

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

« EL CONTRATO “INVULNERABLE” Y LA GESTIÓN AMBIENTAL AD HOC:
una interpretación jurídica para la creación de un sistema civil-
ambiental de tutela preventiva de la biodiversidad y la biotecnología»

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Merlym Joseph Mejía Guevara

ASESOR

Alejandro Moscol Salinas

JURADO

Gilberto Mendoza Del Maestro

Alejandro Moscol Salinas

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Lima-Perú

2017



RESUMEN EJECUTIVO

El presente resumen ejecutivo corresponde a la Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Empresa.

Título: «EL CONTRATO “INVULNERABLE” Y LA GESTIÓN AMBIENTAL AD HOC: una interpretación jurídica para la creación de un sistema civil-ambiental de tutela preventiva de la biodiversidad y la biotecnología».

Autor: Joseph Mejía Guevara

Área de investigación: Nuestra investigación puede ubicarse dentro de las llamadas interdisciplinas, debido a que su desarrollo implicó necesarias vinculaciones entre el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho ambiental (específicamente en materia de tutela de la biodiversidad y de protección indirecta de las expectativas de desarrollo de la ciencia y tecnología).

Tema: Se estudia las implicancias de los deberes de protección contractuales (de naturaleza civil) dentro del sistema de tutelas preventivas (ambientales) para la protección de la biodiversidad.

Justificación: La situación jurídica particular que contribuye al acaecimiento del conflicto socio-ambiental, y que justifica el presente estudio, se da por la aparente imposibilidad jurídica de implementar normas y/o dispositivos de protección del medio ambiente (particularmente relacionadas a la tutela de la biodiversidad), con posterioridad a la celebración del contrato de concesión; y que regulen la conducta de las empresas concesionarias a través de la aplicación *ad hoc* de los deberes de protección contractuales, con la finalidad de evitar perjuicios sobrevinientes al equilibrio ecológico.

Pregunta de la investigación: ¿Pueden implementarse mecanismos normativos de protección civil y/o ambiental para la tutela del medio ambiente con posterioridad a la celebración del contrato de explotación de recursos naturales sin afectar los términos contractuales?

Hipótesis: Sí se pueden elaborar y ejecutar normas de tutela preventiva para la protección de la biodiversidad después de la celebración de un contrato de concesión.

Motivación: En general, nuestra motivación se sustenta en el interés por develar la existencia de ciertos principios de la contratación pública (fundamentalmente, en el caso del contrato de explotación de recursos naturales o el de concesión) que permitan al Estado ejercitar sus potestades regulatorias y de gestión con posterioridad a la celebración del acuerdo.

Marco teórico: La presente investigación analizó tres presupuestos teóricos. El primero de ellos es el relativo a la trascendencia en sede civil de los deberes de protección contractuales; el segundo, es el de la relevancia y exigencia de dichos deberes de protección contractuales en el ámbito de la contratación pública y específicamente en el de la concesión de recursos energéticos no renovables; y, finalmente, la posibilidad legal de que se puedan implementar dispositivos legales, después de la celebración del contrato de concesión, que le permitan al ejecutivo proteger ágilmente dos intereses públicos que, leídos en clave de derechos subjetivos públicos, determinen, por un lado, la tutela más efectiva de los recursos no renovables y, de otro lado, contribuyan a incentivar el desarrollo de la ciencia y la tecnología a través de la tutela indirecta de la expectativa de desarrollo científico.

Lima, 03 de octubre de 2017.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	3
INTRODUCCIÓN.....	5
SECCIÓN I.....	9
LOS DEBERES DE PROTECCIÓN CONTRACTUALES EN LA ESFERA PRIVADA Y PÚBLICA.....	9
Título I: Los deberes de protección contractuales en la esfera privada	9
1. Los deberes de protección contractuales	10
1.1. La regla de la buena fe como fundamento de los deberes de protección	15
1.2. Los deberes de diligencia y la protección de la prestación del acreedor	18
1.3. Los deberes de protección y la tutela del tercero	20
1.4. La heteronomía pública y los deberes de protección	23
Título II: Los deberes de protección contractuales en la esfera pública	25
1. El <i>contrato</i> como categoría general y los contratos públicos y privados como categorías específicas	27
1.1. Los principios generales de la contratación pública	31
1.2. La buena fe en la contratación pública y la idea de principio complementario al de los principios de tutela del medio ambiente	36
1.3. Vinculaciones de la buena fe con la sostenibilidad ambiental, el interés público y la consulta previa	40
1.4. Los deberes de protección contractuales como efecto de la buena fe en la esfera pública	46
SECCIÓN II.....	50
FUNDAMENTOS CIVILES Y CONSTITUCIONALES DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN CONTRACTUALES EN LA ESFERA PÚBLICA.....	50
1. Aproximaciones a la naturaleza jurídica del contrato público	50
2. La incidencia de la autonomía privada y la heteronomía pública en el contenido del contrato administrativo	52
3. La estructura del contrato: contenido, términos contractuales y deberes de protección	55
3.1. La inaplicación del artículo 62° de la Constitución para los contratos ya celebrados en el extremo de los deberes de protección. Incluye contratos- ley y convenios de estabilidad jurídica	59
3.2. La aplicación de la ley en el tiempo y su incidencia en materia de los deberes de protección	66

3.3. La exigibilidad de los deberes de protección en la etapa ejecutiva de la concesión pública	69
SECCIÓN III	72
LOS DEBERES DE PROTECCIÓN CONTRACTUALES EN EL SISTEMA DE TUTELA PREVENTIVO-AMBIENTAL. SUS POSIBLES EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD Y EN EL DESARROLLO DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA.....	72
1. El sistema preventivo ambiental: sus deficiencias.....	72
1.1. El principio precautorio, en particular.....	72
1.2. El principio precautorio y el principio de prevención.....	77
a) La incertidumbre científica y el principio precautorio.....	78
b) El riesgo y el principio preventivo.....	80
1.3. Tratamiento del principio precautorio por parte del Tribunal Constitucional: Limitaciones conceptuales y de aplicación.....	82
1.4. El principio precautorio frente a la autoridad legal y a la autoridad científica.....	86
2. La perspectiva civil y los deberes de protección como base técnico-dogmática para la implementación de un sistema de tutela en materia ambiental.....	88
2.1. La protección directa de la biodiversidad (como bien eminente).....	90
2.2. La protección indirecta de las <i>expectativas</i> de desarrollo científico y tecnológico.....	93
3. Sistema civil-ambiental de tutela preventiva y gestión ambiental.....	97
3.1. Externalidades, daño y responsabilidad civil-ambiental.....	98
3.2. Los deberes de protección contractuales, y su relación con la gestión preventiva en materia ambiental.....	101
3.3. Ventajas en la aplicación de los deberes de protección contractuales. Los límites y alcances de su regulación previa.....	107
3.4. El contrato invulnerable, y la gestión ambiental <i>ad hoc</i> para la tutela preventiva de la biodiversidad y la biotecnología.....	111
CONCLUSIONES.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	120

INTRODUCCIÓN

El presente estudio, sobre la configuración de un sistema de tutela preventivo civil-ambiental de la biodiversidad y la biotecnología, es de inquietante actualidad, sobre todo en un país que ostenta una posición geográfica privilegiada, que determina, en el aspecto ambiental, la titularidad del Estado respecto de una significativa diversidad biológica, aunque no necesariamente se siga de ello que ostentemos una situación semejante en el ámbito de la custodia y aprovechamiento de dichos recursos, así como de la defensa o promoción de los sistemas complejos inicialmente mencionados.

Por ello, el resultado del presente estudio, así como el proceso de construcción argumental, no solo son de importancia para el discurso académico, sino que lo son, también, y consideramos que con mayor trascendencia, para una mejor toma de decisiones (sean estas jurisdiccionales, económicas, sociales o ambientales), pues consideramos –respecto de este último caso- que el Derecho Civil puede proponer una perspectiva efectiva de tutela preventiva de la biodiversidad, y porque, también, con relación al discurso argumental, y en términos de teoría general, nos permitiría entender al Derecho mismo como un sistema complejo del cual emergen, queramos o no, soluciones inesperadas a problemas concretos desde otros campos temáticos aparentemente bien diferenciados y distantes del área jurídica de mayor preponderancia, para arribar, quizá, ya sea a mejores soluciones frente a un conflicto socio-ambiental o simplemente para evitarlo.

Se sabe que en el Perú la explotación de recursos naturales no renovables y la protección y/o conservación de la biodiversidad no siempre se desarrollan en forma pacífica; muy por el contrario, muchas veces la superposición de **estas dos actividades constituyen el “fundamento” para los conflictos de corte socio-ambiental**. Tan es así que, actualmente, en nuestro país se han manifestado conflictos de ese tipo, derivados de la ejecución disfuncional de contratos de concesión pública o permisiones administrativas, que no le permiten a ninguno de los poderes del Estado implementar efectivos mecanismos de tutela preventiva y/o precautoria con posterioridad a la celebración del contrato de concesión (de explotación) para la tutela de intereses colectivos ambientales; los cuales, no pocas veces, terminan siendo afectados ante la ausencia de una clara política medioambiental; y son incluso –cuando éstos son lesionados- objeto de procesos judiciales en materia de responsabilidad civil, acciones de amparo, acciones cumplimiento, etc.; muchas veces con resultados ineficientes.

El otro problema (consecuencial al primero), lo constituye el hecho de que el Estado no propicia, en el marco del conflicto (e inclusive fuera de él), efectivas políticas de desarrollo de la ciencia y la tecnología (vinculadas indirectamente a la tutela preventiva y/o precautoria de la biodiversidad), que tengan como base la protección de las *expectativas* de desarrollo científico y tecnológico, a través, por ejemplo, de la regulación de buenas prácticas en investigación *biotecnológica*.

Así, como consecuencia del problema de superposición de actividades se afecta, por un lado, la explotación sostenible y, de otro lado, el equilibrio ecológico, además de *otros* intereses subyacentes ya presentes en el momento de la celebración del contrato o, incluso, sobrevinientes a ese momento, producto de los cambios en el sistema ecológico, no siempre calculados por el estudio de impacto ambiental, o simplemente por la posterior constitución de zonas ecológicas cercanas al desarrollo de las actividades de explotación. Ello, **naturalmente, trae como resultado perjuicios aparentemente "justificados" que, de suyo, se amparan en un contrato que no debe ser "intervenido"** –en la creencia de que no se actuaría de conformidad con el artículo 62º de la Constitución–.

Con todo, es posible señalar –no sin recelo e insatisfacción– que el Perú sigue **aquella consabida "maldición" según la cual un país rico en recursos naturales** tiende a depender excesivamente de capitales extranjeros para la explotación de aquellos bienes, y, así también, a permanecer con pocas o ninguna iniciativa económica en el campo de la transformación de esos recursos en bienes biotecnológicos (patentados) destinados tanto al mercado interno como al comercio internacional; por lo que el mal augurio, al parecer, también tiene un paralelo en materia de desarrollo científico y tecnológico. Sin embargo, debemos reconocer que –con relación a este último aspecto– la naturaleza de nuestra inactividad científica tiene una explicación más profunda que no es materia del presente trabajo, aunque, a decir verdad, pueda (en parte), sin mucho esfuerzo, deducirse de él.

Estas son las razones por las que, en el presente estudio, ponemos a prueba la teoría de los deberes de protección contractuales (de naturaleza civil), como un mecanismo de carácter complementario de tutela preventiva del medio ambiente, para situaciones dañosas sobrevinientes a la celebración del contrato de concesión pública o ya presentes en el momento de la celebración del mismo, y que no fueron calculados hasta el momento de su celebración. Además, se trata de ver, en el presente examen, en qué medida dichos deberes pueden o no evitar la aparición de *externalidades negativas* que determinen el traslado injusto e ineficiente del costo económico del daño de la empresa concesionaria a los terceros que puedan verse afectados injustificadamente con el desarrollo de actividades de explotación.

Naturalmente, el presente estudio tiene objetivos primarios y secundarios que vale la pena mencionar, aunque no todos ellos se hayan logrado completamente en el presente estudio. Dentro de los primeros cabe mencionar los siguientes: a) Crear mecanismos coercibles de protección ambiental, después de la celebración del contrato de explotación, para la tutela preventiva de los derechos subjetivos públicos vinculados a la biodiversidad y al equilibrio ecológico; b) Demostrar o no la existencia del derecho subjetivo público denominado *expectativa* de desarrollo científico y tecnológico; c) Demostrar que la adecuada interpretación de las normas jurídicas contribuiría a mejorar ciertos

sectores de la tutela preventiva *ad hoc*, y, en consecuencia con ello, resolver problemas sociales y/o políticos concretos; d) Demostrar que la afectación de los recursos naturales no renovables tiene una incidencia negativa en las posibilidades de desarrollo biotecnológico, y, por consiguiente, en el desarrollo del país.

