

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos
Naturales**

**Análisis de la validez jurídica de la figura del daño potencial empleada por OEFA
en el sub sector hidrocarburos**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Ambiental y de los Recursos Naturales**

AUTOR:

KAREN RUTH PACHAS ORTEGA

ASESOR:

ISABEL CALLE VALLADARES

CODIGO DE ALUMNO:

20204273

2020

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo determinar la validez jurídica de la figura del daño potencial regulado en la Ley General del Ambiente y empleado, para efectos del presente estudio, por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, institución que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador atribuye responsabilidad administrativa y sanciona, al advertir que el hecho imputado genera daño potencial a la flora, fauna y a la salud humana.

Por ese motivo, se realizó un análisis crítico del marco normativo del daño potencial, advirtiéndose que dicha figura desnaturaliza y desconoce los elementos concurrentes del daño ambiental y constituye una herramienta injustificada de exoneración de la carga de la prueba de OEFA, situación que generaría una vulneración de principios ambientales y administrativos tales como: principio de responsabilidad ambiental, principio de prevención, principio de debido procedimiento, principio de causalidad y el principio de verdad material.

Asimismo, y, sin perjuicio de lo antes mencionado, se propone una alternativa intermedia, a fin de que exista una relación armoniosa y congruente entre la protección al ambiente y la seguridad jurídica.

CONTENIDO

1. Introducción.....	4
2. CAPÍTULO I: El daño potencial	
2.1 El daño ambiental	
2.1.1 Concepto.....	5
2.1.2 Elementos concurrentes.....	6
2.1.3 Tipos de daño ambiental.....	8
2.2 El daño potencial	
2.2.1 Concepto de daño potencial.....	9
2.2.2 Marco normativo.....	10
2.3 El riesgo ambiental	
2.3.1 Concepto y base legal.....	12
2.3.2 Metodología para la estimación del nivel de riesgo.....	13
2.4 Diferencia conceptuales.....	14
3. CAPÍTULO II: Críticas al daño potencial	
3.1 La no exigencia de carga probatoria	16
3.2 La relación de causalidad.....	18
3.2.1 Principio de responsabilidad administrativa.....	19
3.2.2 La exigencia de causalidad.....	20
4. CAPÍTULO III: Vulneración de principios	
4.1 Análisis de la aplicación de la figura de daño potencial.....	22
4.2 ¿Se vulneraron principios?.....	25
4.2.1 Principio de prevención.....	26
4.2.2 Principio de internalización de costos.....	30
4.2.3 Principio de debido procedimiento.....	31
4.2.4 Principio de causalidad.....	33
4.2.5 Principio de verdad material.....	34
5. Conclusiones.....	35
6. Bibliografía.....	38

ANÁLISIS DE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIGURA DEL DAÑO POTENCIAL EMPLEADA POR OEFA EN EL SUB SECTOR HIDROCARBUROS

1. INTRODUCCIÓN

El Perú es un país que tiene una gran diversidad de recursos naturales, siendo uno de los más importantes para nuestra economía el sector hidrocarburos. Su importancia se inicia con el primer pozo petrolero de Sudamérica realizada en Piura en el año 1863, puesto que desde ese momento la industria, la economía y las preocupaciones sociales y ambientales cambiaron en nuestro país. Asimismo, la importancia de este sector si bien solo representa el 1.42 % del PBI nacional, su verdadero aporte a la economía nacional es mayor puesto que permite generar productos que representan insumos esenciales para los procesos productivos de varios sectores.

La industria petrolera, a nivel nacional e internacional, debido a la complejidad de su ejecución supone por sí sola riesgos de distintas naturalezas tales como: los de naturaleza económica, puesto que el otorgamiento de la concesión no supone el éxito de la operación debido a la incertidumbre en la estimación de las reservas; los de naturaleza social, razón por lo cual la figura denominada “licencia social” juega un papel esencial para el desarrollo de cualquier proyecto extractivo, puesto que los antecedentes en la industria demuestran que a pesar de que la Empresa cuente con todos los títulos habilitantes, el desarrollo de la misma puede ser obstaculizada y paralizada por la población, tal es así que de acuerdo a lo informado por la Defensoría del Pueblo, en setiembre de 2019, los conflictos socio ambientales representaron más del 60% del total de conflictos generados en el sub sector.

Otro riesgo propio de la industria son los de naturaleza ambiental que, para efectos del presente trabajo académico, considero el más relevante, puesto que como lo menciona Wiseman, Jacobs y Gradijan¹, el suelo puede ser contaminado con

¹ WISEMAN, HANNAH JACOBS, and FRANCIS GRADIJAN. "Regulation of shale gas development, including hydraulic fracturing." University of Tulsa legal studies research paper, 2011 citado por VALDÉS AGUIRRE, Claudia Lucía. “El Fracking: impactos ambientales y socioeconómicos”. Madrid, España: p. 1-9

productos químicos durante el transporte, almacenamiento o disposición de éstos, además de la contaminación que se da por las filtraciones de fluido durante la perforación y el bombeo a subsuelo de la mezcla, es decir, el simple hecho de realizar la actividad supone un alto riesgo de contaminación ambiental.

Debido a los riesgos antes mencionados, surge la obligación por parte del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica y el cuidado del ambiente, por lo cual, deberá realizar las acciones necesarias a fin de que las actividades económicas se realicen de manera sostenible y no se afecten los ecosistemas, más aún por el incremento en estos últimos años de accidentes y derrames de petróleos, situaciones que exigen una intervención por parte del Estado.

Una de las acciones adoptadas por el Estado fue la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (**en adelante, “OEFA”**) quien, debido a la transferencia de funciones mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD, a partir del año 2011, es la autoridad competente para fiscalizar y supervisar aspectos ambientales en el sub sector hidrocarburos.

OEFA, en el marco de sus funciones establecidas en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental- Ley N° 29325, ha realizado diversas fiscalizaciones a los eventos ambientales ocurridos en el sector hidrocarburos, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables, sin embargo, existen cuestionamientos al desarrollo de esas facultades –tales como la de fiscalizar aspectos de seguridad de la infraestructura que son de competencia exclusiva de OSINERGMIN -, siendo una de ellas la atribución de responsabilidad administrativa por la comisión de una conducta que genera daño potencial a la flora, fauna y/o salud humana.

Por lo anterior, y con el objetivo de que la actuación de la autoridad administrativa se encuentre alineada a los principios ambientales y administrativos, este trabajo académico busca realizar un análisis crítico y determinar la validez jurídica de la figura del daño potencial regulado en la Ley General del Ambiente y empleado, para efectos del presente estudio, por OEFA.

El presente trabajo se divide en tres capítulos. En el primer capítulo se desarrolla el marco conceptual y normativo del daño ambiental y potencial. En el segundo capítulo se realiza un análisis crítico de la figura del daño potencial, a fin de verificar su validez jurídica. En el tercer capítulo, a partir del estudio de diferentes pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización de OEFA, se materializa el análisis crítico y conceptual de la figura del daño potencial, con el objetivo de determinar si el empleo de la misma implicaría la vulneración de principios ambientales y administrativos; y por último, se desarrollan las conclusiones.

2.- CAPÍTULO I: DAÑO AMBIENTAL

2.1 El daño ambiental

El daño ambiental tiene muchas definiciones y alcances, los cuales han sido materia de diversos estudios por la doctrina nacional e internacional y por la jurisprudencia. En ese sentido, y para efectos de análisis de la presente investigación, resulta importante primero definir los términos que la integran.

Por su parte, la Real Academia Española define el verbo “dañar”² como aquella conducta que causa detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. De otro lado, se indica que el término “ambiental”³ se encuentra relativo al ambiente, término que a su vez es definido como *“aire o atmósfera de un lugar”*.

Asimismo, y a partir de la definición del daño, podemos identificar sus características específicas, tales como: a) irreversibilidad; b) acumulatividad; c) difuso por su forma de exteriorizarse por la forma en que se determina la relación causa-efecto; d) carece de espacialidad determinada; e) sus efectos son colectivos y no particulares; f) entre otros.

