de subsidiariedad debe generalizarse en un plano más elevado. La mayor parte de las infracciones que cometen las pequeñas empresas son debidas, además de la falta de información, a la falta de medios. Por ello, una adecuada política de financiación finalista es más eficaz que una dura política de represión, aunque naturalmente resulte más cara y menos cómoda que la simple aprobación de unas ordenanzas de infracciones. Sea como fuere, sigue diciendo Nieto, lo importante, dentro de esta temática, es la exigencia de colaboración pública, entendida como la adopción de medidas que puedan evitar las infracciones. (...) No se trata del Estado contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto con los ciudadanos contra los infractores. Mientras no tenga lugar este cambio de mentalidad en los funcionarios de la Administración, la política represiva seguirá siendo tan inútil como arbitraria y en modo alguno servirá para el logro de su verdadero objetivo: el cumplimiento de las normas. Lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es, por tanto, que el daño no se produzca y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo,

que es el verdadero objetivo de la política represiva".¹⁰

Lamentablemente, por el énfasis sancionador de la gestión ambiental, en nuestro ordenamiento jurídico son escasas las normas que se refieren a incentivos ambientales. Entre ellas está la Ley General del Ambiente, pero solo una, de muy reciente data, otorga un beneficio tributario por desempeño ambiental.

Aunque el impacto de esta norma en el ambiente será difícil de medir, la Ordenanza No. 182-2010-MDPH de la Municipalidad Distrital de Punta Hermosa, publicada en junio de este año, viene a convertirse en la primera norma legal peruana que otorga, efectivamente, un beneficio tributario con un fin ambiental. Esta ordenanza dispone que aquellos vecinos de Punta Hermosa que pinten sus fachadas de color blanco recibirán un descuento del diez por ciento sobre el monto total de los arbitrios municipales. La mejora ambiental que reconoce la ordenanza para otorgar el beneficio tributario es la contribución a la disminución de los índices de calentamiento global.

Es probable que el impacto de esta medida sea mínimo en la mejora de este problema atmosférico, pero no podemos desconocer el valor que puede tener en la conciencia ciudadana y, por lo tanto, en el Derecho ambiental peruano. De eso se trata cuando se tiene como objetivo la producción limpia: las mejoras ambientales se logran no solo exigiéndolas, sino también con incentivos económicos y tributarios; de otra manera no podremos avanzar en una mayor eficacia de la gestión ambiental peruana.

A veces aparecen voces en nuestro Congreso de la República proponiendo la aprobación de más normas con sanciones más altas, como si esa fuese la solución a la degradación ambiental en el país. Pareciera que incluso quisieran volver a aquellas épocas en la que la Administración tam-

10 NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo sancionador*. Cuarta Edición. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2005, pp. 35-40.

bién podía imponer sanciones de privación de la libertad de las personas, yendo en contra de la corriente de despenalización. En todo caso, habría que recordarles normas como aquella contenida en el artículo 25.3 de la Constitución Española de 1978, la cual dispone que *"la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad"*.

Y no solo en el Congreso de la República, pareciera que entre algunos funcionarios públicos la potestad de inspección es confundida con la potestad de sanción, como si se tratase de lo mismo. Habría que recordar que la actividad administrativa de inspección tiene por objeto verificar el cumplimiento de lo previsto por la ley, finalidad distinta y muchísimo más amplia que la potestad sancionadora. Esta confusión de algunos está llevando a limitar los efectos de la inspección a los casos de incumplimiento, sin advertir la utilidad de esta en la promoción del cumplimiento ambiental.

La actuación de inspección, la supervisión, por parte de la Administración, no tiene otro fin que verificar si los administrados cumplen o no con la legislación y su análisis. Por lo tanto, el advertir la existencia de una infracción, así como su posterior sanción a través de un procedimiento administrativo, no deben ser los únicos efectos de la inspección. Si las entidades públicas limitan la supervisión ambiental a la tarea de advertir incumplimientos y sancionarlos, la gestión ambiental estatal queda atrofiada en su capacidad de gestión promotora de la producción limpia.

VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y CORRECTIVAS

En materia de Derecho administrativo ambiental las normas que rigen la imposición de

medidas cautelares y correctivas por parte de la Administración –además de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹¹– son la Ley General del Ambiente¹² del 2005 y la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹³ del 2009, las cuales, por falta de técnica legislativa, no son del todo consistentes.

Ambas normas distinguen entre medidas cautelares y correctivas; mientras que aquellas tienen la finalidad de prevenir un daño irreparable, estas apuntan a revertir o disminuir, en lo posible, el efecto nocivo que una conducta infractora pudiera producir. Como se ve, las primeras tienen un carácter netamente preventivo y las segundas tienen un carácter reparador y una finalidad correctiva, como su mismo nombre lo indica. Ambas medidas pueden expresarse en el decomiso; la paralización o restricción de la actividad; el cierre temporal, parcial o total; así como otras que pudieran ser necesarias para cumplir con los fines de la medida.

Además, por su carácter reparador, la medida correctiva puede incluir la obligación del responsable del daño a reparar, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensar en términos ambientales y/o económicos. Como sabemos, la medida cautelar es una decisión que debe tomar la Administración cuando prevé que se puede afectar la eficacia de un acto administrativo. Medida que solo debe ser adoptada dentro de un procedimiento administrativo ya iniciado, siempre y cuando la Administración tenga los elementos de juicio suficientes. Solo por excepción, dispuesto en normas especiales con rango de ley, cabe adoptar medidas cautelares antes de iniciado un procedimiento administrativo.

Además de las medidas cautelares y correctivas, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y

11 El artículo 146 de la Ley 27444 dispone que la autoridad competente, mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, medidas cautelares, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir. Añade que no se podrán dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.

12 Artículos 136 y 137 de la Ley 28611.

13 Artículos 21 al 23 de la Ley 29323.

Fiscalización Ambiental incluye en su artículo 23 a las "medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación". Sin embargo, nosotros no advertimos mayor diferencia entre estas medidas y las medidas correctivas del artículo 22. En todo caso, ya que debe haber una diferencia porque se las ha incluido en el mismo texto legal, creemos que esta radicaría en que el artículo 23, a diferencia del artículo 22, sí hace referencia al artículo IX de la Ley General del Ambiente que dispone la obligación de "compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar"; obligación que está limitada a aquellos casos en que no fuera posible adoptar medidas de "restauración, rehabilitación o reparación".

La pregunta, entonces, es ¿a qué se refiere la Ley General del Ambiente al pretender obligar a "compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar". Como es obvio que no existe responsabilidad por daño ambiental que emane de un proceso distinto a aquellos seguidos en las sedes civiles, penales y administrativas, no se debe tratar de un proceso de atribución de responsabilidad distinto a los ya existentes en nuestro sistema legal. Por lo tanto, pensamos que se trataría de un concepto nuevo en el Derecho de daños peruano aplicable solo en aquellos casos en que ya no es posible restaurar, rehabilitar o reparar una situación, luego de ocurrido el daño ambiental. Más allá de lo dicho, la Ley General del Ambiente no da luces sobre el particular.

Tomando como referencia a otras jurisdicciones, pensamos que esta compensación "en términos ambientales" puede referirse a las medidas

de compensación llevadas a cabo en lugares distintos al afectado. Puede ser el caso, por ejemplo, del daño irreparable a un humedal, que podría traer como consecuencia, además de la sanción al causante, la obligación de mantener o recuperar una mayor área de humedales, en peligro o no, en otro lugar de la geografía peruana. Por lo tanto, no se trataría de la reparación *in natura*, tan difícil en términos ambientales, sino de compensar en otro lugar "en términos ambientales". En materia de Derecho de daños, cuando no cabe la reparación *in natura*, cabe la compensación "en términos económicos"; sin embargo, como la naturaleza no acepta dinero, creemos acertado que se haya introducido la compensación "en términos ambientales", si es que nuestra interpretación es correcta.