Asimismo, dentro del segundo tipo de objetivos es necesario señalar los siguientes: i) contribuir para la disminución del número de los problemas socio-ambientales, o, preventivamente, para evitar algunos; ii) contribuir para una práctica no legalista de interpretación de las normas jurídicas; iii) demostrar que la figura *general del contrato* subyace a las normas privadas sobre la figura del *contrato en general* del Libro VII del Código Civil; y con ello discutir en torno a las semejanzas estructurales entre el contrato privado y la concesión pública.

En tal sentido, nos hemos planteado una hipótesis de trabajo que se pregunta por si es posible o no elaborar y ejecutar normas de tutela preventiva por parte del órgano competente del Poder Ejecutivo para la protección de la biodiversidad después de la celebración de un contrato de concesión sin afectar el artículo 62º de la Constitución; y si ello guarda relación o no con la tutela de las expectativas de desarrollo científico y tecnológico.

Así el estado de cosas, debemos respondernos una pregunta esencial: ¿por qué los deberes de protección contractuales son parte del contrato de concesión pública, aunque sobre ellos no se haya hecho referencia alguna en los términos contractuales?

Además, en el presente estudio hemos tratado de resolver las siguientes interrogantes adicionales: ¿Pueden implementarse mecanismos normativos de protección civil y/o ambiental para la tutela del medio ambiente con posterioridad a la celebración del contrato de explotación de recursos naturales, sin afectar los términos contractuales? ¿Cómo puede hacerse operativo el principio precautorio para la tutela *ex ante* del equilibrio ecológico? ¿Pueden considerarse el equilibrio ecológico y las expectativas de desarrollo científico como derechos subjetivos públicos? ¿Pueden considerarse exigibles y/o coercibles los denominados *deberes de protección contractuales* en la etapa ejecutiva del contrato de concesión de explotación de recursos naturales? ¿Es la buena fe la regla de conducta que sirve de base para la determinación de la existencia, exigibilidad y regulación de los deberes de protección contractuales en la esfera del contrato de explotación? ¿Puede hablarse de la biodiversidad como objeto de tutela por parte de los deberes de protección? ¿Puede hablarse de las *expectativas* de desarrollo científico y tecnológico como situación jurídica digna de tutela *preventiva*?

Finalmente, se debe mencionar que se sustentarán en las tres secciones que comprenden el presente trabajo, los siguientes tres enunciados teóricos. El primero de ellos (en la primera sección) es el relativo a la trascendencia en sede civil de los deberes de protección contractuales; el segundo (en la sección

siguiente), es el de la relevancia y exigencia de dichos deberes de protección contractuales en el ámbito de la contratación pública y específicamente en el de la concesión de recursos energéticos no renovables; y, finalmente (en la tercera sección), la posibilidad legal de que se puedan o no implementar dispositivos legales, después de la celebración del contrato de concesión, que le permitan al Poder Ejecutivo proteger ágilmente -a través de la aplicación de los deberes de protección contractuales- dos intereses públicos que, leídos en clave de derechos subjetivos públicos, determinen, por un lado, la tutela más efectiva de los recursos no renovables y, de otro lado, contribuyan a incentivar el desarrollo de la ciencia y la tecnología a través de la tutela indirecta de la *expectativa* de desarrollo científico.

Mención aparte merece el basilar estudio que se realiza del concepto incertidumbre científica -presupuesto para la aplicación del principio precautorio-, que podría generar un tratamiento más detallado en otro trabajo; pero que, en el presente caso, nos limitamos a proporcionar ciertos rasgos acerca del contenido esencial de dicho principio, lo que, además, advertiría sobre su posible inexacta utilización (hoy y probablemente en el futuro) en situaciones de *incertidumbre científica* (o de eventuales escenarios catastróficos) sobre los posibles efectos de específicas prácticas de exploración y/o explotación calculadas como no perjudiciales en el estudio de impacto ambiental.

Con todo, el presente estudio determinará, en buena cuenta, que los problemas en donde se advierte intereses colectivos afectados en áreas de conflicto ambiental (o inclusive fuera de ellos) se explicará las razones dogmáticas e interpretativas que sustentan la implementación de específicas prácticas de tutela civil ambiental que van del Estado hacia los concesionarios, para evitar, por un lado, afectaciones al medio ambiente y motivar, de otro lado, el uso racional de recursos biofísicos y de biodiversidad a fin de realizar una contribución al desarrollo sostenible del país.

SECCIÓN I

LOS DEBERES DE PROTECCIÓN CONTRACTUALES EN LA ESFERA PRIVADA Y PÚBLICA

Título I: Los deberes de protección contractuales en la esfera privada

La tesis de la relevancia y aplicación de los deberes de protección contractuales surge, originariamente, en la esfera privada. Naturalmente, ello tiene una explicación en el hecho de la existencia del principio de

buena fe objetiva, prevista en nuestro ordenamiento jurídico civil, que determina, precisamente, el nacimiento de dichos deberes; y, asimismo, en el hecho de la especial composición de la relación obligatoria, como una situación jurídica compleja de vinculación intersubjetiva concreta de cooperación¹, y que sirve de soporte estructural a dichos deberes.

Ciertamente, la buena fe que aludimos anteriormente no es un principio que pueda -ni deba- ser elusivo por el intérprete, solo por el hecho que es este incontrastable con específicas reglas de conducta, de acuerdo con algunos pronunciamientos sobre el tema en cuestión. Por el contrario, la naturaleza semántica de las reglas de la buena fe determinan una orientación pragmática de dicho principio que no puede soslayarse solo por el hecho de una controversia aun no resuelta.

En ese sentido, el producto de las reglas antes mencionadas se impone desde la heteronomía pública, que es un principio constitucional en virtud del cual se completa la idea tradicional que se tiene del contrato que lo identifica simplemente con los elementos del mismo expuestos en el programa contractual.

En efecto, el contrato no solo está compuesto por los términos contractuales, sino que comprende también a los deberes de protección y, asimismo, se extiende inclusive hasta la tutela de los terceros extraños a la relación contractual los cuales son alcanzados por los efectos de dichos deberes cuando se ponen en riesgo sus derechos fundamentales o patrimoniales.

1. Los deberes de protección contractuales

Puede decirse, desde un punto de vista estructural, que la relación obligatoria contiene dentro de sus componentes una cantidad determinada de situaciones jurídicas subjetivas² que componen lógica y

¹ De acuerdo con Fernández Cruz la obligación es una relación jurídica patrimonial de naturaleza compleja. El mismo autor señala que la relación jurídica –como concepto genérico que incluye a la obligación- “(...) es aquella vinculación intersubjetiva concreta de cooperación, que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social, sea esta patrimonial o no, dirigida a la tutela de intereses que han merecido juridicidad por el Orden Jurídico Positivo”. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto”, en: Themis N° 27-28, Lima, 1994, pág. 48. En el caso de la relación obligatoria, podría ser ésta considerada como una relación intersubjetiva *concreta*. Ello puede deducirse en lo establecido por Freddy Escobar, cuando señala que “La relación jurídica intersubjetiva puede ser «abstracta» o «concreta». (...) Es concreta, en cambio, cuando su función consiste en lograr la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce”. ESCOBAR ROZAS, Freddy, “Contribución al estudio de la relación jurídica –intersubjetiva-”, en: Themis N° 38, Lima, 1998, pág. 30.

² Asumimos que las situaciones jurídicas subjetivas constituyen la mínima expresión jurídica analizable, y, asimismo, la más completa expresión lingüística en virtud de la cual es posible la construcción jurídico-semántica de la realidad, por lo que no es necesario realizar una evaluación exhaustiva de tal punto de partida. Sin embargo, consideramos apropiado, en este momento, señalar que coincidimos con la idea según la cual “(...) el gran «supra- concepto» del Derecho Objetivo es, pues, el de «Situación Jurídica», que vendría a ser «todo hecho o acontecer de la vida social, que resulta trascendente para el Derecho, al merecer juridicidad por parte del Ordenamiento Jurídico, el interés sometido al mismo”. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, Ob. cit., pág. 46. Complementariamente, debe señalarse que “Las situaciones jurídicas subjetivas son las

eficazmente dicha relación. Así también, desde un punto de vista funcional, dichas situaciones jurídicas se constituyen como elementos autónomos y, simultáneamente, interdependientes.

Por tal razón, debe decirse que tales componentes se desenvuelven, además, para la realización de los intereses comprometidos en dicha relación obligatoria. Este fenómeno jurídico es tan evidente que puede decirse que, sin dichas situaciones jurídicas –como son, por ejemplo, el poder central, el deber central, las facultades accesorias, y otras posiciones jurídicas de equivalente trascendencia- no podría hablarse con cierto grado de rigurosidad de tal figura obligatoria.

De este modo, los deberes de diligencia, por ejemplo, son un componente (accesorio) de dicha estructura obligacional, y tienen, a su vez, finalidades especiales y, al mismo tiempo, dependientes del interés de prestación existente a favor del acreedor en tal relación³. Naturalmente, aun cuando podamos decir –sin mayor discusión- que el deber prioritario de la relación obligatoria es el deber de prestación, también se debe señalar que a este sirve, precisamente, el deber de diligencia; lo que demuestra la relación de interdependencia existente entre ambas situaciones jurídicas, al punto de poder sostener que, sin este último deber, podrían manifestarse defectos u omisiones relevantes en el cumplimiento de la prestación.

Como es comprensible, las situaciones jurídicas que componen la relación jurídica *obligatoria* no solo se agotan en los mencionados deberes de diligencia, sino que, trascendiendo la estructura *estrictamente* lógica de la relación jurídica patrimonial, se encuentran los llamados deberes de protección contractuales.

Dichos deberes de protección, aunque complementarios a los deberes diligencia, tienen otra composición y finalidad si se les compara con éstos últimos. Tan es así que, de hecho, estos dos tipos de deberes son tuitivos de intereses claramente diferenciados –derechos patrimoniales extracontractuales en el primer caso y derechos de crédito contractuales en el segundo caso-; y, sin embargo, aunque son distintos en aquellos

posiciones ideales que ocupan los sujetos luego de la ocurrencia del hecho jurídico. La situación **jurídica subjetiva es el producto de la calificación jurídica de un interés**". MORALES HERVIAS, Rómulo, *Las patologías y los remedios del contrato*, Tesis, Escuela de Graduados, PUCP, Lima, 2010, pág. 101.

³ Tan es así que, en materia de incumplimiento contractual, se discute si es la ausencia del deber diligencia el factor determinante para la producción del efecto extintivo-liberatorio de la responsabilidad civil. En efecto, **Eric Palacios señala que "(...) la ausencia de culpa** expresada en la diligencia, no puede ser suficiente, en una coherente elaboración dogmática, para liberar al deudor infractor; y que la imposibilidad es el único factor exoneratorio- extintivo de **responsabilidad**". PALACIOS, Eric, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Jurista Editores, Lima, 2002, pág. 189.

aspectos, los deberes de diligencia y los deberes de protección tienen en común el origen normativo, esto es, el artículo 1362° del Código Civil⁴.

Naturalmente, no podríamos afirmar lo dicho anteriormente si no considerásemos que la relación obligatoria, consecencial a la celebración del contrato, pueden analizarse desde criterios de *unidad estructural* que permitan un tratamiento de tal figura obligatoria en términos de *teoría general*.

En efecto, "la doctrina dominante considera plenamente legitimada la exposición de una denominada «parte general de las obligaciones»"⁵; que, a su vez, como toda teoría, tenga efectos trascendentes en distintos ámbitos de la realidad política, social y/o económica, en donde acaezcan determinadas situaciones de hecho, claramente diferenciadas, con relevancia jurídica o, para decirlo en los términos de LARENZ, en donde "(...) las relaciones de obligación pueden resultar de diferentes acontecimientos vitales"⁶.

Por ello, es posible establecer que "de los acontecimientos vitales que fundamentan la obligación pueden resultar los más importantes el tráfico jurídico y los daños imputables"⁷; cubriendo, con ello, buena parte de las relaciones jurídicas obligatorias, que tienen, de suyo, una evidente relevancia económica; la misma que se advierte, en primer lugar, en el contrato, en su condición de instrumento que permite la libre circulación de la riqueza, y, en segundo lugar, en la prestación indemnizatoria, como efecto re-compositivo de la configuración de los daños y perjuicios.