De otro lado, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley General del Ambiente- Ley N° 28611, se define el daño ambiental de la siguiente manera:

² <https://dle.rae.es/da%C3%B1ar?m=form>

³ <https://dle.rae.es/ambiental?m=form>

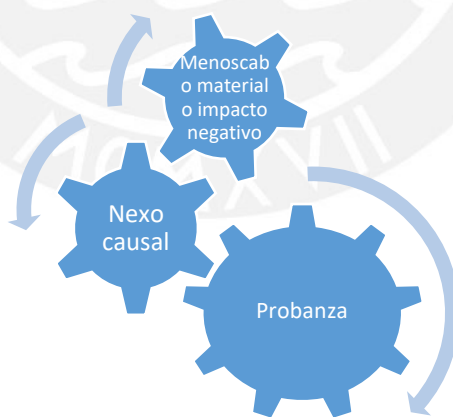
Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente o alguno de sus componentes, que puede ser causado en contravención o no de alguna disposición jurídica, y que genere efectos negativos actuales o potenciales.

Opinión que comparte Karl Larenz⁴, quien define el daño ambiental como: “(...) el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o alteración negativa, o evento determinado sufre una persona, en tres aspectos fundamentales, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio (...)”

Por lo expuesto, en base a las definiciones antes mencionadas, se concluye que el concepto del daño ambiental como concepto integrado se utiliza para hacer referencia al detrimento, impacto negativo, afectación de las componentes de la naturaleza, situación que vulnera el derecho fundamental que tiene toda persona de gozar de un ambiente saludable, equilibrado u adecuado para su pleno desarrollo, de conformidad a lo establecido en el numeral 22 del Artículo 2º de la Constitución Política.

2.1.1 Elementos concurrentes

En base a la definición expuesta en la Ley General del ambiente, considero que los elementos concurrentes del daño ambiental son los siguientes:



En ese sentido, es necesario que antes de imputar la responsabilidad administrativa por la existencia de una conducta que genere un daño ambiental, se deberá verificar la existencia del daño y el alcance de sus efectos, puesto que ello

⁴ Karl Larenz. Derecho de las Obligaciones. Alianza. (1959). Pág. 193.

permitirá obtener una efectiva y debida reparación del ambiente afectado, situación que no es posible cuando se configura un daño potencial.

2.1.2 Tipos de daño ambiental⁵

La doctrina nacional e internacional han establecido diferentes tipos de daño ambiental, sin embargo, para efectos del presente análisis, solo consideraremos las siguientes:

- a) **Daño real o concreto:** Es definido por OEFA como aquel daño que causa detrimento, pérdida, impacto negativo o **perjuicio actual y probado**, causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas.

Compartiendo esa definición, el profesor Carlos de Miguel Perales señala lo siguiente sobre de daño ambiental “(...) *es aquel sufrido por una persona determinada, en su propia persona, como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental (por ejemplo, intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminada por una industria), o en sus bienes, cuando estos forman parte del medio ambiente (un bosque, por ejemplo) o cuando resultan dañados como consecuencia de agresión al ambiente (...)*”⁶

- b) **Daño potencial:** el cual será definido y desarrollado en el siguiente numeral.
- c) **Daño ecológico:** Denominado también daño ecológico puro o daño al medio ambiente, se define como aquel daño que afecta al conjunto del medio natural o alguno de sus componentes considerando como patrimonio colectivo independientemente de sus repercusiones sobre las personas o sus bienes”⁷.

⁵ Véase GONZALES MÁRQUEZ, José Juan. *La Responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. México D.F.* Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente, 2003, p. 26

⁶ Carlos Miguel Perales. De La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Civitas. (1994). Pág. 85.

7

En ese sentido, en este tipo de daño solo hay afectación a los bienes jurídicos ambientales, no considerándose la afectación, por ejemplo, al factor humano.

- d) **Daño por influjo ambiental:** en este tipo de daño, a diferencia del daño ecológico, en el análisis de las consecuencias del daño se centran en determinar el impacto negativo y/o detrimento que ha generado a la salud de las personas que se encuentran dentro del área de influencia, es decir, se refiere principalmente a la afectación de la salud de las personas como consecuencia de la contaminación ambiental.

2.2 El daño potencial

2.2.1 Concepto de daño potencial

El artículo 142° de la Ley General del Ambiente, norma base del daño potencial, no establece una definición del dicho tipo de daño, por lo cual, al igual que lo realizado en el numeral 2.2.1 de la presente investigación, corresponde revisar la definición desarrollada por la Real Academia Española, quien define que el término potencial significa “*que puede suceder o existir*”.

En esa línea, OEFA, en el marco de su rol normativo⁸, aprobó el Lineamiento para la Aplicación de las Medidas Correctivas Previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22° de la Ley N° 29325- Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, mediante el cual define al daño potencial de la siguiente manera:

a.2) Daño potencial

Contingencia, riesgo, peligro, proximidad eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos circunstancias con

⁸ Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental- Ley N° 29325:

Artículo 11.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA:

(...)

e) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que fiscaliza

aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas

En base a los conceptos analizados líneas arriba, se puede advertir que el daño potencial no exige la materialización del impacto negativo, sino que solo hace referencia a la posibilidad de existencia de un daño al ambiente, elemento que analizaremos más adelante.

2.2.2 Marco normativo

La Ley General del Ambiente- Ley N° 28611 (**en adelante, “LA LEY”**), establece el marco normativo legal para la gestión ambiental en nuestro país, por lo cual, establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrio y adecuado.

En ese sentido, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley, establece lo siguiente sobre el daño potencial:

Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

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.

(Lo agregado es nuestro)

Asimismo, OEFA en el Lineamiento para la Aplicación de las Medidas Correctivas Previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22° de la Ley N° 29325- Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en cuyo artículo II establece definiciones a fin de esclarecer algunas categorías conceptuales.

En el numeral a.2) del artículo II del Lineamiento antes mencionado, OEFA define que el daño potencial es:

a.2) Daño potencial

Contingencia, riesgo, peligro, proximidad eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos circunstancias con

aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

En esa línea, OEFA mediante Resolución de Consejo Directivo N° 035-2015-OEFA/CD aprobó la tipificación de las infracciones administrativas y estableció la escala de sanciones aplicable a las actividades desarrolladas por las empresas del subsector hidrocarburos que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, en donde además de tipificar las infracciones administrativas, se estableció como agravante lo siguiente-las más importantes-:

CONDUCTA INFRACTORA	SUB TIPO	ESCALA DE SANCIÓN
No adoptar medidas de prevención para evitar la ocurrencia de un incidente o emergencia ambiental que genere un impacto ambiental negativo.	Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna	DE 20 HASTA 2000 UIT
	Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana	DE 30 UIT HASTA 3000 UIT
No adoptar, en caso de siniestros o emergencias (como derrames), medidas relacionadas con el control y minimización de sus impactos, de acuerdo al Plan de Contingencia; o no efectuar la descontaminación y rehabilitación de las áreas afectadas como consecuencia del siniestro o emergencia.	Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna	DE HASTA 20 HASTA 2000 UIT
	Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana	DE 30 HASTA 3000 UIT
	Si la conducta genera daño real a la flora o fauna,	DE 40 HASTA 4000 UIT
	Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana	DE 50 HASTA 5000 UIT
No cumplir con la rehabilitación complementaria del área contaminada o afectada por el siniestro o emergencia, cuando corresponda	Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna	DE HASTA 20 HASTA 2000 UIT
	Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana	DE 30 HASTA 3000 UIT
	Si la conducta genera daño real a la flora o fauna	DE 40 HASTA 4000 UIT
	Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana	DE 50 HASTA 5000 UIT
No contar con un sistema para recolectar aguas residuales, así como productos químicos, lubricantes y combustibles derramados en la plataforma de perforación en el mar o en los lagos	Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna	DE 5 HASTA 500 UIT
	Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana	DE 3 HASTA 300 UIT
	Si la conducta genera daño real a la flora o fauna	DE 5 HASTA 500 UIT
	Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana	DE 10 HASTA 1000 UIT

A manera de resumen, a continuación, se detalla la escala de sanciones sobre el daño potencial:

- Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna, OEFA podría imponer una multa de cinco (5) hasta dos mil (2 000) UIT, dependiendo de la infracción incurrida.
- Si la conducta genera daño potencial a la salud o la vida humana OEFA podría imponer una multa de tres (3) hasta tres mil (3 000) UIT, dependiendo de la infracción incurrida.