VII. LA ADMINISTRACIÓN Y LA INTERNALIZACIÓN DE LOS COSTOS AMBIENTALES

El principio de prevención, contenido en el Artículo VI de la Ley General del Ambiente, prioriza las políticas de gestión ambiental que eliminan o reducen posibles contaminaciones antes de que estas se produzcan. Este principio ha sido ampliamente reconocido por instrumentos internacionales como la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río.¹⁴

De otro lado, el principio de internalización de costos, recogido en la Ley General del Ambiente¹⁵, propone que las estructuras de costos de los bienes y los servicios incorporen los potenciales daños ambientales y —lo que es más importante— los riesgos que los mismos pudieran generar.

Como consecuencia de la incorporación de los riesgos ambientales en la estructura de costos de la producción de bienes o de la prestación

14 Ver los principios 6, 7, 15, 18 y 24 de la Declaración de Estocolmo y los principios 11 y 17 de la Declaración de Río.

15 Ver el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 28611. Otras normas que contienen este principio son: el literal (n) del artículo 5 de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245; el artículo 6, numeral 5 del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Decreto Supremo No. 008-2005-PCM; y el artículo 2 del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, Decreto Supremo No. 085-2003-PCM, entre otras.

de servicios en el mercado, hay que entender que no solo se debe considerar el costo por la reparación del daño generado, sino también el costo por la necesaria prevención para poner los medios más adecuados destinados a prevenir el daño.

Para entender el principio de internalización de costos, al que algunos llaman principio contaminador-pagador, hay que distinguir su doble finalidad. Por un lado, su finalidad inmediata es obligar al agente contaminante a cubrir los gastos, pagos o erogaciones que su conducta pueda causar, mientras que, de otro lado, su finalidad mediata es buscar que los potenciales contaminadores asuman el costo de la prevención del daño en los precios de sus productos o servicios, o a través de seguros obligatorios, entre otros mecanismos.¹⁶

Es decir, el principio de internalización de costos no solo obliga a pagar a quien contamina, sino también al potencial contaminador en cuanto al costo de prevención. De limitarse al primer supuesto, es decir que solo el que contamina es el que repara el daño, no sería definitivamente un principio propio del Derecho ambiental, sino uno común al Derecho en general, ya que el Derecho contiene diversas disposiciones referidas a la reparación del daño. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, en cuanto a la reparación civil extracontractual.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La actividad administrativa de inspección tiene por objeto verificar el cumplimiento de lo previsto por la ley, finalidad distinta y muchísimo más amplia que la potestad sancionadora. Pareciera que el sesgo sancionador está llevando a limitar los efectos de la inspección para los casos de incumplimiento y sanción sin advertir la utilidad de la inspección o supervisión en la promoción del cumplimiento

ambiental. Si las entidades públicas siguen limitando la supervisión ambiental a la sola tarea de advertir incumplimientos para sancionar, la gestión ambiental estatal peruana quedará atrofiada en su capacidad de reacción frente al daño al ambiente.

En su labor fiscalizadora y sancionadora, las entidades públicas deben respetar los principios de legalidad y tipicidad dispuestos por la Ley del Procedimiento Administrativo General. El no hacerlo está llevando a los administrados a acudir al control judicial de las decisiones administrativas, perjudicando innecesariamente la inversión y sobrecargando las labores del Poder Judicial. La creación del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, regido por el OEFA, debe promover que la gestión ambiental estatal evolucione y tenga un carácter promotor de la producción limpia, caracterizándose no solo por el mero control, sino también por incentivar a que la industria invierta más recursos en prevenir la contaminación.

La Administración ambiental peruana no está influyendo debidamente en las conductas de las empresas, debiendo incentivarlas para que asuman estándares por encima del cumplimiento mínimo legal. Creemos que eso se debe a la actual gestión pública carente de mecanismos de incentivo, lo cual la convierte en una gestión pública reactiva y punitiva que no favorece la conservación del ambiente.

La Administración ambiental tiende a actuar sola sin tomar en cuenta la participación de los ciudadanos y sector empresarial en su gestión. Esta participación es indispensable para poder llegar a definir un marco promotor de la industria limpia en nuestro país. Como acertadamente lo ha dicho el profesor Nieto y lo señalábamos arriba: *"No se trata del Estado contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto con los ciudadanos contra los infractores"*.

16 PATIÑO POSSE, Miguel. *Derecho Ambiental Colombiano*. Legis Editores S.A. Colombia, 1999, p. 66.