Tomando en cuenta esta primera aproximación, y en el marco de lo que se conoce comúnmente como la *teoría general de las obligaciones*, podemos sostener que la estructura obligatoria debe constituirse satisfactoriamente en todos los escenarios obligacionales relevantes (desde el derecho privado hasta el derecho público); e, inclusive, en los diversos ámbitos del derecho no obligacional⁸.

⁴ El artículo 1362° de nuestro Código Civil señala que "Los contratos pueden negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes". Cabe señalar que la afirmación señalada en nada contradice el hecho que, en el referido cuerpo legal, se desarrolle, como mencionaremos más adelante, un tratamiento explícito del deber de diligencia.

⁵ GIORGIANNI, Michele, *La obligación*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, pág. 13. Ello, de ningún modo, debe entenderse como una negación de, si cabe la expresión, la "parte especial" de las obligaciones. Al respecto el propio Giorgianni señala que "Como es sabido, el tratamiento de la materia de las obligaciones, además de la llamada *parte general*, en la que están expuestos los principios generales reguladores de la relación obligatoria, consta también de una llamada *parte especial*, que comprende la disciplina de las diversas fuente de las obligaciones y de los contratos en particular". Ídem, págs. 13-14.

⁶ LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 13.

⁷ Íbidem.

⁸ Posición frente a la cual no pretendemos ser concluyentes.

Esta toma de posición puede ser válidamente corroborada en lo dicho por **LARENZ**, cuando señala que "(...) la unidad del derecho de las obligaciones no deriva de la igualdad de los acontecimientos vitales reglamentados, ni tampoco de su función económica, sino que procede exclusivamente de la **identidad de los efectos jurídicos**"⁹. En el mismo sentido declara **GIORGIANNI** en cuanto a que si el concepto de obligación es único y además es unitaria la disciplina de la obligación, esto es suficiente para justificar la existencia –como ya hemos advertido- de la denominada parte general de las obligaciones¹⁰.

Es en este marco conceptual (de la estructura de la relación obligatoria) en el que debemos entender los deberes de protección, ya que, en términos funcionales, debe decirse que éstos deberes contractuales constituyen especiales imposiciones (no coercitivas) que acompañan justamente el desenvolvimiento de la relación obligatoria en todos los escenarios jurídicos posibles, hacia donde se extiendan, precisamente, dichos deberes; y que, actuando desde la posición jurídica del deudor de la prestación debida, tienen la finalidad de conservar la esfera jurídica del acreedor, tanto en sus derechos patrimoniales como en sus derechos fundamentales; así como a los intereses jurídicamente protegidos de éstos, sean constitucionales o no.

Lo sostenido puede ser asimilado al hecho corroborado según el cual

*"(...) la dogmática moderna, acogiendo los dictados cada vez más influyentes de la conciencia jurídica, y a través de una adecuada evaluación de los instrumentos ofrecidos por el derecho positivo, tiende a extender la esfera de relevancia de la obligación más allá de la prestación fundamental que se deduce de ella, hasta llegar a considerar todos los deberes que contribuyen al objetivo de preparar, y a integrar, el cumplimiento para la plena satisfacción del interés del acreedor"*¹¹.

Sin embargo, debe aclararse que la función o extensión que se le otorga a dichos deberes de protección no se ha limitado a la tutela de dicho ámbito de cuidado de los intereses específicos del acreedor, sino que se ha ampliado -no sin dificultad y discusión- al de la protección de los intereses de los terceros cercanos, física y/o temporalmente hablando, al desarrollo de la prestación debida. Al respecto **MOSCATI** señala que:

"La «extensión» a los terceros de los efectos (favorables) de un contrato no es una prerrogativa de la voluntad de las partes. En efecto, (...) están emergiendo cada vez con mayor frecuencia en la praxis, sobretudo extranjera, situaciones en las cuales un tercero tiene un específico interés en la exacta ejecución de un contrato, aunque por definición este no es parte ni puede valerse de los remedios contractuales regulares para el

⁹ LARENZ, Karl, Ob. cit., pág. 17.

¹⁰ GIORGIANNI, Michele, Ob. cit., pág. 13.

¹¹ SCOGNAMIGLIO, Renato, "Responsabilidad contractual y extracontractual", traducción de Leysser León, en: Ius et veritas, N° 22, Lima, 2001, pág. 64.

cumplimiento coactivo de la prestación de una de las partes. En otros términos, la ejecución inexacta de un contrato puede significar un perjuicio a la persona o bien a los bienes de un tercero, que se encuentre en una relación de «proximidad» con una de las partes del contrato. En esta hipótesis el cumplimiento o la equivocada ejecución de contrato sí repercute sobre un interés jurídicamente protegido del tercero”¹².

Frente a esta consideración debemos precisar que estas situaciones jurídicas particulares de los terceros, con relación al interés del cumplimiento exacto del contrato, son relevantes desde un punto de vista jurídico. Así, estas situaciones jurídicas no son simples posiciones de esperanza, aparentemente sin mayor trascendencia práctica –e incluso económica-, sino que, más bien, tendrían –dadas las condiciones de eficacia de la parte consecencial de la estructura lógico-jurídica que se haya construido- ciertas cualidades jurídicas, como quiera que su afectación deviniera, por ejemplo, en el nacimiento de supuestos de responsabilidad civil¹³.

Ahora, si bien es cierto la esperanza del tercero en el cumplimiento exacto del contrato tiene aparentemente solo algunos rasgos expectaticios, debe señalarse, no obstante, que la realidad demuestra que dicho tercero ostenta un derecho tan constituido como la propia expectativa de hecho, asimilable, en primer término, a su situación jurídica de proximidad al desarrollo de la relación obligatoria. En tal sentido, la tutela de dicha posición tendrá, en determinado supuesto, un mayor respaldo y, además, un mejor resultado en términos de tutela preventiva.

De otro lado, el hecho que, en principio, tales *expectativas* no puedan ejercitarse por el simple acto de requerimiento del tercero -o inclusive del propio acreedor de la prestación debida- no significa que no existan -como podría equivocadamente pensarse- mecanismos o argumentos que transformen las expectativas de hecho en un derecho subjetivo concreto para la tutela de los intereses de terceros, en casos, por supuesto, especiales o extraordinarios; y cuyas condiciones de eficacia estudiaremos en el presente trabajo.

¹² MOSCATI, Enrico, “Los remedios contractuales a favor de terceros”, Traducción de Renzo Saavedra Velazco, en: Materiales de Enseñanza del Curso de Responsabilidad Civil, PUCP, Tomo I, 2007-2, pág. 10.

¹³ Es necesario señalar que un claro ejemplo de afectación de una expectativa de hecho está representada en la figura de la *pérdida de la chance*. Con relación a ella, puede decirse que al ser la chance una expectativa de hecho jurídicamente relevante, puede, en efecto, verse afectada por actuaciones antijurídicas de la contraparte de una relación contractual; lo que determinaría, sin lugar a dudas, el nacimiento de la prestación indemnizatoria. Cfr. MEJIA GUEVARA, Joseph, “El perfil dogmático de la pérdida de la chance en la responsabilidad civil contractual (a propósito de una operación en bolsa)”, en: *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, Editorial Rodhas, Lima, 2006, págs. 403 y ss.

Asimismo, y aún con mayor razón, no puede sustentarse que la inobservancia de los deberes de protección, que podría afectar, precisamente, las expectativas de hecho, dada la situación que esta sea acompañada por la condición de operatividad dañosa, no tenga algún efecto en el ámbito de la responsabilidad civil. Ciertamente, nosotros sostenemos que adquieren juridicidad (en un primer plano de tutela) como consecuencia de la afectación de determinados intereses subjetivos individuales, colectivos o públicos, como lo sería, por ejemplo, el de la protección del medio ambiente (en general) o la tutela de la biodiversidad¹⁴ (en particular).

En resumen, puede establecerse que los deberes de protección contractuales implican ciertas conductas de conservación y tutela a favor del acreedor de la relación obligatoria, que constriñe a quien ostenta dicha situación jurídica a conservar y/o proteger los intereses patrimoniales, tanto como los intereses extra-obligacionales, del tercero; los cuales, además, van a servir de sustento a protecciones ulteriores de derechos no desarrollados explícitamente en el contrato; particularmente en el contrato de explotación de recursos naturales- e incluso en los contratos-ley- como veremos más adelante.

1.1. La regla de la buena fe como fundamento de los deberes de protección

Debemos establecer que la buena fe está relacionada a los comportamientos que deben realizar las partes del contrato, en consideración no solo a los mutuos intereses específicos en juego, sino, también, a aquellos intereses extra-obligacionales relacionados con, por ejemplo, la conservación de los derechos fundamentales de las partes de una relación contractual; y, aunque se debe reconocer que, si, por un lado, **“No nos da una regla apta para ser simplemente ´aplicada` a cada caso particular (...); sino que en cada supuesto se exige un juicio valorativo del cual deriva lo que el momento y el lugar exijan”**¹⁵, de otro lado, sí podemos convenir en que estos deberes derivados de la buena fe pueden ser identificables, si se toma en cuenta las circunstancias de

¹⁴ Hay que señalar que la biodiversidad constituye un concepto complejo que exige una aproximación multidisciplinaria. Por ello, será materia de una evaluación más detallada en la tercera sección de la presente investigación. Ello no obsta para señalar, preliminarmente, que, en términos jurídicos, la biodiversidad es un bien *eminente*, objeto de tutela ambiental, susceptible de ser preservado por diversos fines, dentro de los cuales se encuentran, inevitable y fundamentalmente, el ecosistémico, el biológico, el económico, el jurídico y el biotecnológico. Es por ello que cabría comentar en este punto –y como quiera que nuestro trabajo intenta un enfoque desde una perspectiva multidisciplinaria- **que “(...) la integración disciplinaria es un hecho histórico y una característica del desarrollo científico que no resulta de la voluntad (y de los acuerdos) de un grupo de investigación y que no puede constituir, entonces, una pretensión metodológica”.** GARCÍA, Rolando, *Sistemas complejos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006, pág. 24.

¹⁵ LARENZ, Karl, Ob. cit., pág. 142.

tiempo y lugar, así como si se consideran criterios de equidad para cada caso; en tal sentido, concluimos con LARENZ que:

*"(...) de las exigencias de la buena fe derivan para todos los participantes en una relación obligatoria determinados deberes de conducta que hacen referencia a la preparación de la prestación propiamente dicha, a la forma de su ejecución, a la cooperación eventualmente necesaria de ambas partes y a la consideración que según la equidad puede cada parte esperar de la otra en semejante relación"*¹⁶.

Complementariamente, y tomando en cuenta nuestro Código Civil, debe quedar claro que la expresión *reglas* de la buena fe (prevista en el artículo 1362° del referido cuerpo legal) si bien no puede asimilarse inmediata y literalmente al *principio* de buena fe –aunque por cuestiones metodológicas las utilizaremos indistintamente–, debe reconocérsela como una legítima intención del legislador, al momento de la elaboración del referido artículo en el Código Civil, de acercarse, consciente o intuitivamente a dicho principio; aunque, de otro lado, debe reconocerse que, sin embargo, no era esa la expresión más apropiada, si se quería con ello alcanzar dicho fin, puesto que tal expresión ha generado contratiempos en el ámbito de la interpretación del principio¹⁷ y, al parecer, ha contribuido a la ausencia de jurisprudencia nacional que explique suficientemente dicha figura¹⁸.

Ciertamente, las reglas de la buena fe se encuentran enmarcadas dentro de una *cláusula normativa general*, que, por definición –y de acuerdo a una hipotética adecuada interpretación de un juez (experto)–, debería poder ampliarse (conceptualmente) a situaciones particulares de hecho, frente a las cuales pre-existe una imposición estatal que constriñe la actuación de las partes comprometidas en un contrato a comportarse con *corrección y lealtad*¹⁹.

¹⁶ Ídem, pág. 154.

¹⁷ Adolfo Di Majo expone, sumariamente, la problemática en torno al principio de buena fe; en la cual se puede advertir que no ha sido pacífica su instalación en el ámbito civil. Este autor precisa que "(...) ya desde la década de los 80 (pero en Alemania es a partir de la post-guerra) aquel principio ha venido encargándose de funciones múltiples, que han representado la superación y el rechazo del rol subordinado y sectorial que el principio revestía en la tradición codicística del ochocientos (y en especial del *Código civil*). Pero, también en nuestro Derecho, en la década de los 60, aún persistía una profunda desconfianza, en especial por parte de los jueces, para operar con principios de contornos inciertos y que reclamaba de un enfoque jurisprudencial no fácilmente controlable. Ahora, el principio, en especial luego de los requerimientos provenientes de la doctrina y de la notable apertura demostrada por la jurisprudencia, ha venido asentándose un enfoque dirigido a la integración del contrato y/o de la relación y del límite impuesto a los comportamientos que, aunque legítimos, se revelan, en circunstancias dadas, no conformes a la **lealtad**". DI MAJO, Adolfo, "El sistema de tutelas en el Derecho Civil", en: *Ius et veritas*, N° 31, Lima, 2005, pág. 134.