En ese sentido, se puede advertir que daño potencial: a) tiene una base legal específica que establece elementos para su configuración, aspecto que será materia de análisis en la presente investigación; b) su configuración constituye un elemento agravante de la infracción administrativa, por lo cual, es pasible de atribución de responsabilidad administrativa; y, c) su configuración puede ser sancionada pecuniariamente por OEFA.

2.3 Riesgo ambiental

2.3.1 Concepto y base legal

De la revisión de la Ley General del Ambiental- Ley N° 28611- norma base del sector ambiental- advertimos que no existe una definición del término “riesgo ambiental”.

En concordancia, en la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD mediante la cual se aprobó el Reglamento de Supervisión, tampoco existe una definición expresa del término “riesgo ambiental”, sin embargo, a diferencia de la norma antes mencionada establece como principio de la función de supervisión el de Orientación a riesgos, mediante el cual en el ejercicio de la supervisión se toma en consideración el riesgo ambiental que pueda generar el desarrollo de la actividad del administrado, teniendo en cuenta el nivel de sus consecuencias, así como la probabilidad de su ocurrencia.

La inclusión del principio antes mencionado si bien resulta importante para el ejercicio de la función fiscalizadora, no permite conocer mayores alcances de la definición del término “riesgo ambiental”.

De la revisión de diferentes normativas, identifiqué que en la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2017-OEFA/CD, OEFA aprobó la “Directiva para la Identificación de Sitios Impactados por Actividades de Hidrocarburos, y su Anexo “Metodología para la Estimación del Nivel de Riesgo a la Salud y al Ambiente de Sitios Impactos”, en cuyo numeral 3 define el riesgo de la siguiente manera:

***Riesgo:** Probabilidad o posibilidad de que un contaminante pueda ocasionar efectos adversos a la salud humana, en los organismos que constituyan los ecosistemas o en la calidad de los suelos y del agua, en función de las características y de la cantidad que entra en contacto con los receptores potenciales, incluyendo la consideración de la magnitud o intensidad de los efectos asociados y el número de individuos, ecosistemas o bienes que, como consecuencia de la presencia del contaminante, podrían ser afectados tanto en el presente como escenarios futuros dentro del uso actual o previsto del sitio. Para el presente documento.*

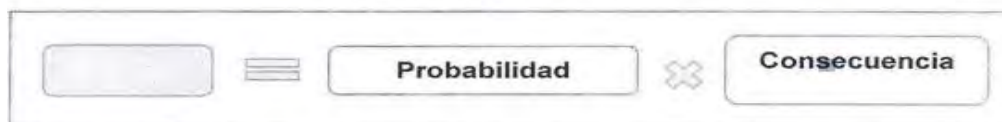
Del análisis de la definición precitada, advertimos que las características de dicha figura son: a) Probabilidad de ocurrencia de daño; y, b) Existencia de efectos adversos. El desarrollo de estas características serán detalladas en el numeral 2.4 del presente trabajo.

2.3.2 Metodología para la estimación del nivel de riesgo

OEFA mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-OEFA-CD aprobó la “Metodología para la estimación del nivel de riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables”, cuyo objetivo es estimar el nivel de riesgo que genera el incumplimiento de obligaciones fiscalizables, a fin de determinar si es leve o trascendente, puesto que de conformidad a lo dispuesto en el Reglamento de Supervisión, son fáctica y jurídicamente posibles subsanar los incumplimientos leves, debido a que los mismos involucran un daño potencial a la flora y fauna, o a la vida o salud de las personas, siempre y cuando impliquen un riesgo leve.

En el numeral 2 de la Metodología antes mencionada, se dispone que el riesgo ambiental se establece considerando la probabilidad de ocurrencia de un accidente y su consecuencia negativa sobre el entorno natural y/o humano, el mismo que se calcula a través de la siguiente fórmula:

Fórmula N° 1



Asimismo, en dicha metodología se desarrolla cada uno de los factores que intervienen en su determinación tales como: a) estimación de la probabilidad; b) estimación de la consecuencia del entorno humano; c) peligrosidad; d) extensión; f) personas potencialmente expuestas; g) medio potencialmente afectado; entre otros.

Adicionalmente, OEFA con la finalidad de hacer más accesible la aplicación de esa metodología, implementó el sistema virtual (<https://publico.oefa.gob.pe/sisriam/>) “Formulario para la Estimación del Nivel de Riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables”, donde se puede acceder, de una manera más amigable y fácil, el cálculo del riesgo ambiental.

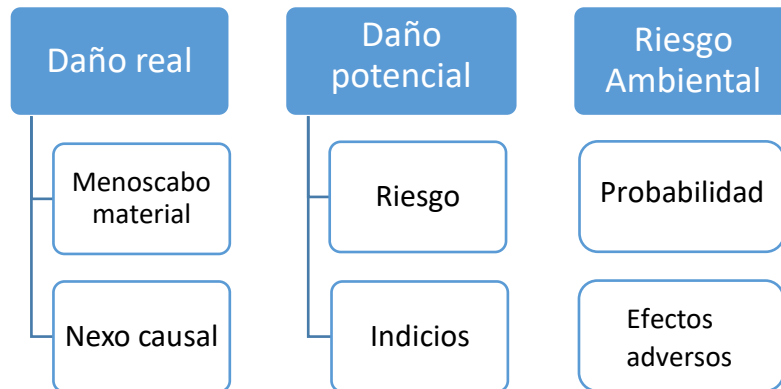
En esa línea, la existencia de una metodología y el desarrollo de los factores que intervienen y permiten efectuar su cálculo, constituye por sí solo una herramienta que permite a los administrados conocer, a más detalle, la forma como la autoridad administrativa califica un riesgo y cómo se cuantifica los efectos.

En ese sentido, OEFA al establecer una metodología que permita conocer a los administrados los factores para su determinación está brindando seguridad jurídica, puesto que como bien indica el autor colombiano Javier G. Rincón Salcedo (2011, p.33) la seguridad jurídica es la “(...) *expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible y como tal, es por sí sola fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública, lo que implica que su consolidación y garantía constituyan uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier Estado (...)*”.

2.4 Diferencias conceptuales

2.4.1 Daño real vs daño potencial vs riesgo ambiental

Para un mejor entender, adjunto el siguiente cuadro comparativo:



Desarrollando el esquema planteado líneas arriba, considero que resulta evidente las diferencias identificadas, puesto que como bien hemos señalado, para la configuración del daño ambiental real se exige evidencia que el componente ambiental ha sido afectado, teniendo como medios probatorios por ejemplo: inspecciones especializadas, resultados de monitoreo ambientales, entre otros; herramientas que podrán permitir a la autoridad administrativa: a) determinar la magnitud del área afectada; b) el componente ambiental afectado; c) el grado de afectación; y, d) las medidas de reparación necesarias.

Contrario sensu, en el daño potencial, la materialización de la conducta infractora no es necesario, puesto que dicha figura solo exige la existencia de un riesgo - aspecto que desde mi punto de vista es cuestionado puesto que la actividad de hidrocarburo de por sí es una actividad riesgosa-, aspecto que no permite tener certeza de la afectación al ambiente y menos determinar las medidas correctivas para su mitigación.

Sobre el nexo causal, indicamos que el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente establece que toda persona causante de la degradación del ambiente y sus componentes está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda, exigencia que no se cumple en el caso del daño potencial puesto que dicha figura no se encuentra presente, ya que solo basta la existencia de una posibilidad de que ocurra un daño para ser considerado una conducta infractora pasible de sanción.