¹⁸ Para corroborar dicha aseveración, bastaría con realizar las búsquedas correspondientes en las bases de datos jurisprudenciales más importantes de nuestro medio.

¹⁹ Para Emilio Betti existen múltiples connotaciones de la buena fe. Sin embargo, de cara a nuestro estudio, conviene comentar acaso las formulaciones positiva y negativa de la referida figura: "(...) la buena fe es considerada como lealtad en las gestiones para la conclusión del contrato y también como conducta correcta una vez concluido. (...) pero mientras la corrección se

Puede decirse entonces que las reglas de la buena fe son un conjunto (consistente) de comportamientos que pueden tomarse en cuenta (*ex ante*) como de obligatorio cumplimiento, y que, atendiendo a su naturaleza, no se encuentran diseñadas de manera expresa en el ordenamiento jurídico; lo que no constituye un impedimento para su identificación, pues se ha mencionado acertadamente que:

*"La buena fe es una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles entre las partes contratantes, de acuerdo con el tipo de contrato y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes. Así, se ha señalado que el cedente o vendedor de una empresa o establecimiento mercantil tiene en virtud de la buena fe, aunque nada se haya establecido expresamente en el contrato, la obligación de no hacer concurrencia al cesionario durante un cierto tiempo"*²⁰.

En efecto, y ya en nuestro caso, una de esas reglas no diseñadas expresamente en el acuerdo contractual se va a concretizar en el deber de *seguridad* a cargo del deudor de la relación obligatoria, y que tiene por finalidad no afectar el interés del tercero, tanto en su patrimonio como en sus derechos fundamentales.

En breve, las reglas de buena fe son preceptos de conducta que implican, en principio, el desarrollo de deberes de diligencia, en el ámbito del desarrollo de la prestación debida, genéticamente vinculados a dicha prestación, para coadyuvar a su realización; así como el desarrollo de los deberes de protección, particularmente del deber de seguridad anteriormente mencionado, para la tutela no solo de los intereses extra-obligacionales del acreedor, sino, también, para conservar la esfera jurídica de terceros que aspiran a no ser afectados con un desenvolvimiento antijurídico o inexacto de la prestación debida por parte del deudor de dicha utilidad.

Con todo lo expresado, consideramos que no estamos pasando por alto la idea según la cual el tema de la buena fe no es un asunto simple, puesto que, en primer lugar, estamos frente a un concepto tal que puede ser permeable a cualquier ideología²¹; o, en segundo lugar, desde una

concreta normalmente en una conducta esencialmente negativa, esto es, como ya se ha dicho, en el abstenerse de indebidas injerencias en otra esfera de intereses; la buena fe, en el sentido **impositivo que asume en el ámbito de las relaciones de obligación (...) consiste en una actitud de activa cooperación en interés ajeno, en una actitud de fidelidad al vínculo, por el cual una de las partes de la relación obligatoria está pronta a satisfacer la expectativa de prestación de la contraparte**". BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Traducción de José Luis de los Mozos, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 82.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Volumen primero, Introducción a la teoría del contrato*, Sexta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 432. Cabe señalar que el artículo 1258º del Código Civil español señala que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces no obligan solo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

²¹ ZUSMAN, Shoschana, "La buena fe contractual", en: Themis N° 51, Lima, 2005, pág. 20.

perspectiva nacional, y tomando en cuenta las connotaciones de la buena fe, bastaría con comprender que los razonamientos que han prosperado en otros países, y que rotan en torno a la dualidad buena fe objetiva y buena fe subjetiva, han forzado en los intérpretes peruanos una inadecuada aplicación de esos razonamientos debido a la estructura del Código Civil peruano²².

Sin embargo, aún con todo, creemos que, en un sentido *pragmático*²³, es posible develar el contenido semántico²⁴ de la buena fe objetiva en la que esta se encuentre vinculada a reglas de conducta de aplicación directa a los casos en que se discuta su relevancia, sea en sede privada, administrativa o judicial. Con respecto a este último aspecto cierta Casación italiana, comentada por Mauro PENNASILICO, ha precisado que:

*"(...) la buona fede è, per il giudice, strumento di «governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto, nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di normalità sociale e, quindi, di ragionevolezza»"*²⁵

Es por ello que coincidimos con la idea según la cual "La buena fe puede ser perfectamente un principio general, cuya aplicación, en el caso de la buena fe objetiva, se hace mediante la comparación de la conducta del

²² LEÓN, Leysser, "La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparativos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual", en: Themis N° 49, Lima, 2004, pág. 150.

²³ Tomamos en este punto la iniciativa pragmática, de acuerdo con la cual podríamos afirmar –ya en el plano jurídico- que el principio de buena fe debe dotarse de funcionalidad. Ello es posible en tanto, desde un punto de vista semántico, contenga conductas claramente identificadas o identificables, abandonando con ello el esquema metafísico de la irrepresentatividad de la figura en el plano real, para pasar al esquema operativo de su actuación en dicho plano; buscando, de este modo, el efecto material de nuestra propuesta.

²⁴ Aunque nuestra adecuación pragmática en este punto guarda relación con la orientación clásica –o, por lo menos, eso hemos intentado-; sin embargo, en el plano del análisis del lenguaje coincidimos con Atienza en el sentido que "(...) la dimensión pragmática del lenguaje envuelve y presupone las otras dos (la sintáctica y la semántica), de manera que fijar el centro de atención en la pragmática no supone asumir un punto de vista reduccionista sobre el lenguaje o sobre el Derecho: especificar el conjunto de las oraciones bien formadas o las condiciones de verdad de las oraciones parece ser un paso previo al de fijar las condiciones de adecuación y de éxito de las mismas; y, de manera semejante, la teoría de los enunciados jurídicos y del ordenamiento o sistema jurídico y la de la validez y las fuentes del Derecho parece algo previo al estudio de la toma de decisiones y de la justificación de las mismas en que consiste la práctica jurídica". ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, pág. 248.

²⁵ PENNASILICO, Mauro, "Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione", en: Rassegna di Diritto Civile, 4, 2007, pág. 1057. La Casación es del 11 de febrero de 2005, n° 2855. La traducción libre sería la siguiente: "(...) la buena fe es para el juez, instrumento de «gobierno de la discrecionalidad en la ejecución del contrato, en el sentido que esta opera sobre el plano de la selección de las elecciones discrecionales de los contratantes, asegurando que la ejecución del contrato tenga lugar en armonía con cuanto emerge de la reconstrucción de la operación económica que las partes tenían la intención de poner en práctica, depurada a través de una estándar de normalidad social y, por lo tanto, de racionalidad".

sujeto con un *standard jurídico*²⁶; esto es, se constituye como un parámetro objetivo de conducta debida socialmente relevante o comportamiento jurídicamente necesario; con lo cual transformamos – desde una concepción sustancialista²⁷- un principio en un deber concreto.

1.2. Los deberes de diligencia y la protección de la prestación del acreedor

Hemos mencionado que la estructura de la relación obligatoria tiene determinados componentes, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, el deber central, las tutelas preventivas del crédito, así como, precisamente, el deber de diligencia; el cual puede definirse como un deber accesorio al deber de prestación, que tiene la finalidad de coadyuvar a su realización definitiva²⁸. En ese sentido, al ser un deber dependiente del deber de prestación, nace conjuntamente con él y hace de él su objeto de custodia, en la medida que es este el que va a satisfacer el interés del acreedor, en donde se encuentra la utilidad comprometida en dicha relación.

Con ello, resulta por demás evidente admitir que, más allá del deber de prestación, existen más deberes dentro de la relación obligatoria, aunque aquel sea, por supuesto, el más patente si se toma en cuenta la importancia de la utilidad en el esquema obligacional moderno. Respecto de ello, hay que recordar que:

"Los autores del BGB creyeron que con la imposibilidad de la prestación imputable al deudor y la mora del mismo habían regulado todas las formas posibles de infracción de los deberes derivados de la relación obligatoria. Pero esa creencia pronto se manifestó como inexacta. El deudor no sólo está obligado simplemente a cumplir a la prestación, sino

²⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Tomo I, Segunda edición, Palestra Editores, 2003, pág. 338.

²⁷ La transformación de principio en comportamiento no se realiza de manera mecánica (aunque habrían buenas razones para ello), sino, más bien, se enmarca dentro de la tendencia del derecho occidental de reducir la trascendencia del aspecto formal para otorgarle mayor preponderancia al aspecto sustancial del Derecho. García de Enterría advierte que el control judicial de las leyes en **el sistema norteamericano "(...) está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo (...)". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", en: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, págs. 30-31.**

²⁸ Cabe precisar, de acuerdo a lo establecido por Gastón Fernández, que "(...) sobre el deudor no pesa un único y solitario deber, sino que sobre él recaen una variedad de deberes accesorios cuya misión es coadyuvar a la realización del «deber central» del deudor, el cual es, qué duda cabe, el de satisfacer el interés del acreedor". FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad", en: *Derecho civil patrimonial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pág. 270.

que ha de realizarla diligentemente, es decir, como cabe esperar de un «ordenado» comerciante, artesano, empresario, etc.»²⁹

De manera complementaria a lo señalado precedentemente, podemos precisar que el deber de diligencia no es autónomo, pues, como ya se dijo, depende del deber de prestación, aunque debe reconocerse, también, que este parámetro objetivo de conducta ha acompañado a las partes de una relación obligatoria, incluso, desde antes de la formación del consentimiento, esto es, desde la etapa en donde se desarrollan las tratativas negociales; y se proyecta, además, hasta el momento de la extinción de la relación jurídica patrimonial³⁰.

Ciertamente, tal parámetro objetivo lo podemos encontrar, por ejemplo, tanto en su faz positiva, en el artículo 1314^{o31} del Código Civil, como en su faz negativa, en el artículo 1319^{o32} del mismo cuerpo legal; en tal sentido, puede decirse que, si asumimos la tesis según la cual es el comportamiento el objeto de la prestación, debería establecerse que el legislador impone cierta diligencia en el cumplimiento de dicho comportamiento³³, **de tal manera que, con relación al contrato, "(...) puede decirse que, (...) cada uno de los que en él intervienen está obligados a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte"**³⁴.

Dicho de otra manera, no solo se espera que el deudor ejecute la prestación o desarrolle el comportamiento esperado por el acreedor, en tanto este ostente determinado derecho subjetivo, producto de la celebración de un contrato, sino que, además, ejecute el comportamiento debido con el grado de diligencia que se espera de un *hombre razonable*, y que tenga como finalidad la satisfacción del interés de prestación de la contraparte.

1.3. Los deberes de protección y la tutela del tercero

La observación de MOSCATI, anteriormente señalada, con relación a la extensión de los deberes de protección, para la conservación de los intereses de terceros, tiene, sin lugar a dudas, importancia en nuestro sistema. La justificación para ello está, precisamente, en la regla de la buena fe objetiva antes mencionada.

²⁹ LARENZ, Karl, Ob. cit., pág. 62.

³⁰ Sea esta por causa o del cumplimiento o del incumplimiento imputable.

³¹ El mencionado artículo 1314^o **señala que "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"**.

³² El mencionado artículo 1319^o **señala que "Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación"**.

³³ GIORGIANNI, Michele, Ob. cit., pág. 198.

³⁴ LARENZ, Karl, Ob. cit., pág. 108.

De esta manera, puede decirse que, con relación a nuestro ordenamiento civil, la regla de la buena fe (que se instituye como producto o consecuencia legislativa)³⁵, es, además, condición necesaria para la existencia de los deberes de protección contractuales. Ciertamente, no puede hablarse solamente de una regla, sino, antes bien, de un conjunto de reglas que traducen el *deber de corrección y lealtad* que se deben mutuamente las partes durante, por lo menos, la celebración y ejecución del contrato³⁶.

Lo anterior se sostiene en el hecho que, si bien puede decirse que se tienen buenas razones para establecer que el artículo 1362° de nuestro Código Civil es el resultado de un aparente esfuerzo de síntesis, consecuencia de la combinación de dos artículos del Código Civil italiano, esto es, el artículo 1337°³⁷ y el artículo 1375°³⁸, también existen buenas razones para hacer, por lo menos discutible, la aplicación del principio a todos los ámbitos del *iter* contractual, como quiera que en el sistema italiano es, precisamente, el artículo 1337° del *Codice* antes mencionado el que desarrolla de manera exclusiva e independiente la responsabilidad precontractual³⁹. En tal sentido, nos hemos limitado a utilizar el artículo 1362° solo para el ámbito de la celebración y ejecución del contrato.

³⁵ Debido a que se encuentra disciplinada de manera explícita en el artículo 1362° del Código Civil.

³⁶ No incluimos, en rigor, la aplicación de las reglas de la buena fe en el periodo de negociación del contrato, por cuanto el tema resulta aún discutible.

³⁷ Señala el artículo 1337° del Código Civil italiano que *"Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"*. La traducción libre sería la siguiente: "Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse según buena fe".

³⁸ Señala el artículo 1375° del Código Civil italiano que *"Il contratto deve essere seguito secondo buona fede"*. La traducción libre sería la siguiente: "El contrato debe ser ejecutado según buena fe".

³⁹ Remarcamos que, de acuerdo con el sistema italiano, existe un deber específico de protección en el momento de las tratativas negociales. Deber que no se encuentra plasmado de manera explícita en nuestro Código Civil. En cambio, en el sistema italiano, se ha dicho con relación a dichos deberes -en su despliegue en el ámbito público- que **"La buona fede si profila, dunque, come un criterio esorbitante dalla stretta disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti, e pervasivo del sistema in qualsiasi ipotesi di situazione giuridica ispirata alla relazionalità. Non a caso il giudice amministrativo, in piú occasioni, ha confermato questo dato sistematico: a) Nell' ipotesi di esercizio da parte della p.a. del potere di revoca di un provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, la tutela dell' affidamento dell'interessato mediante l'obbligo dell'amministrazione di indennizzare il pregiudizio subíto dal privato (...) «non elimina, tuttavia, la necessità che la stessa Amministrazione -nell' ámbito della fase formativa del contratto -operi secondo i canoni di correttezza e buona fede»"**. PENNASILICO, Mauro, Ob. cit., pág. 1075. La traducción libre es como sigue: "La buena fe se perfila, por lo tanto, como un criterio exorbitante de la estrecha disciplina codicística de las obligaciones y de los contratos, y generalizada del sistema en cualquier hipótesis de situación jurídica inspirada en la relacionalidad. No es sorprendente que el juez administrativo, en muchas ocasiones, ha confirmado este dato sistemático: a) En la hipótesis de ejecución por parte de la administración pública del poder de revocar la decisión de adjudicación de un contrato público, la tutela de la confianza del interesado mediante la obligación de la administración de indemnizar el perjuicio ocasionado al privado (...) «no elimina, sin embargo, la necesidad que la misma Administración -en el ámbito de la fase formativa del contrato- opere según los cánones de corrección y buena fe»".

Frente a ello, debemos recordar que hemos convenido que el artículo 1362° del Código Civil es fuente de determinadas conductas que deben observar las partes de una relación obligatoria. Una de esas conductas puede apreciarse de manera relevante en el conocido ejemplo del transportista⁴⁰.

Dicho ejemplo explica que en el contrato de transporte no sólo se tiene la finalidad de desarrollar la prestación debida consistente en trasladar al usuario a su destino final, sino que, además, debe transportarlo de tal forma que este llegue sin habersele afectado sus derechos fundamentales; esto es, que se encuentre «sano y salvo» cuando se produzca la extinción de la obligación de la empresa de transporte⁴¹.

Así, el deber que se substancia en dicha situación es el denominado deber de seguridad, y pertenece, en sentido estricto, al ámbito extra obligacional, por lo que no tiene ninguna relación con la prestación a cargo del transportista; y su fundamento está, precisamente, en el artículo 1362° del Código Civil.

En tal sentido, y siguiendo la línea argumental propuesta, sería un despropósito pensar, por ejemplo, que en el caso de las prestaciones de salud, el profesional médico solo se encuentra obligado a satisfacer el interés de prestación del paciente, sino que, complementariamente, se debe aceptar que también está constreñido -en términos de *seguridad y conservación*- a no afectar sus derechos fundamentales⁴² o intereses patrimoniales jurídicamente protegidos.

En definitiva, no puede pensarse, por ejemplo, en una determinada usuaria de la estructura sanitaria que, habida cuenta de un procedimiento de mejoría estética, resulte afectada, como consecuencia de esta, en su integridad física (o incluso la vida), aunque -para ser extremistas-

⁴⁰ El ejemplo original lo propone el profesor Gastón Fernández Cruz, y se construye en un escenario de crítica sustancial a la división de sistemas de responsabilidad civil, esto es, y para un caso específico, al hecho de que un mismo hecho ilícito (accidente automovilístico) va a generar **la aplicación (injustificada) de dos regímenes de responsabilidad civil. Señala el autor que "Nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos. Si de un accidente automovilístico -el choque de un ómnibus de transporte urbano con uno de sus paraderos, en donde transeúntes esperan para abordarlo, por ejemplo- sale expelido un pasajero del vehículo que los transporta y otro sujeto, que espera el vehículo para abordarlo, es arrollado por el mismo, sufriendo ambos, tipos de lesiones iguales, no vemos razón alguna que justifique en un caso limitar el resarcimiento a los daños directos, inmediatos y previsibles (por el solo hecho de tener un "boleto" que probaría la suscripción de un contrato de transporte), mientras que en el otro, al considerar lesionado su interés de paz social y convivencia pacífica, le permitiríamos un resarcimiento integral (que cubra no solo los daños directos, inmediatos y previsibles, sino también los mediatos y los imprevisibles); división finalmente explicable solamente en el hecho que este transeúnte que esperaba en su respectivo paradero abordar el ómnibus, no tenía un boleto que probara la suscripción del contrato que aparentemente pensaba realizar". FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, Ob. cit., págs. 262-263.**

⁴¹ O sea, cuando llegue el pasajero a su destino final.

⁴² Como el derecho a la vida, a la integridad física, o a la dignidad.

tengamos como resultado solo un rostro bello en un cuerpo inerte o en un paciente afectado en algún interés *fundamental* extra estético. Es precisamente el deber de seguridad el que informa, en este caso, sobre los alcances y limitaciones de la conducta del médico así como también de las actuaciones de la estructura sanitaria.

En resumen, puede concluirse que los deberes de protección se diferencian de los deberes de diligencia en el sentido que los primeros buscan la conservación de los derechos fundamentales y patrimoniales, tanto del acreedor como de los terceros, mientras se da el cumplimiento de la prestación debida; en cambio, los segundos colaboran con la ejecución efectiva de dicha prestación, y, por lo tanto, están referidos al interés específico del acreedor, que se origina en la celebración del acuerdo.

Por ello, podemos afirmar que en el ámbito del cumplimiento del contrato no basta con la satisfacción del interés específico de prestación, sino que, conjuntamente con él, se deben –como ya dijo– ejecutar acciones tendientes a la conservación de derechos patrimoniales (extraños al de la relación obligatoria) así como los derechos fundamentales que le asistan al acreedor de dicha relación.

1.4. La heteronomía pública y los deberes de protección

Se sabe que a todo acuerdo contractual subyace la coexistencia (no pacífica) de dos principios constitucionales⁴³, esto es, la autonomía privada (principio constitucional explícito)⁴⁴ y la heteronomía pública (principio constitucional implícito). Sobre el primero podemos decir que es aquella capacidad que tienen los particulares (incluido el Estado) de *autorregular* sus propios intereses, y otorgarles los efectos pre-constituidos en los programas autorregulatorios de las partes, sean estos negociales o contractuales. Sobre el segundo debe decirse que es aquel

⁴³ Por supuesto que no son los únicos principios constitucionales existentes en dicha relación. Lo que se quiere poner en evidencia en este punto es, en primer lugar, el hecho que existen dos principios que van a entrar en conflicto permanentemente debido a su naturaleza antitética (si es que se compara uno con el otro) y, de otro lado, que estos principios sean dependientes de las circunstancias concretas que sirven de contexto a la interpretación de las normas o hechos jurídicos en el ámbito de la relación obligatoria.

⁴⁴ Por cuanto se encuentra desarrollado en el artículo 62° de la Constitución: “**La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)**”. Asimismo, la autonomía privada también se desprende del artículo 1354° del Código Civil: “**Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo**”. Aunque, para ser más estrictos, con relación al artículo 62° de la Constitución, antes mencionado, se debe señalar que **este “(...) incurre en una inexactitud de orden técnico**, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el contenido del contrato que celebren concierne más bien a la libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata”. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú”, en: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 257-258.

poder de regulación que ostenta el propio Estado para intervenir en determinados espacios públicos o privados en donde los particulares, naturalmente, o no tienen injerencia alguna o la tienen de manera reducida. Por ello, es posible definir este último principio como aquel axioma o máxima invisible que sirve al Estado para la construcción de la arquitectura normativo-política, y, con ello, regular aspectos que no son propios de la actividad privada.

Por tal razón, y al ser el Estado una maquinaria que puede diseñar imperfectamente sus instituciones, pueden darse conflictos entre éstos dos principios que, en teoría, debería resolver la interpretación jurídica, aunque debe decirse que no pocas veces sea necesario recurrir a la política legislativa para derogar o mejorar una norma jurídica inequitativa, o, en otro sentido, que informe deficientemente al sistema⁴⁵.

En tal sentido, puede decirse que es a partir del Derecho Público que se manifiestan regulaciones que afectan, incluso, la actividad privada, suministrándole a esta última esfera ciertos principios –muchos de ellos invisibles– que deberían tomar en cuenta los particulares en el desarrollo de sus actividades. Ciertamente, la autonomía privada no es un principio absoluto frente al cual no cabe más que desarrollar compulsivamente las prestaciones debidas, sino que este tiene (o podría tener) específicas limitaciones para su desenvolvimiento.

Cabe señalar que existen límites a la autonomía privada de carácter, eso sí, irrestricto, como son el límite *intrínseco* –si es que pensamos, por ejemplo, en el contrato– consistente en la patrimonialidad de la prestación debida⁴⁶, el objeto física y jurídicamente posible⁴⁷ o la causa lícita⁴⁸. Así también los límites de carácter *extrínseco*, como son las normas imperativas⁴⁹, el orden público y las buenas costumbres⁵⁰.

Precisamente, una de esas normas jurídicas de carácter imperativo que se constituye como una manifestación concreta de este *poder heterónomo estatal* se encuentra en el artículo 1362º del Código Civil, el cual, en su parte hipotética, construye un *imperativo* con la expresión “Los contratos deben (...)”.

⁴⁵ Que, por cierto, podría ser en algún aspecto ineficiente o inequitativo.

⁴⁶ Si tomamos en cuenta lo establecido en el artículo 1351º del Código Civil, el cual señala que “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

⁴⁷ De acuerdo a lo establecido en el artículo 140º, inciso 2), del Código Civil el *objeto física y jurídicamente posible* constituye un requisito de validez del acto jurídico.

⁴⁸ De acuerdo a lo establecido en el artículo 140º, inciso 3), del Código Civil el *fin lícito* del acto jurídico constituye uno de sus requisitos de validez.

⁴⁹ El artículo 1354º del Código Civil señala que “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

⁵⁰ El artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala que “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a la buenas costumbres”.

En efecto, no puede negarse el carácter imperativo y heteronómico de los deberes de protección; hecho que va a determinar la imposición de ciertas conductas no especificadas en el programa contractual y comportamientos extra-obligatorios en la esfera jurídica del deudor de la relación jurídica patrimonial. Dichas conductas van a tutelar derechos subjetivos -de fuente no obligacional, o no especificados en el acuerdo contractual- en la esfera jurídica del acreedor de la relación obligatoria.

En resumen, puede decirse que los deberes de protección no resultan de una arbitrariedad legislativa al implementar el artículo 1362º del Código Civil o de la inapropiada interpretación del referido artículo, sino que son producto de una reconstrucción apropiada de una decisión legislativa que permite darle a las partes de la relación contractual –sea esta pública o privada- mayores seguridades en el cumplimiento de las respectivas prestaciones.

Título II: Los deberes de protección contractuales en la esfera pública

La esfera pública y la esfera privada, si bien, por un lado, se encuentran metodológica y conceptualmente delimitadas, por otro lado, no puede afirmarse -por lo menos no sin discusión alguna- que se encuentren de manera definitiva sustancialmente determinadas, sin algunas zonas comunes, en donde no se advierta fácilmente que normas del entramado jurídico son las relevantes, y, por supuesto, con otras ciertamente grises que contrapongan una figura jurídica a otra.