La situación antes descrita, no permitirá que la autoridad administrativa dicte medidas correctivas de acuerdo a ley, puesto que según lo dispuesto en el inciso v) del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OEFA, dispone que es la obligación del responsable del daño de restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, aspecto que no será posible advertir en la determinación de responsabilidad administrativa, puesto que la autoridad no tiene certeza de la ocurrencia del daño.

De otro lado, resulta curioso advertir que si existen diferencias entre la figura del daño potencial y riesgo ambiental, pese a que de un primera lectura de sus definiciones, hace suponer que estamos frente a la misma figura jurídica, sin embargo, la principal diferencia es la **existencia de un factor contaminante**, elemento que si es exigido en el riesgo ambiental y no en el daño potencial.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, consideramos necesario que la autoridad evalué la co-existencia de ambas figuras (daño potencial y riesgo ambiental), puesto en la práctica y, por los motivos que explicaremos en capítulo siguiente, la segunda se ajusta más a las condiciones de daño ambiental y, además, existen mayores herramientas que permiten al administrativo conocer cuáles son los criterios que utiliza la administración para su cálculo, situación que ampara un debido procedimiento.

3. CRITICAS AL DAÑO POTENCIAL

3.1 La no exigencia de carga probatoria

Como cuestión previa, resulta importante mencionar que el término “prueba” es usado para aludir: 1) a la demostración de un hecho, 2) al medio a través del cual este se demuestra y 3) a la forma como es que se hace valer ante el tribunal⁹. En esa línea, la prueba es la demostración de lo que se afirma dentro de un proceso

⁹ Juan Orrego, “Teoría de la prueba”, 1, acceso el 03 de agosto de 2017, <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd47/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f79058004678c1b1a1ece793776efd47>

debiendo diferenciarse del “medio probatorio”, que es el vehículo a través del cual se va a probar lo alegado en el procedimiento.

Sobre el particular, en el numeral 2 del artículo 253° del Título Preliminar del T.U.O de la Ley de Procedimiento Administrativo General (**en adelante, “LPAG”**), aprobado por Decreto Supremo N° 004.2019-JUS, establece que la autoridad administrativa antes del iniciación formal de un procedimiento administrativo sancionar deberá realizar las actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

En ese sentido, la autoridad administrativa antes de iniciar un PAS deberá verificar si concurren elementos que justifiquen o hagan suponer la comisión de una conducta infractora, por lo cual, ello hace suponer que la resolución de inicio de PAS constituye la primera manifestación de la carga que tiene la autoridad.

Sin embargo, lo mencionado en el párrafo anterior no ocurre en todos los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por OEFA cuando advierte que la supuesta conducta infractora genera daño potencial a la flora, fauna y/o salud humana, puesto que en la resolución de inicio no es posible verificar los elementos suficientes que sustenten la iniciación del procedimiento, es decir, no se puede verificar que el daño potencial alegado por la autoridad administrativa se encuentre probado.

Asimismo, en aplicación del principio de Impulso de Oficio -establecido en el numeral -y de oficialidad de la carga de la prueba, es la administración la que debe presentar todos los medios probatorios que sirven para demostrar la responsabilidad del administrado, quien debe tener la posibilidad de conocerlos plenamente de tal forma que pueda refutarlos de la manera como considere más pertinente, sin embargo, ello no ocurre en la realidad, puesto el ejercicio del derecho de defensa que tienen los administrados se encuentra limitado al no poder desvirtuar la imputación efectuada por la autoridad administrativa.

En ese sentido, consideramos que la figura del daño potencial exonera de manera injustificada la carga de la prueba que tiene OEFA, para sustentar, de manera preliminar, la presunta comisión de una conducta infractora, a pesar, que dicha

autoridad administrativa de conformidad a lo establecido en el artículo 174° y 175° del T.U.O de la LPAG se encuentra facultada a disponer de la actuación probatoria, por lo cual podrá: 1) recabar antecedentes y documentos; 2) solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo; 3) Conceder audiencia a los administrados; 4) consultar documentos y actas; y, 5) practicar inspecciones oculares, cuando no tenga por cierto los hechos.

En concordancia, de conformidad al Principio de Verdad Material, regulado en el numeral 1.11 del artículo IV del T.U.O de la LPAG, se establece que la autoridad administrativa deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual **deberá adoptar todas las medidas probatorias**, situación que tampoco se puede verificar en los procedimientos sancionadores que se pretende sancionar por la ocurrencia del daño potencial.

En esa línea, comparto lo alegado por ALLAN R. BREWER¹⁰ quien señala que: *“(...) la carga de la prueba corresponde, íntegramente, a la Administración Pública. Es la iniciativa de la Administración la que produce el establecimiento de una sanción, y es la Administración quien debe probar las situaciones de hecho que pueden provocar la aplicación de esa sanción. La Administración, en este sentido, tiene que realizar todos los actos necesarios para lograr la precisa determinación de la circunstancia a los efectos de aplicar los supuestos de derecho que consagra la sanción en particular (...)”*.

Por lo expuesto, soy de la opinión que resulta arbitrario que se exonere a OEFA la obligación de acreditar mediante medios probatorios válidos que la conducta que está siendo sancionada se debe a la ocurrencia de un daño potencial al ambiente, puesto que como bien se ha mencionado líneas arriba, dicha autoridad administrativa goza de todas las facultades para actuar pruebas que generen certeza de la ocurrencia del daño al ambiente.

3.2 La relación de causalidad

3.2.3 Principio de responsabilidad ambiental

¹⁰ BREWER CARIAS, Allan R. La Carga de la prueba en el Derecho Administrativo. Pág 30-31-

En el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente se establece lo siguiente sobre el Principio de Responsabilidad Ambiental:

Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

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 esa línea, el artículo 144° de la Ley General del Ambiente, establece lo siguiente sobre la responsabilidad ambiental:

Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

Al respecto, consideramos que el principio de responsabilidad ambiental establece un objetivo claro: el que causa un daño ambiental se encuentra obligado a repararlo. Sin embargo, la forma en que se materializa dicho principio en la realidad es lo que nos preocupa. Específicamente, el modo en que la Administración Pública lo aplica a propósito de la comisión de una infracción administrativa de carácter ambiental.

En concordancia, el Código Civil también regula el tema de la responsabilidad, en el marco general, al establecer en el artículo 1970 que: “(...) **aque**l que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa **causa un daño a otro, está obligado a repararlo** (...)”

Sobre el particular, se advierte que la normativa exige acreditar la ocurrencia de un daño, exigencia que considero justificada puesto que el desarrollo de la actividad de hidrocarburo supone por si sola la existencia de riesgos ambientales,

sin embargo, ese no es motivo suficiente para sancionar a una empresa, ya que como bien se mencionó líneas arriba, se requiere verificar primero la concurrencia de los elementos de configuración del daño ambiental, situación que no será posible al imputar responsabilidad administrativa por una conducta que genera daño potencial al ambiente.

Finalmente, comparto la opinión de Gadwyn Sánchez Yaringaño quien en su artículo titulado “El Principio de Responsabilidad Ambiental y su Aplicación por la Administración Pública en el Marco de los Procedimientos Administrativos Sancionadores: Una perspectiva Crítica”, señala lo siguiente: “(...) *de la definición de daño ambiental que nuestro ordenamiento adopta se desprende que, únicamente, se configura un daño de esta naturaleza cuando existe un “menoscabo material”; por ende, se excluye cualquier afectación de carácter inmaterial. Esta primera distinción resulta de suma importancia ya que por imperio de la Ley el daño ambiental se circunscribe a todos aquellos impactos materiales en el medio ambiente; es decir, verificables en la realidad a través de los métodos propios de la ciencia y de la tecnología (...)*”

3.2.4 La exigencia de causalidad

En el numeral 8 del artículo 248° del T.U.O. de la LPAG se establece como uno de los principios rectores del procedimiento administrativo sancionador, que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa de la infracción sancionable.