Ciertamente, si bien los criterios de distinción entre el Derecho público y el Derecho privado han sufrido algunas modificaciones, se debe reconocer que aún persiste en el imaginario académico –aunque no se sea del todo consciente de ello- la propuesta Ciceroniana acerca de tal diferencia, que, por cierto, ha sido interpretada de manera adecuada por Norberto Bobbio, cuando este autor, tomando en cuenta un importante fragmento del político romano -que contrapone la Ley al contrato-, ya señalaba que:

"(...) el derecho público es tal en cuanto es impuesto por la autoridad política, y asume la forma específica, y cada vez más preponderante conforme avanza el tiempo, de «ley», en el sentido moderno de la palabra, es decir, de norma obligatoria porque es impuesta por el detentador del poder supremo (el soberano) y reforzada constantemente por la coacción (cuyo ejercicio exclusivo pertenece al propio soberano); el derecho privado o, mejor dicho, el derecho de los privados, es el conjunto de normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones, entre las cuales las más importantes son las relaciones patrimoniales, mediante acuerdos bilaterales, cuya fuerza vinculante reposa primordialmente, y naturaliter (por naturaleza), esto es, independientemente de la reglamentación pública en el principio de reciprocidad (do ut des)"⁵¹.

En efecto, es en ese telón de fondo que puede advertirse con mayor claridad la existencia de contraposiciones, en línea de argumentación,

⁵¹ BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pág. 18.

cuando se trata de establecer la naturaleza del contrato administrativo o en la determinación del tipo de responsabilidad civil aplicable a la Administración pública⁵², por lo que, por lo menos en nuestro medio, resulta conveniente replicar el comentario de Carlos ALZA con relación a las interacciones entre el Derecho público y el Derecho privado, en el sentido que:

*"Es cierto que los espacios grises son cada vez más grandes entre estos dos dominios del derecho; cuanto más complejos los análisis y lecturas de la realidad social, del ordenamiento jurídico, más necesario es comprender la realidad con una mirada multidisciplinaria"*⁵³

Y, más específicamente, Mauro PENNASILICO ha señalado que:

*"(...) gli strumenti (e le relative discipline) offerti dal diritto civile, utilizzati anche e sempre piú nel settore amministrativo, hanno acquisito ormai la fisionomia de strumenti (e di discipline) di diritto comune, inteso quale patrimonio di esperienza svincolato dalla rigida dicotomía«diritto privato-diritto pubblico»"*⁵⁴

Apoiados en estos perspicaces reconocimientos, lo que se ha intentado sustentar en el presente título es que el principio de buena fe si bien es cierto se origina en el ámbito formalmente privado, puede decirse que este ámbito, al ser el comienzo de toda la disciplina contractual, ha tenido más bien la intención de desarrollar al contrato en general, como instrumento originariamente propuesto por el derecho común.

Pero, para que ello sea sustentable ha sido inevitable echar mano de los tradicionales criterios jurídicos que sirven de basamento para la organización jurídica cuando esta se expresa a través de conceptos, instituciones y figuras jurídicas dentro de un determinado sistema jurídico, no sin reconocer que al interior del discurso formado subyacen algunas formas lógicas⁵⁵ que acercan nuestra concepción del Derecho

⁵² Guido Alpa ha señalado con relación a los criterios de organización del discurso referidos a la responsabilidad civil de la Administración pública que **"Es de advertir (...) que las perspectivas privilegiadas para organizar el discurso en materia son, sustancialmente, dos: la privatística, dirigida a aclarar la aplicabilidad de las reglas del derecho privado –entre las cuales están, ni más ni menos, las concernientes a la responsabilidad civil- a la Administración pública, y la publicística, dirigida a aclarar la libertad y los límites de la acción administrativa, vinculada con las funciones públicas perseguidas"**. ALPA, Guido, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Traducción de Leysser León, Jurista Editores, Lima, 2006, pág. 669.

⁵³ ALZA, Carlos, "¿Y Después de la Ley Qué? La exigibilidad del Cumplimiento de la Regulación", en: *Derecho & Sociedad*, N° 30, 2008, pág. 250.

⁵⁴ PENNASILICO, Mauro, Ob. cit., pág. 1061. La traducción libre sería la siguiente: "(...) los instrumentos (y las disciplinas relacionadas) ofrecidas por el derecho civil, utilizadas también y cada vez más en el sector administrativo, han adquirido ahora el carácter de instrumentos (y de disciplinas) de derecho común, entendido como una rica experiencia desvinculada de la rígida dicotomía «derecho privado-derecho público»".

⁵⁵ Como podrá advertirse, en el presente trabajo se ha hecho uso de específicos mecanismos lógicos y estructuras argumentales. Ello, nos coloca por fuerza en una posición de cierto grado de vinculación entre el Derecho y la Lógica, que ha sido, ya, materia de revisión por Norberto Bobbio, en el sentido que **"Por lo que toca a la Lógica de las normas, me parece forzoso reconocer, (...) que ella ha hecho y está haciendo contribuciones útiles a la teoría general del derecho, (...) y se presenta como estudio de las estructuras de las que se compone y en las que se articula un sistema normativo. Muchos problemas de la teoría general del derecho habían llegado a un punto muerto, justamente por la carencia de un planteamiento lógico-lingüístico más**

más a una estructura científica, y por lo tanto re-construible en función a intereses sostenibles en el tiempo, que a un esquema de carácter temporal y, por lo tanto, susceptible de intermediaciones personales.

1. El *contrato* como categoría general y los contratos públicos y privados como categorías específicas

Nuestro ordenamiento jurídico civil tiende a construirse en función de categorías genéricas y, complementariamente, a desarrollar situaciones jurídicas específicas, enmarcadas, directa o indirectamente, en las primeras expresiones generales. Esto resulta ser muy evidente si tomamos en cuenta que el desarrollo del Derecho general de las obligaciones, así como el desarrollo del acto jurídico (como categoría genérica), informan a todo el sistema civil acerca del tratamiento de ocurrencias que no son captadas muchas veces por las figuras especiales, y que, por tal razón, necesiten apelar al sistema general, en situaciones de incurrencia en vacíos legales, lagunas jurídicas o, simplemente, cuando la interpretación así lo requiera.

Se puede decir lo mismo con relación a la figura del Contrato (en general) prevista en Libro VII del Código Civil. Bajo esta premisa, por demás evidente, conviene, sin embargo, hacer algunas precisiones de orden conceptual y lógico.

En primer lugar, se debe aceptar que la figura genérica del contrato prevista en el Libro VII no sólo regula el espacio privado, sino que, además, supletoriamente, regula el espacio contractual público⁵⁶, en la medida en que estemos frente a hechos jurídicos cuyos efectos no tengan una solución clara, típica o positiva en el ámbito precisamente público. Además, esta interpretación supletoria es también posible cuando se requiere alguna fundamentación adicional o una interpretación integradora que respalde la interpretación especial sobre algún hecho jurídico relevante del ámbito propiamente público.

Dicho esto, a ello hay que sumarle un importante número de aplicaciones – con o sin remisión al principio de supletoriedad prevista en el artículo

riguroso, que pusiera en claro todas las aporías, discutiera los temas controvertidos, desarrollara las tesis fundamentales. Indico algunos de estos problemas: el *status* de las proposiciones normativas y el significado de *‘sollen’* [Deber]; la naturaleza de la norma jurídica como norma hipotética; la distinción entre los diferentes tipos de normas y sus relaciones; imperativos positivos e imperativos negativos; imperativos y normas permisivas; las modalidades deónticas y sus conexiones; el ordenamiento jurídico como sistema, con los problemas conexos de la unidad, de la **coherencia y de integridad**". BOBBIO, Norberto, *Derecho y Lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, México, 1965, pág. 41-42.

⁵⁶ No sin razón expresa Barassi que "*(...) entre las normas codificadas por las relaciones de derecho privado, existen normas fundamentales que abarcan igualmente tanto el derecho privado como el derecho público; que son, en consecuencia, normas de derecho privado y de derecho público; normas, en conclusión, cuya universalidad las conduce a pasar de los límites de uno a otro campo, al que han sido aplicadas principalmente, (...)*". BARASSI, Lodovico, "Il contratto di lavoro nel diritto pubblico", *Rivista di Diritto Civile*, anno V, 1913, pág. 214.

IX del Título Preliminar del Código Civil⁵⁷- de la figura general del contrato a la figura especial del contrato público.

Naturalmente, este principio de interpretación supletoria no ofrece ninguna restricción que no permita aplicar las normas del Contrato (parte general) a las situaciones desarrolladas en el ámbito, por ejemplo, de la concesión pública u otra modalidad contractual para la explotación de recursos naturales. Con respecto a ello Juan ESPINOZA señala que:

"A partir de una simple lectura del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, nos damos cuenta de que este regula una serie de principios que no inciden de una manera exclusiva en este cuerpo de leyes y que, lejos de comprender solamente al derecho privado, involucran a todo el ordenamiento jurídico nacional. Ello se pone en evidencia con lo dispuesto por el artículo noveno del mencionado Título Preliminar (...)"⁵⁸.

Una de las razones para este tipo de interpretaciones comúnmente aceptadas –pero muy pocas veces justificadas– está en una aplicación del principio de *coherencia sistemática* del ordenamiento jurídico y particularmente del contrato.

Con relación a este último punto es necesario precisar que si bien no creemos que nuestro sistema jurídico sea, en todos sus extremos, coherente, este hecho no significa que el tratamiento interpretativo de una parte del sistema deba ser, por fuerza, incoherente con relación al resto de los elementos jurídicos.

El principio de coherencia sistemática mencionado es orientador y práctico⁵⁹, y, por supuesto, no debe ser aplicado dogmáticamente. Sin

⁵⁷ Para la aplicación supletoria del Código Civil en materia contractual podemos recurrir al artículo IX del Título Preliminar del referido cuerpo legal, el cual señala que "Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

⁵⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "La centralidad del derecho civil en el derecho privado (a propósito del principio de supletoriedad)", en: *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pág. 455. Con relación a ello Juan Espinoza orienta, además, la acción interpretativa que debe hacerse: "Indudablemente, el operador jurídico tendrá que analizar la *ratio* de la ley especial, ir en búsqueda de sus propias fuentes y, si ello es necesario o «cuando no sea incompatible con su naturaleza», recurrir al (siempre viejo y siempre nuevo) Código Civil. Ello, sin perder de vista los principios rectores de la Constitución". Ídem, pág. 461.

⁵⁹ Ha señalado Mario Bunge que "Desde la época de los romanos o, mejor dicho, de los bizantinos, quienes codificaron las leyes del Imperio Romano de Oriente, una preocupación central de los jurisconsultos fue siempre la coherencia lógica, algo que constituye una exigencia de la racionalidad. Esta aspiración a la coherencia no es puramente conceptual, sino que refleja además la imposibilidad de actuar si se admiten dos proposiciones o dos normas que sean mutuamente incompatibles. Si en un mismo código hay un precepto que dice: "debes hacer A" y otro que dice: "no debes hacer A", evidentemente el agente debe resignarse a la apraxia, a la inacción. Hay, pues, motivos tanto conceptuales como prácticos para sostener la necesidad de la coherencia, de la no contradicción". BUGNE, Mario, *EL DERECHO como técnica social de control y reforma*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 1996, págs. 40-41.

embargo, debe tenerse presente que si bien es cierto no resulta del todo dramático verificar la existencia de un extremo incoherente dentro del ordenamiento jurídico, tampoco resulta menos dramático no intentar superar dicha incoherencia con la operación interpretativa que sea necesaria.

Bajo estas consideraciones, podemos establecer que no pueden existir (actuando simultáneamente) dos o más figuras generales del contrato (una privada y una pública), como no pueden existir dos o más figuras generales sobre las obligaciones o el acto jurídico. Este argumento es compatible con lo expuesto por algunas voces del derecho contractual italiano, aunque, sin duda, con algunas especificidades en el contrato administrativo que no justifican discrepancias sustanciales definitivas:

"(...) gli enti pubblici (e in particolare le pubbliche amministrazioni) possono fare contratti. La disciplina de questi contratti è, in linea di principio, la stessa disciplina del codice (art. 1321 ss.) che si applica ai contratti fra privati. Tuttavia una visione del fenomeno più ravvicinata ne mette in evidenza alcune specificità"⁶⁰.

De este modo, si se quisiera establecer que el contrato público no tiene ningún elemento semejante al contrato privado, entonces tendría que demostrarse, como consecuencia de ello, que existe, en principio, dos figuras generales del contrato: una pública y otra privada; y, en segundo término, que el principio de *coherencia sistemática*, o no existe o no es sustentable, por lo menos no en nuestro sistema jurídico. Ambas "hipótesis", por supuesto, resultan contradictorias y desde el punto de vista lógico, reducibles al absurdo⁶¹.