Al respecto, Morón Urbina¹¹ nos dice: “(...) *la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. (...) No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable (...) A falta de norma, en nuestro derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para*

¹¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición. 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 723 – 724.

ejercer legítimamente la potestad sancionadora. En efecto, nuestro Tribunal ha establecido “(...) la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable¹²”.

El artículo 74° de la Ley General del Ambiente- Ley N° 28611 establece lo siguiente:

Artículo 74.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

Asimismo, el numeral 141.1 del artículo 142° de la norma antes mencionada, establece sobre la responsabilidad por daños ambientales lo siguiente:

Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquél 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.

(LO AGREGADO ES NUESTRO)

Si bien la norma precitada no establece de manera expresa que para la atribución de responsabilidad debe existir una relación de causalidad entre la conducta infractora y el daño mismo, si establece que la responsabilidad recae sobre el sujeto que genera el daño ambiental.

Sobre el tema en particular, la exigencia de verificar una relación de causalidad se encuentra en todo el sistema jurídico, puesto que el primer elemento a analizar en todas las ramas del derecho es la existencia de una relación causa- efecto, sin

¹² Sentencia Expediente N° 2868-2004-AA/TC.

embargo, en el caso del daño potencial no es posible establecer esa relación ya que la configuración del mismo no requiere materializar un daño.

Al respecto, OEFA incurre en una conducta arbitraria al sancionar por la comisión de un daño potencial al ambiente, flora, fauna y/o salud humana, cuando no existe evidencias que acrediten que la persona sancionada ha realizado una conducta omisiva o activa y que la misma haya producido un daño, más aún cuando el Tribunal de OEFA en diferentes jurisprudencias ha establecido como precedente que la relación de causalidad exige la verificación de dos elementos:

- a) Ocurrencia de los hechos que sirven de base para la atribución de responsabilidad. No es posible verificar la concurrencia de este elemento en el caso del daño potencial, puesto que como bien hemos mencionado líneas arriba, este figura no exige la ocurrencia de un hecho en particular, sino solo indicios.
- b) Ejecución de tales hechos por parte del sujeto generador del daño ambiental.

En ese sentido, en la figura del daño potencial no es posible verificar la existencia de una relación de causalidad, entonces ¿cómo es posible que sancione a una persona y/o empresa cuando no existe certeza de generar un daño? Definitivamente esta es una de las grandes interrogantes que sustentan la falta de validez jurídica del daño potencial.

4. CAPÍTULO III: Vulneración de principios

4.1 Análisis de la aplicación de la figura de daño potencial

Para entender el análisis doctrinal realizado líneas arriba, resulta importante dar una mirada a la jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental, en el sector Sub Hidrocarburos, puesto la evaluación de los planteamientos casuísticos permitirá determinar si dicha figura vulnera principios ambientales y administrativos.

Asimismo, si bien la jurisprudencia es considerada una fuente secundaria, indirecta o como bien señala Peña Puig una verdadera norma semioficial¹³, la importancia

¹³ PUIG PEÑA (1957) pp. 367-368

de la labor jurisprudencial es innegable y nadie discutiría el papel fundamental que juega en la interpretación y armonización del ordenamiento jurídico, situación que constituye una razón más para no dejar de lado el análisis de la aplicación que ha realizado el Tribunal de Fiscalización Ambiental sobre el daño potencial.

Como cuestión previa, resulta importante mencionar que el análisis se realiza sobre los pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Ambiental, puesto que dicha órgano colegiado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20° del Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM tiene la función de conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.

En esa línea, en el cuadro resumen que, a continuación se adjunta, consta algunos pronunciamientos reiterados del Tribunal de Fiscalización Ambiental sobre la configuración del daño potencial:

N° DE EXPEDIENTE	N° DE RESOLUCIÓN	PRONUNCIAMIENTO DE OEFA
EXP. N° 2765-2018-OEFA/DFA I/PAS	RES. N° 446-2019-OEFA/TFA-SMEPIM	<p>OEFA mediante Resolución Directoral N° 882-2019-OEFA/DFAI resolvió atribuir responsabilidad administrativa al GRUPO REGA SERVICIOS S.A.C. por haber incumplido lo establecido en el instrumento de gestión ambiental aprobado, generando daño potencial a la vida o salud humana toda vez que no realizó el monitoreo de calidad de aire en los puntos comprometidos, durante el primer, tercer y cuarto trimestre de 2015, de acuerdo a su compromiso establecido en su DIA.</p> <p>Ante ello, el administrativo con fecha 8 de julio de 2019 interpuso recurso de apelación contra la resolución antes mencionada. El Tribunal de Fiscalización Ambiental confirmó la resolución apelada bajo el siguiente argumento:</p> <p>63. Con ello en cuenta, siendo que el administrado no realizó el monitoreo de calidad de aire en dos (2) estaciones de monitoreo, conforme con el instrumento de gestión ambiental, se concluye que se produjo un daño potencial a la vida y salud de las personas, en la medida que la actividad de comercialización genera emisiones al ambiente en el cual laboran los trabajadores, concurren los consumidores y se desenvuelve la población cercana, con lo cual la concentración de parámetros requeridos en la normativa ambiental no ha podido ser medida de forma adecuada. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos expuestos por el administrado en el presente extremo.</p>

<p>EXP. N° 0849-2019-OEFA/DFA I/PAS</p>	<p>RES. N° 026-2019-OEFA/TFA-SE</p>	<p>En este procedimiento administrativo sancionador, OEFA atribuyó responsabilidad administrativa a la empresa SAPET DEVELOPMENT PERÚ INC. SUCURSAL PERU por la comisión del siguiente hecho imputado: “(...) <i>SAPET no adoptó las medidas de prevención correspondientes para evitar los impactos negativos (suelos impregnados de hidrocarburo detectados en seis (6) instalaciones del Lote VI (...))</i>”.</p> <p>Como consecuencia del recurso de apelación presentado por el administrativo, el Tribunal resolvió, entre otros puntos-: a) dejar sin efecto la multa de 12.6 UIT impuesto mediante Resolución Directoral N° 3305-2018-OEFA/DFAI; y, b) confirmar la declaración de responsabilidad administrativa bajo el siguiente argumento:</p> <p>52. En efecto, la falta de adopción de medidas preventivas habría generado que se contamine el suelo⁴⁸ del entorno con hidrocarburos, ocasionándose daños potenciales a la flora y fauna. Sobre el primer componente, los hidrocarburos alteran las propiedades físicas y químicas del suelo y las plantas⁴⁷, ya que impiden el proceso de intercambio gaseoso (respiración y fotosíntesis), captación de energía solar y saturan los espacios aéreos desplazando el oxígeno necesario para las raíces⁴⁸. Respecto a la fauna, los hidrocarburos pueden causar el envenenamiento de los animales de este entorno⁴⁹.</p>
<p>EXP N° 0001-2019-OEFA/DFS AI/PAS</p>	<p>RES. N° 033-2019-OEFA/TFA-SE</p>	<p>En el presente procedimiento administrativo sancionador, OEFA mediante Resolución Directoral N° 1467-2019-OEFA atribuye a la empresa ESTACIÓN DE SERVICIOS PETROSANLUIS E.I.R.L la comisión de la siguiente conducta infractora: “(...) <i>el administrado incumplió lo establecido en el instrumento de Gestión Ambiental, generando daño potencial a la flora o fauna, toda vez que no canalizó las aguas procedentes del lavado de vehículos, de conformidad al compromiso establecido en su DIA (...)</i>”</p> <p>Como consecuencia del recurso de apelación presentado por el administrativo, el Tribunal resolvió: a) dejar sin efecto la medida correctiva, dado que la misma no cumple con su finalidad; y, b) confirmar la declaración de responsabilidad administrativa.</p>
<p>EXP N° 897-2018-OEFA/DFA I/PAS</p>	<p>RES. N° 181-2019-OEFA/TFA-SMEPIM</p>	<p>En el presente procedimiento administrativo sancionador, OEFA mediante Resolución Directoral N° 3379-2018-OEFA/DFAI imputó a la empresa TRANSPORTES Y COMBUSTIBLES FER E.I.R.L la comisión del siguiente hecho imputado: “(...) <i>no realizó una descontaminación efectiva de la zona afectada por el derrame de diésel ocurrido en el km 2 carretera Huacho Sayán, altura del km 104 de la carretera panamericana Norte, debido a la volcadura del camión tanque placa BOE-718; toda vez que el parámetro TPH en la Fracción F2 en los puntos de muestreo FER, 6, ESP-2, FER, 6, EPS-3 Y FER, 6, ESP-4, superan el ECA suelo-uso agrícola (...)</i>”.</p>