Así, al ser insustentable la tesis de la autonomía estructural (absoluta) del contrato público respecto del privado, debemos establecer, en consecuencia, que el contrato regulado en el Libro VII del Código Civil, no sólo disciplina exclusiva y excluyentemente al contrato privado, sino, más ampliamente, al Contrato (en general); y ello, en principio, porque es el único espacio jurídico en donde se hace un tratamiento sistemático, positivo y genérico de tal figura y, en segundo lugar, porque –como ya

⁶⁰ La traducción libre sería la siguiente: "Los entes públicos (y en particular las administraciones públicas) pueden celebra contratos. La disciplina de estos contratos es, en línea de principio, la misma disciplina del Código Civil italiano (art. 1321 y ss.) que se aplica a los contratos entre privados. Sin embargo, una visión del fenómeno más cercana pone en evidencia algunas **especificidades**". ROPPO, Vincezo, *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, pág. 63. El artículo 1321º del Código Civil italiano señala que "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale". Como se puede advertir, dicho artículo es semejante al artículo 1351º del Código Civil peruano.

⁶¹ "La regla RDN [Regla de deducción natural] 21 (RAA) es conocida desde la antigüedad en matemática y la usó Euclides en su famosa obra *Elementos*. Consiste en postular o suponer que la conclusión no se deduce de las premisas, para luego rechazar esta postulación debido a que **conduce a una contradicción de la forma A[~]~A**". PISCOYA HERMOZA, Luis, *Lógica general*, Ediciones del Vicerrectorado Académico, UNMSM, Tercera Edición, Lima, 2007, págs. 163-164.

hemos mencionado-sostener lo opuesto contravendría el principio de no contradicción⁶².

Es decir, no puede sostenerse válidamente que no exista una parte general del contrato que informe (bajo el ropaje del contrato privado previsto en el Libro VII) a todas las demás figuras contractuales dispersas en todo el ordenamiento jurídico contractual, independientemente de si éstas figuras se encuentra en la esfera privada o pública.

Es por ello que coincidimos con BERCAITZ, cuando refiriéndose al contrato como categoría general señala que:

*"La unidad ontológica del derecho impone la universalidad de determinados principios e institutos jurídicos. El hecho que hayan tenido vigencia primero en el derecho privado que en el derecho público, o hayan arraigado más en el derecho privado, o se les haya considerado y analizado originariamente por medio del prisma particular de éste, no les quita su posible universalidad jurídica"*⁶³.

En breve, tenemos dos alternativas; y ambas con diferentes connotaciones jurídicas y lógicas: a) o no existe una figura general y abstracta del contrato, en cuyo caso solo existen especies contractuales, tanto privadas como públicas; o b) existe solo una figura, general⁶⁴ y abstracta, que informe a todo el sistema contractual, en cuyo caso las especies privada y pública deberán estar articuladas bajo la dirección de dicha figura genérica.

Así, el primer supuesto tiene un inconveniente en el hecho de que la expresión contrato, al no denotar ningún hecho jurídico abstracto y generalmente considerado, no podría determinar hablarse, en consecuencia, de elementos esenciales, de estructura o de interpretación del contrato, en el ámbito de los contratos típicos, por ejemplo. Como es comprensible esto sería imposible jurídicamente hablando, pues los contratos típicos –e incluso los atípicos- contienen una estructura que corresponde a la del contrato en general.

⁶² Ciertamente, no pueden existir dos figuras generales porque esto implicaría que el contrato es y no es, al mismo tiempo; que es lo mismo decir que el contrato (en general) es una figura general A y una figura general B, al mismo tiempo.

⁶³ BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 134.

⁶⁴ El enunciado señalado debe entenderse dentro de una perspectiva evidentemente dogmática. **Hernández Gil señala que "En derecho civil, por ejemplo, la noción de «negocio jurídico» es fundamentalmente el resultado de reducir a una categoría superior y unitaria las disposiciones reguladoras de los contratos y de los testamentos. La dogmática, a partir de enunciados generales, ya sean los directamente formulados en las normas o los obtenidos por un proceso inductivo, despliega también una actividad discursiva deductiva. Utiliza como categorías receptoras de las reglas de derecho los conceptos, las instituciones y el sistema". HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho", en: *Estructuralismo y Derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1973, págs. 35-36.**

De otro lado, el segundo supuesto es no solo sustentable conceptualmente, sino, también necesario, desde el punto de vista lógico y de *eficacia* en la interpretación jurídica, como quiera que tal instrumento tiene el fin de informar pragmáticamente⁶⁵ qué se debe hacer en determinadas situaciones jurídicas en conflicto.

Bajo estas consideraciones debemos establecer, entonces, que se puede deducir la figura general del contrato del Libro VII del Código Civil, que no solo es aplicable a la esfera privada, sino, también, a la esfera pública. En consecuencia, al contrato público se le pueden aplicar –dado el contexto en que se da el hecho jurídico y en tanto no exista algún tipo de conflicto de normas o incompatibilidad interpretativa – las mismas normas que le son aplicables al Contrato (en general). El artículo 1362° del Código Civil sería una de esas normas que le serían aplicables y, con ello, la teoría de los deberes de protección contractuales en el ámbito del contrato de concesión para la explotación de recursos naturales u otro tipo de contratos, como los acuerdos mineros⁶⁶ en donde se produce una explotación de la concesión previamente otorgada por la Administración pública.

1.1. Los principios generales de la contratación pública

Con relación a los principios generales de la contratación estatal, se debe señalar, preliminarmente, que no existe, en nuestro medio, un catálogo de principios contractuales relativos a la concesión pública (en particular), como sí se advierte, por ejemplo, en la contratación administrativa que realizan las entidades del Estado para proveerse de bienes o servicios, o ejecutar obras, las cuales desarrollan su actividad contractual en el marco de los principios establecidos en el artículo 4°⁶⁷ del Decreto Legislativo N° 1057, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; aunque, se debe precisar que la existencia de los mismos no garantiza, necesariamente, su aplicación efectiva⁶⁸.

⁶⁵ De acuerdo con Mosterín, cuyos lineamientos sobre la perspectiva de la información pueden ajustarse consistentemente a la interpretación jurídica, se tienen tres tipos de información pragmática: 1) la información descriptiva, 2) la información práctica y 3) la información valorativa. Señala el profesor Mosterín que “La información descriptiva informa de cómo es el mundo, la valorativa informa sobre qué hacer, y la práctica, sobre cómo hacerlo”. MOSTERÍN, Jesús, *Filosofía de la cultura*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pág. 26.

⁶⁶ Nos referimos a los contratos de transferencia, el de cesión minera, etc.

⁶⁷ Señala el artículo referido: “Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público: a) Principio de Promoción del Desarrollo Humano: (...) b) Principio de Moralidad: (...) c) Principio de Libre Competencia y Concurrencia: (...) d) Principio de Imparcialidad: (...) etc.”.

⁶⁸ Al respecto, advierte Guzmán Napurí que en materia de principios que rigen la contratación administrativa “(...) resulta necesario que dichos principios aplicables a la contratación administrativa sean aplicados de manera efectiva. Es cierto que varios de ellos tienen su correlato en múltiples disposiciones de la Ley y de su Reglamento, pero también ocurre que algunos de ellos no son respetados por la normativa, razón por la cual los operadores jurídicos deberán interpretar los mismos conforme a estos principios (...) a fin de que el sistema de contratación

Ciertamente, no es nuestra intención catalogar de manera exhaustiva los principios que deben informar el desarrollo de la concesión pública -por cuanto ello ameritaría un trabajo de investigación que desborda las intenciones del presente estudio-, sino que, de lo que se trata en este acápite es de establecer, fundamentalmente, la existencia de tales principios y, asimismo, dar cuenta de algunos de ellos, que son necesariamente aplicables a la figura contractual antes señalada, aunque el solo hecho de su existencia no garantice, algunas veces, -como en el caso de las operaciones que se realizan en el marco de las contrataciones y adquisiciones del Estado- su aplicación a tales supuestos económicos.

De este modo, debemos precisar, prioritariamente, tres tipos de ámbitos legales en donde podemos advertir principios (explícitos o implícitos) aplicables (directa o indirectamente) a la concesión administrativa.

El primero de ellos se encuentra en el ámbito constitucional. En dicho contexto se encuentran, no siempre en coexistencia pacífica, el principio (implícito) de libre circulación de la riqueza⁶⁹, así como el principio de sostenibilidad ambiental⁷⁰. En el segundo, de carácter específico y propiamente administrativo-ambiental, se encuentra previsto en el artículo 23^{o71} de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, esto es, el del aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido⁷²; y el tercero, es de carácter civil, y se encuentra previsto en el artículo 1362^o del Código Civil: el principio de buena fe objetiva; el mismo que ha sido desarrollado en el anterior título.

administrativa pueda funcionar coherentemente". GUZMAN NAPURI, Christian, "Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, Lima, 2009, pág. 216.

⁶⁹ El cual va a desprenderse del artículo 59° de la Constitución. La primera parte del artículo referido precisa: "El Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (...)". Cabe señalar que el mandato que recae sobre el Estado en el sentido de estimular la creación de la riqueza no está exento de dudas y controversias, como quiera que "La Constitución no establece cómo es que el Estado debe estimular la creación de la riqueza, puesto que no se establece si el estímulo es directo o si más bien dicho estímulo consiste en remover los obstáculos que impiden un desarrollo empresarial adecuado, en especial los obstáculos generados por el propio Estado". GUZMAN NAPURI, Christian, *Introducción al derecho público económico*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2009, pág. 37. Sin embargo, se debe señalar que el Estado no debería renunciar a su función reguladora (social), con lo que se estaría -si la regulación es eficiente- entendiendo la riqueza desde un punto de vista que trasciende lo meramente económico sin negar esto último, naturalmente.

⁷⁰ El cual se desprende del artículo 67° de la Constitución: "El Estado (...) Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales".

⁷¹ El primer párrafo del artículo referido señala: "La concesión, aprobada por leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo".

⁷² Ciertamente, este principio es el de sostenibilidad ambiental, aunque su desarrollo lingüístico y semántico es más preciso, y, por ende, de mayor aplicación práctica. Puede verse el principio de sostenibilidad ambiental también en el literal m) del artículo 4° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual tiene como finalidad el evitar impactos ambientales negativos.

Si bien los primeros dos principios señalados permiten el nacimiento de derechos, tutelas y deberes genéricos y/o específicos, el último de los mencionados generará *deberes especiales* en la esfera jurídica del concesionario, como consecuencia de la existencia, precisamente, del contrato de concesión pública, o licencia para la explotación, según corresponda, al punto de poder establecer válidamente -por lo menos desde un enfoque nominal y tomando en cuenta, en conjunto, todos los principios antes señalados- que el contrato de concesión puede renombrarse como el *contrato de concesión pública sostenible*.

Hay que señalar, sin embargo, que la calificación de sostenible del contrato de concesión pública debe llevarnos a establecer que la coexistencia entre los principios constitucionales del primer contexto no es pacífica⁷³, si partimos de la premisa según la cual en un Estado de Derecho⁷⁴, como el nuestro, el desarrollo económico en que se substancia el principio de libre circulación de la riqueza puede verse, algunas veces, en conflicto con el principio de desarrollo sostenible. De hecho, nuestra realidad socioeconómica demuestra que ello sucede casi espontáneamente; y puede verse con frecuencia en los conflictos sociales⁷⁵ producidos en los espacios jurídicos en pugna.

Sin embargo, no está demás señalar que dichos conflictos no se agotan en el escenario sociopolítico, sino, también, pueden advertirse en el de la formación y aplicación de las normas jurídicas, si recordamos, por ejemplo, el conflicto suscitado, con relación al acceso a la *justicia ambiental* en el Perú, entre el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y el ya derogado Decreto Legislativo N° 613, Código del Medio Ambiente, en el sentido que, si por un lado, este último cuerpo legal reconocía, en forma expresa, el legítimo

⁷³ Situación semejante puede advertirse en un escenario constitucional como el español, que contiene la cláusula de *Estado social y democrático de Derecho*, previsto en el artículo 1, **numeral 1 de la Constitución española**: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Al respecto Jaria i Manzano señala: «La dificultad aquí es determinar si es posible conservar el medio ambiente en unas condiciones apropiadas para la vida y el bienestar humanos y, al mismo tiempo, generar bienes suficientes como para alimentar ese bienestar, entendiendo que un determinado grado de capacidad de consumo es parte sustancial del mínimo de bienestar exigible». Y, citando a Canosa Usera, el autor inicialmente mencionado, precisa que «Es obvio que, en los procesos de toma de decisiones la defensa de los intereses socioeconómicos de sectores de la población que viven de actividades basadas en la explotación de los recursos naturales colisiona con la necesidad de preservar el entorno en unas condiciones satisfactorias». Ambos extractos en: JARIA i MANZANO, Jordi, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 232.