		<p>Como consecuencia del recurso de apelación presentado por el administrativo, el Tribunal resolvió, entre otros puntos:- a) dejar sin efecto la multa de 5.722 UIT impuesto mediante Resolución Directoral N° 3379-2018-OEFA/DFAI; y, b) confirmar la declaración de responsabilidad administrativa bajo el siguiente argumento:</p> <p>17. Ello en la medida, que los resultados elevados de hidrocarburos en los suelos impactados a causa de la emergencia ambiental, representan un riesgo para la calidad ambiental del cuerpo receptor (suelo). En el caso del suelo, las principales consecuencias ambientales que se presentan después de un evento de contaminación por hidrocarburos son: la reducción o inhibición del desarrollo de la cobertura vegetal del lugar del derrame, los cambios en la dinámica poblacional de la fauna y la biota microbiana, puesto que niveles muy elevados pueden afectar de manera negativa resultado ^(sic) tóxica para el desarrollo microbiano. Todo esto hace que se destruyan muchos microorganismos indispensables para el mantenimiento de la funcionalidad del suelo.</p>
--	--	---

Por lo expuesto, se puede advertir que el Tribunal de Fiscalización Ambiental, ha validado que la configuración del daño potencial constituye un elemento agravante de la infracción administrativa, por lo cual, es pasible de sanción, sin embargo, de la revisión de los actuados que constan en la web sobre los expedientes mencionados en el cuadro precedente, no existe medios probatorios por parte de la autoridad administrativa tales como: informes de laboratorio, estudios especializados, etc, que permitan acreditar la existencia de un daño al ambiente, todo lo contrario, la mayor parte de los argumentos emitidos constituyen apreciaciones subjetivas.

En ese sentido, existen defectos en la interpretación del Tribunal de Fiscalización Ambiental, puesto que confirma la atribución de responsabilidad administrativa realizada por la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos, sin exigir que se acredite la existencia de un menoscabo ambiental.

4.2 ¿Se vulneran principios?

En el ordenamiento jurídico es evidente que existen lagunas o vacíos legales, puesto que es imposible regular todas las conductas que se generan como consecuencia de una actividad económica, debido a la ilimitada variedad y variabilidad de esas conductas tanto en el presente como en el futuro. Por esa

razón, surgen los principios son entendidos como fuentes normativas y como máximas que permiten sistematizar y organizar el sistema jurídico¹⁴, puesto que los mismos tienen la función de información, orientación, interpretación, integradora, subsidiaria, limitativa, entre otras, constituyendo así una fuente de derecho.

En esa línea, Mario Ronero Antola¹⁵ citando a Miguel Reale señala que los principios constituyen las bases teóricas y las razones lógicas del ordenamiento jurídico que recibe de ellas su sentido ético, su medida racional y su fuerza vital o histórica. De lo anterior se desprende que los principios generales del derecho no deben ser vistos en forma aislada de la problemática económica, social, cultural e ideológica de las sociedades humanas que se desenvuelven en un espacio y tiempo histórico concreto.

De acuerdo a lo indicado por Andaluz y Lamadrid, se desprende que los principios generales son proposiciones que gozan de contenido axiológico y/o técnico que permite generar una estructura y dar un funcionamiento a un ordenamiento jurídico. Además, se debe señalar que éstos se constituyen como normas que otorgan protección legal en todo lo relacionado a la conservación y gestión del medio ambiente.

En ese sentido, y con la finalidad de verificar si las críticas sobre el daño potencial detalladas en el numeral 3 del presente trabajo, se materializan con la vulneración de principios ambientales y administrativos, corresponde hacer el siguiente análisis:

4.2.1 Principio de Prevención

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 dispone la prevención como un principio fundamental en materia ambiental y lo vincula a la obligación de los Estados de emprender *“una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un*

¹⁴ I. Goyes Moreno, Memorias del IV Congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, “Los Principios en el Constitucionalismo Moderno, Universidad de Nariño, Colombia, Ediciones Edinar, Colombia, 2010. Pág. 10

¹⁵ ROMERO ANTOLA, Mario. Los principios del Derecho como fuente de derecho. Pág. 158.

impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente” (Declaración de Río, Principio 17).

Sobre el particular, en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiental se establece lo siguiente sobre el Principio de Prevención:

Artículo VI.- Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

Este principio *“es la regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente”*¹⁶ y se encuentra establecido en la mayoría de ordenamientos jurídicos e instrumentos internacionales ambientales, pues supone una estrategia de acción que se traduce en preferencia por la actuación previa al deterioro ecológico.

El objetivo esencial de la legislación ambiental –como herramienta de gestión - es *“evitar que el daño ocurra y, en todo caso, anticiparse a los hechos potencialmente nocivos, aplicando determinadas medidas destinadas a mitigar o atenuar sus efectos. Los dos factores destructivos a que debe anticiparse y cerrarles el paso en sus respectivas fuentes de origen, y que son las correspondientes actividades humanas, están constituidos por la contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales”*¹⁷.

Con relación a las características que constituyen el principio de prevención, Nava (2005: 827-828) sostiene lo siguiente:

“Tiene también dos vertientes. La primera, que se traduce en la prevención del daño ambiental in genere; y la segunda, que se refiere a la prevención del daño ambiental transfronterizo. Este principio se basa en la diligencia debida, el uso equitativo de los recursos naturales, la buena fe, y en general la buena vecindad. Lo que se busca es que se lleven acciones para evitar que ocurra un daño ambiental”.

¹⁶ Kiss Alexandre, Charles. Los principios generales del Derecho del medio ambiente. Universidad de Valladolid, Cuadernos de Cátedra, 1975, p. 73.

¹⁷ Antonio Andaluz. Derecho Ambiental. UPSA. Bolivia. 203, p.262

Al respecto, el principio de prevención tiene como finalidad evitar y reducir daños ambientales, por lo cual, constituye un mecanismo exigido por el Estado a las empresas, destinado a brindar protección al ambiente. Ahora bien, este principio un deber de diligencia y cuidado, que implica que los actores realicen una evaluación previa de los riesgos y peligros inherentes a su actividad, en un primer momento, se encuentran reflejados en los instrumentos de gestión ambiental y en la normativa sectorial –LMP, PAMA, ECA- entre otros instrumentos jurídicos.

Del análisis de este principio en el marco de la aplicación de la figura de daño potencial, advierto que si bien las empresas en cumplimiento de la normativa ambiental incluyen en sus Instrumentos de Gestión Ambiental, Estudios de Riesgos y Matriz de Identificación de Peligros de Evaluación de Riesgos y Medidas de Control, no es posible identificar todos los riesgos asociados al desarrollo de la actividad, por lo cual, existen diferentes dispositivos que facultan al titular de actividad la adopción de medidas preventivas, siendo una de ellas el artículo 3° del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2014-EM, establece dentro de otros puntos que: *“(...) Los Titulares de las Actividades de Hidrocarburos son también responsables de prevenir, minimizar, rehabilitar, remediar y compensar los impactos ambientales negativos generados por la ejecución de sus Actividades de Hidrocarburos (...).*

En concordancia con lo antes dispuesto, el artículo 75° de la Ley General del Ambiente establece que: *“(...) el titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos (...)*”.

En ese sentido, las normas precitadas establecen la obligación del titular de la actividad de adoptar e implementar medidas preventivas a fin de evitar que se genere impactos ambientales negativos al ambiente, sin embargo, las normas indicadas líneas arriba no establecen qué medidas preventivas debe adoptar el titular, dejando a discrecionalidad del administrado determinar,

según la naturaleza y especificaciones técnicas, la determinación de los mismos.

Contrario sensu, OEFA ha iniciado una gran cantidad de procedimientos administrativos sancionadores contra diferentes titulares de actividad del sub sector hidrocarburos por “*no adoptar las medidas para prevenir el impacto ambiental causado generando daño potencial*”, agregando en la resoluciones subdirectorales de inicio de PAS un listado de las medidas de prevención efectivas que debió adoptar el administrado en el caso específico, por lo cual, se advierte que, si bien no es mencionado explícitamente por la autoridad, la misma atribuye responsabilidad administrativa por la vulneración del Principio de Prevención.

En esa línea, se puede evidenciar que OEFA al indicar cuales son las medidas de prevención efectivas que debió adoptar PETROPERÚ está generando nuevas obligaciones, por lo cual, esta actuación constituye una vulneración al **Principio de Legalidad**¹⁸ **debido a que OEFA no está actuando con respeto a la ley y al derecho ya que pretende exigir el cumplimiento de medidas de prevención específicas, a pesar que existen normas con rango legal que no establecen ello.**

Asimismo, carece de fundamento técnico y legal que OEFA pretenda exigir que los titulares debieron cumplir con medidas preventivas específicas indicadas en la resolución de inicio, puesto que esta exigencia arbitraria recién es puesta a conocimiento del titular, situación que haría imposible su cumplimiento al nivel de detalle establecido por OEFA.

La situación antes mencionada, **genera un estado de indefensión a los titulares**, puesto que se quebró el derecho fundamental a la defensa, al no ser posible cumplir que exija el cumplimiento de medidas específicas establecidas por OEFA.

¹⁸ Artículo IV del T.U.O de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Por lo expuesto, si bien existe un deber de cuidado que deben implementar los titulares de la actividad, este principio viene siendo empleado erróneamente por OEFA puesto que pretende exigir el cumplimiento de medidas preventivas específicas, a pesar que existe normas del sector sub hidrocarburos que dejan a discrecionalidad del titular, adoptar de manera preventiva las medidas que determine, según los riesgos identificados en su actividad.

4.2.2 Principio de Internalización de costos

Es adoptado por la legislación ambiental peruana y tiene como precedente inmediato al “principio contaminador–pagador” o “quien contamina, paga” que establecía el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN)¹⁹. El “principio contaminador–pagador” consistía en optar, entre las diversas alternativas posibles de atribución de los costos de descontaminación, por la solución en que los costos se imputen al sujeto contaminador.

En el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiental se establece lo siguiente sobre el Principio de Internalización de Costos:

***Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos** 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.*

Al respecto, en aplicación de este principio, se obliga a internalizar en el precio de los productos los costos de la prevención ambiental para evitar la generación de daños ambientales, aunque el legislador peruano lo hace más preciso al incorporar también los costos de vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación, y la eventual compensación por los riesgos y daños que se generen sobre el ambiente.

¹⁹ Aprobado mediante Decreto Legislativo 613, en 1990 y fue derogado por la Ley 28611, Ley que aprueba la Ley General del Ambiente vigente. En su art. 1, núm. 6, segundo párrafo, establecía que “Los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio”.

Asimismo, resulta importante mencionar que este principio tiene dos finalidades: a) Inmediata, puesto que obliga al agente contaminante que cubra los gastos, pagos o erogaciones que su conducta causan; y, b) Mediata, debido a que busca que los potenciales contaminantes asuman el costo de la prevención del daño.

Del análisis de este principio en el marco de la aplicación de la figura de daño potencial se centrará en la función inmediata, por lo cual, se advierte que dicho principio exige que el contaminador pague y no transfiera estos pagos hacia los terceros, es decir, no se externalice negativamente.

En línea con los argumentos expuestos en el capítulo II de la presente investigación, soy de la opinión que en el caso de atribución de responsabilidad administrativa por generar daño potencial no es posible exigir el cumplimiento de este principio, puesto que al no existir un daño materializado resulta imposible cuantificar los costos que generaría su mitigación, reparación o compensación, debido a que en el caso del daño potencial no hay un daño real sino un riesgo.

Por lo expuesto, al no existir un daño material, no es posible determinar el beneficio ilícito, elemento relevante para el cálculo de una multa, puesto que en base a las potencialidades de ocurrencia de un daño no es materialmente posible determinar qué costos debió internalizar el titular.

4.2.3 Principio de debido procedimiento

La justicia administrativa es un concepto sustantivo y procesal, el cual establece que la actividad de la administración pública debe orientarse a la realización o satisfacción de intereses públicos concretos, con el pleno respeto a los derechos e intereses públicos, más aun considerando que el procedimiento administrativo es una institución jurídica que reduce la discrecionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas.

El numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-.JUS, establece sobre el Principio de debido procedimiento:

1.2.- Principio del debido procedimiento.- *Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.*

En esa línea, el Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.0 de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a "(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 80 de la Convención Americana (...)"²⁰, es decir, el debido procedimiento administrativo es un derecho constitucionalmente reconocido.

En ese sentido, considero que la aplicación de la figura del daño potencial por parte de OEFA, generaría la vulneración del Principio de debido procedimiento puesto que dicho principio exige a que la autoridad emita una decisión motivada, sin embargo, en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores que se sanciona por la comisión de una conducta que genera daño potencial no se advierte que la decisión de atribución de responsabilidad administrativo y/o sanción se base en estudios especializados y técnicos. Lo antes mencionado, se justifica en el hecho que la aplicación de la figura del daño potencial exonera de manera injustificada la carga de la prueba.

²⁰ Véase las sentencias emitidas en el Expediente N.O 2050-2002-AAfTC y, más recientemente, en el Expediente N.O 2192-2004-AAfTC.

Ahora bien, el derecho a la motivación de las resoluciones se deriva del derecho al debido proceso, lo que ha quedado establecido de acuerdo a la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional:

“(…) El debido proceso presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estipuladas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación (…)”

Además en otra sentencia el Tribunal Constitucional ha indicado que: *“(…) uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta motivada y congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier parte del proceso (…)”*

Por lo expuesto, advertimos que las resoluciones que emite y emitiría OEFA sancionando a los administrados por la comisión de conductas que generan un daño potencial vulneran el debido procedimiento al no encontrarse debidamente motivadas.

4.2.4 Principio de causalidad

Reiterando lo expuesto en el numeral 3.2.4 del presente trabajo académico, resulta evidente que la aplicación del daño potencial empleada por OEFA, vulnera el Principio de Causalidad, puesto que dichos procedimientos administrativos no es posible verificar una relación de causalidad, ya que si bien en el procedimiento administrativo sancionador se identifica el posible hecho generador de la causa pero no es posible advertir la consecuencia, es decir, el daño al ambiente.

Contrario sensu, se advierte la inexistencia de seguridad jurídica en la actuación de la autoridad administrativa, puesto que su Tribunal de OEFA en diferentes jurisprudencias ha establecido como precedente que la relación de causalidad exige la verificación de dos elementos:

- a) Ocurrencia de los hechos que sirven de base para la atribución de responsabilidad. No es posible verificar la concurrencia de este elemento en el caso del daño potencial, puesto que como bien hemos

mencionado líneas arriba, este figura no exige la ocurrencia de un hecho en particular, sino solo indicios.

b) Ejecución de tales hechos por parte del sujeto generador del daño ambiental. No es posible verificar la concurrencia de este elemento puesto que en el caso del daño potencial no hay un sujeto generador de un daño, sino supuestamente existirían indicios de un posible daño que materialmente no es posible verificar el grado de afectación al ambiente.

4.2.5 Principio de verdad material

La Administración Pública actúa todos los días y de manera constante, a través de actos de administración interna, aprobación de resoluciones, autorizaciones, permisos, concesiones, otorgamiento de documentos, entre otras formas adicionales. Cada expresión de actuación estatal implica la previa tramitación de un procedimiento administrativo.

El numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-.JUS, establece sobre el Principio de Verdad Material:

Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

Así pues, el principio de verdad material establece que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

Por tal razón, la Administración no debe limitarse a exteriorizar un comportamiento de «mesa de partes», sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas que plasmen la verdad material u objetiva,

cuando la situación y el caso concreto determine indicios racionales para una actuación pro activa de la entidad pública.

En virtud de este principio, la Administración Pública (y, por tanto, todos los organismos y órganos que la conforman), en el curso de un procedimiento administrativo (como es el caso de un procedimiento administrativo de fiscalización o verificación) se encuentra obligada a comprobar la verdad material de los hechos relativos al interés, obligación o derecho de un particular.

Por lo expuesto, advertimos que las resoluciones que emite y emitiría OEFA sancionando a los administrados por la comisión de conductas que generan un daño potencial vulneran el Principio de Verdad Material, puesto que la autoridad teniendo la facultad de actuar de oficio para obtener los medios probatorios suficientes que sustenten la existencia de un daño al ambiente.

Finalmente, se concluye que la figura del daño potencial empleada por OEFA no se ajusta a los requisitos para la configuración de daño y, además, vulnera principios del derecho administrativo y ambiental, por lo cual, soy de la opinión que dicha figura no es válida jurídicamente.

5. Conclusiones

En la actualidad existen graves problemas ambientales tales como: el deterioro de los ecosistemas, la contaminación, la sobreexplotación de recursos naturales, el cambio climático, la deforestación, el insuficiente manejo de los residuos sólidos, entre otros, los cuales exigen que los Estados diseñen e implementen políticas públicas ambientales a fin de erradicar y/o minimizar sus efectos negativos al ambiente.

Una de las medidas implementadas por el Estado a fin de cumplir con su deber de cuidado del medio ambiente, fue la promulgación de la Ley General del Ambiente- Ley N° 28611, en cuyo artículo IX del Título Preliminar establece que toda persona causante de la degradación del ambiente y sus componentes está

obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda.

En concordancia, las primeras líneas del numeral 142.2 artículo 142° del dispositivo legal antes mencionado, establece que el daño ambiental es todo menoscabo material que sufre el ambiente, por lo cual, de la lectura de las normas precitadas, se puede concluir que la atribución de responsabilidad administrativa está sujeta a los siguientes elementos concurrentes: a) existencia de un nexo causal entre la acción u omisión y el daño ambiental causado; b) existencia de un daño ambiental; y, c) que dicho menoscabo al ambiente sea material, por lo cual, es posible identificar, acreditar su configuración mediante medios probatorios válidos y cuantificar el efecto del daño ocurrido, lo que no generaría mayores controversias para la determinación de responsabilidad.

Sin embargo, en las últimas líneas del numeral 142.2 del artículo 142ª de la Ley General del Ambiente, se dispone que los efectos negativos que cause el daño ambiental pueden ser actuales o potenciales, con lo cual, se generó la configuración de un nuevo tipo de daño, el cual es el daño potencial.

Del análisis realizado se advierte que este tipo de daño no exige como elemento concurrente la materialización del daño, por lo cual, se advierte una contradicción a la naturaleza misma del daño ambiental, puesto que al no existir uno de sus componentes de configuración no sería posible indicar que la sola existencia de un riesgo y peligro es elemento de convicción suficiente para atribuir responsabilidad administrativa y, consecuentemente, imponer una sanción.

En esa línea, la normativa ambiental exige que se debe acreditar la ocurrencia de un daño, exigencia que considero justificada puesto que el desarrollo de la actividad de hidrocarburo supone por sí sola la existencia de riesgos ambientales, sin embargo, ese no es motivo suficiente para sancionar a una empresa, ya que como bien se mencionó líneas arriba, se requiere verificar primero la concurrencia de los elementos de configuración del daño ambiental, situación que no será posible al imputar responsabilidad administrativa por una conducta que genera daño potencial al ambiente.

Otro cuestionamiento que he advertido en la figura del daño potencial es que la misma exonera a OEFA de la obligación que como autoridad administrativa tiene de acreditar y sustentar debidamente sus pronunciamientos, tal como lo establece diferentes artículos del T.U.O de la LPAG, en cuyo artículo 255° se dispone que con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen su iniciación, otorgándose además la facultad de que autoridad actué pruebas de oficio.

En ese sentido, soy que la opinión que resulta injustificado que se exonere a OEFA la obligación de acreditar mediante medios probatorios válidos que la conducta que está siendo sancionada se debe a la ocurrencia de un daño potencial al ambiente, puesto que como bien se ha mencionado líneas arriba, dicha autoridad administrativa goza de todas las facultades para actuar pruebas que generen certeza de la ocurrencia de un daño al ambiente, más aún cuando el artículo 196° del Código Procesal Civil Peruano establece la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos.

Por lo expuesto, puedo concluir que la figura del daño potencial desnaturaliza y desconoce los elementos concurrentes del daño ambiental, por lo cual, considero no es una figura válida jurídicamente que se puede emplear para sancionar a una empresa, puesto que ello conlleva a la vulneración de principios del derecho ambiental y del derecho administrativo, lo que generaría a su vez que la actuación de la autoridad administrativa no se encuentre conforme a ley e incurra en las causales de nulidad establecidas en el artículo 10° del T.U.O de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Asimismo, del análisis realizado en el presente trabajo se logra advertir que el daño potencial: a) tiene una base legal específica que establece elementos para su configuración, aspecto que será materia de análisis en la presente investigación; b) su configuración constituye un elemento agravante de la infracción

administrativa, por lo cual, es pasible de atribución de responsabilidad administrativa; y, c) su configuración es sancionada pecuniariamente por OEFA.

Finalmente, se debe indicar que la figura del daño potencial empleada por OEFA no se ajusta a los requisitos para la configuración de daño y además vulnera principios del derecho ambiental y administrativo, por lo cual, concluyo que dicha figura no es válida jurídicamente.

6. Bibliografía

- Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-OEFA-CD, mediante el cual se aprobó la “Metodología para la estimación del nivel de riesgo que genera el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables”.
- T.U.O de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
- BREWER CARIAS, Allan R. “La Carga de la prueba en el Derecho Administrativo. Pág 30-31”.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 723 – 724.
- VÁSQUEZ GARCÍA, Aquilino. Artículo titulado “La Responsabilidad por Daños al Ambiente”
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ en el libro titulado “La Responsabilidad Civil derivado de Daños al Medio Ambiental”.
- JERICO FIESTAS- FLORES, CESAR HIGA, RICARDO MACHUCA, EDUARDO MELGAR Y DIANA VIGO. “ANÁLISIS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL: UNA VISIÓN ALTERNATIVA.
- LANEGRA QUISPE, Iván. “El Daño Ambiental en la Ley General del Ambiente”.
- ANDRÉS FRÚGOLI, Martín. “Daño Ambiental y los principios generales del Derecho de Precaución y Prevención. Reparación”.

- GONZALES MÁRQUEZ, José Juan. *La Responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. México D.F.* Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente, 2003, p. 26
- Carlos Miguel Perales. De La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Civitas. (1994). Pág. 85.
- Ramírez Torres, Alejandro Jesús. “Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real potencial aplicados por el TFA del OEFA en el subsector minería”.
- Sánchez Yaringaño, G. (2010). El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: una perspectiva crítica. *THEMIS Revista De Derecho*, (58), 277-284
- Zamudio Espinal, Carlos Alberto. “La regulación del daño ambiental en el Perú y su aplicación por parte del Tribunal de Fiscalización Ambiental de la OEFA”
- RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL
- 2019 RES. N° 446-2019-OEFA/TFA-SMEPIM
- 2019 RES. N° 026-2019-OEFA/TFA-SE
- 2019 RES. N° 033-2019-OEFA/TFA-SE
- 2019 RES. N° 181-2019-OEFA/TFA-SMEPIM