⁷⁴ Por lo menos en teoría.

⁷⁵ Vale la pena mencionar que los conflictos socioambientales ocupan el 65% (148 casos) del total de conflictos registrados en julio del 2013. De tales conflictos, 117 corresponden al Gobierno Nacional, 28 al Gobierno Regional, 2 al Gobierno local y 1 al Poder Legislativo. Asimismo, de estos 148 casos se encuentran activos 125. Así también, de los 148 casos mencionados 107 corresponden a conflictos relacionados con la actividad minera; le siguen los conflictos por actividades carburíferas con 19 casos. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, "Reporte de conflictos sociales N° 113", Julio, 2013, págs. 11-13.

interés de todo sujeto de derecho a ejercitar o contestar una acción de naturaleza ambiental; y, en tal sentido, se concluía que este dispositivo tiene el mérito de haber fracturado el esquema individualista del proceso civil en el Perú, para reconocer el interés *difuso* o *colectivo*⁷⁶ afectado, como consecuencia del daño producido al medio ambiente⁷⁷; por otro lado, no obstante, ***"Este avance legislativo motivó una respuesta de los gremios empresariales que se concretó en el Decreto Legislativo N° 757, (...), que incluyó un dispositivo destinado a desincentivar la interposición de acciones legales en defensa del ambiente"***⁷⁸.

Dicha confrontación normativa, si bien demuestra que en sede de elaboración de las normas jurídicas no se siguen, algunas veces, los lineamientos que los principios generales del derecho informan al sistema de tutela, en este caso, ambiental, ello no obsta para la aplicación de estos principios en sede judicial; y más aún si el dispositivo que se menciona no se adecua –si se toma en cuenta una interpretación conforme- a lo establecido en el artículo 38^o⁷⁹ de la Constitución.

Más allá de este conflicto vinculado a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que determina, sin duda alguna, la existencia de algunas inconsistencias legales en el mismo cuerpo normativo, cabe señalar que existen los suficientes elementos conceptuales, en el referido cuerpo legal, que son *comprehensivos* de una clara finalidad:

"Si la finalidad el Decreto Legislativo 757 consistía en crear un clima de confianza para inversionistas nacionales y extranjeros, por consiguiente se debía tener presente que las percepciones son premisas fundamentales y, en efecto, que esta disposición constituyó una buena señal de que, realmente, el Estado deseaba llevar a cabo este proceso de reformas en

⁷⁶ Con respecto a los intereses difusos y colectivos conviene establecer una diferencia que **tomaremos de la experiencia italiana. Guido Alpa señala que "(...)"** para indicar los intereses que corresponden, no a la persona individual, sino a un grupo de personas, se utilizan dos expresiones distintas: los *intereses colectivos*, cuando el grupo se encuentra organizado, como un sindicato, una asociación, etc., donde el interés tiene como titulares a aquellos que pertenecen al grupo, en tanto trabajadores, asociados, etc.; y los *intereses difusos*, cuando el grupo no está organizado, cuando los individuos involucrados no tienen la calidad de asociado, ni ningún *status* en particular, como en el caso de los consumidores, de los que gozan del medio ambiente, y así por el estilo. Se trata, justamente, de intereses «anónimos», privados de un titular individualizado, pero que, de todas maneras, son merecedores de atención y de protección; de una protección asegurada por las asociaciones y entidades que se hacen portadores de tal **exigencia". ALPA, Guido, Ob. cit., pág. 740.**

⁷⁷ BETANCOURT BOSSIO, Pedro Abel, **"El acceso a la justicia ambiental en el Perú"**, en: *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México D.F., 2000, pág. 181.

⁷⁸ *Idem*, pág. 182. El dispositivo señalado es la Décima Primera Disposición Complementaria del referido Decreto Legislativo N° 757, **el mismo que señala que "Quien inicie una acción ante el Poder Judicial al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3 del título preliminar del Decreto Legislativo N° 613 que sea desestimada será responsable por los daños y perjuicios que hubiera causado"**.

⁷⁹ El mencionado artículo señala que "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".

lo que había sido el rol tradicional de Estado en las actividades económicas para motivar una apertura al mercado”⁸⁰.

Es en ese marco conceptual que el principio de buena fe objetiva se legitima como una figura de contenido estable, consistente e independiente de la perspectiva que el Estado adopte –con o sin mediación ideológica- con respecto a la economía, sea esta planificadora, promotora o fiscalizadora.

El Estado intervencionista⁸¹ o el Estado promotor no son un obstáculo para la aplicación del principio, y menos aún lo son las inconsistencias procesales que han sido detectadas precisamente en materia de tutela de medio ambiente -y que han sido superadas (en parte)⁸² en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente-; y, como quiera que no se ha advertido ningún elemento de juicio, argumento lógico o norma jurídica que determine la incompatibilidad entre este Decreto Legislativo y el Código Civil, puede sostenerse que el principio de buena fe objetiva no tiene limitaciones para su aplicación tanto en el campo privado como en el público, en términos, por supuesto, de principio general.

1.2. La buena fe en la contratación pública y la idea de principio complementario al de los principios de tutela del medio ambiente

Como hemos visto, la buena fe no tiene limitaciones para su aplicación tanto en el ámbito público como en el privado; y dicha aseveración se sustenta además en el reconocimiento que se le ha dado al principio, en términos generarles, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En efecto, se ha señalado que **“Sembra cosí profilarsi una nuova concezione dei rapporti tra cittadini e autorità pubblica (...), «in virtù della quale la**

⁸⁰ MERINO, Beatriz, y otros, **“La inversión privada a la luz del Decreto Legislativo N° 757”**, [entrevista], en: Themis, N° 61, Lima, 2012, pág. 16. El comentario es de Beatriz Merino.

⁸¹ Cabe señalar que con la propuesta de aplicación de los deberes de protección contractuales al ámbito público no se promueve ninguna fórmula intervencionista –en el sentido tradicional del término- a favor del Estado; en ese sentido, coincidimos con la siguiente opinión, pero extensiva al ámbito de la tutela ambiental: **“El sector privado y el sector público no tienen por qué ser extremos antagónicos. A lo largo del mundo, así como en nuestro país, hemos sido testigos de experiencias positivas y buenas prácticas de empresarios y miembros de la sociedad civil en conjunción con agentes públicos. Sin embargo, la relación entre ambos se complica cuando alguno de ellos pretende infringir lo dispuesto en la ley. Por un lado, cuando la empresa no atiende a la satisfacción del usuario sino que, por el contrario, no acata lo señalado en la ley, e incrementa arbitrariamente las tarifas o vulnera los derechos de sus trabajadores, es Estado debe defender a sus ciudadanos y condenar estas situaciones. Eso no es intervencionismo; es el imperio de la ley, cautelado por el Estado”**. Ídem, pág. 23.

⁸² El artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, a diferencia de lo que expresa la ya comentada Décima Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 757, **no limita ni desincentiva el acceso a la justicia ambiental, al señalar que: “Toda persona tiene derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, (...). Se puede interponer acciones legales aún en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legítima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”**.

pretesa alla regolarità dell' azione amministrativa va valutata secondo i canoni contrattuali di correttezza e buona fede»⁸³.

El respaldo al principio tiene desarrollos, inclusive, jurisprudenciales:

*"La Corte di Cassazione non manca di affermare, a mo' di premessa generale, che «l'obbligo di correttezza e buona fede deve improntare tutti i comportamenti giuridici, traggano gli stessi titolo da rapporti di natura contrattuale, da rapporti in cui ad uno dei soggetti viene attribuita una posizione di preminenza, da diritto potestativi, o anche in ipotesi di rapporti non nati da un contratto»"*⁸⁴.

En ese sentido, dicho principio, naturalmente, tendría relevancia en el escenario de la contratación administrativa, y muy especialmente en el ámbito de eficacia del contrato de concesión para la explotación de recursos naturales. De este modo, si bien es cierto existen principios de tutela del medio ambiente previstos en su Ley de protección, ello no representa ningún impedimento para que puedan complementarse con el principio de buena fe, puesto que dicho principio ofrece algunas ventajas que iremos precisando a lo largo del presente estudio.

Así, la idea del *principio* de buena fe como complementario al de los principios de tutela del medio ambiente surge como consecuencia de que, desde el marco del *ius commune*⁸⁵, este informa sin restricciones a todo el sistema jurídico con relación a los alcances y limitaciones de las conductas obligacionales y deberes (genéricos o específicos), consecuenciales al contrato, según sea la naturaleza jurídica del escenario jurídico en que se pretenda aplicar⁸⁶.

⁸³ MASTROPIETRO, Barbara, "L' attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico", en: Rassegna di Diritto Civile, 4, 2012, pág. 1973. La traducción libre es la siguiente: "Parece así delinarse una nueva concesión de las relaciones entre ciudadanos y autoridad pública (...) «en virtud de la cual la apelación a la regularidad de la acción administrativa viene valorada según los cánones contractuales de corrección y buena fe»". El énfasis es nuestro.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Debe destacarse que "El Derecho Común está contenido en el Código Civil; pero nada excluye la posibilidad de que alguna ley particular –llamado a integrar el Código Civil- forme parte del Derecho Común". BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol I, Traducción por Ramón García de Haro de Goytisolo, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 17.

⁸⁶ Por ejemplo, en el sistema español la relevancia del principio de buena fe es mucho más patente debido a que este sistema lo contempla en el artículo 7.1 del Código Civil español con un espíritu no limitado solo al espacio contractual o a aquellos correlacionados con él. González Pérez señala al respecto que "El Título Preliminar del Código civil lleva como rubrica «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia». No de las normas jurídicas civiles, sino de las normas en general. Y dentro de este título, en el capítulo dedicado, a su vez, a la «eficacia general de las normas jurídicas», está el artículo 7, en cuyo apartado 1 consagra el principio general de la buena fe. El principio general de la buena fe es un principio del Ordenamiento jurídico español. Rige en todos sus sectores. Y, por supuesto, en el administrativo". GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Tercera Edición, Madrid, 1999, pág. 40. En ese sentido, y ya en nuestro contexto jurídico, la ubicación sistemática del artículo 1362º de nuestro Código Civil, que substancia las reglas de la buena fe, nos sugiere admitir –no sin discusión alguna- la argumentación antes señalada, para la aplicación del principio, pero constreñida a aquellos aspectos contractuales no limitados al *ius commune*, sino extensivos, también, al ámbito administrativo, siempre que admitamos la argumentación que venimos

Es necesario recordar que:

"El Derecho Común contiene las normas que, siendo de derecho privado, se refieren a la generalidad de las personas, de los bienes y, por ende, de las relaciones jurídicas. Cuando el Código Civil regula los contratos, la propiedad, o la empresa, se refiere a estas instituciones en su más amplio sentido"⁸⁷.

Así el estado de cosas, no es imposible sustentar que el principio de buena fe, previsto en el artículo 1362° del Código Civil, se constituye como uno de carácter complementario a los comprometidos con la tutela ambiental expuestos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, y, conjuntamente con ellos, consideramos que forman un *sistema* preventivo más efectivo de tutela de protección de la biodiversidad⁸⁸, así como de las expectativas de desarrollo científico y tecnológico -temática que analizaremos posteriormente-.

Ello es comprensible si se tiene en cuenta que el incumplimiento de los mandatos generados por la Dirección de Supervisión Ambiental (u otro órgano del Estado que cumpla funciones de fiscalización), a efectos de ejecutar el principio precautorio, solo motivarán la implementación de procedimientos sancionadores⁸⁹; en cambio, al haberse determinado -según hemos visto- la connotación semántica y la aplicación pragmática del principio de buena fe, y con la obligatoriedad de la aplicación del mismo que recae en el concesionario, la imagen de la potencial demanda de responsabilidad civil contractual, por la inobservancia de los deberes de seguridad⁹⁰, generará efectivos desincentivos en los potenciales agentes causantes del daño.

desarrollando, en el sentido que el contrato, como figura general, no tiene limitaciones para su aplicación a cosas especiales de dicha figura.

⁸⁷ BARASSI, Lodovico, Ob. cit., pág. 17.

⁸⁸ Hay que recordar que, de acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente **"Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país"**. La negrita es impuesta.

⁸⁹ Hay que tomar en cuenta que los procedimientos sancionadores son de carácter disuasivo, y por ello no resultan del todo eficientes, si previamente no se han implementado instrumentos, más bien, persuasivos para el cambio de comportamientos potencialmente dañosos por parte de la empresa explotadora de recursos naturales.

⁹⁰ Es pertinente destacar que, a contracorriente de lo establecido en materia de responsabilidad civil contractual (en su vinculación a los deberes de seguridad), en un estudio crítico sobre la impertinencia del uso mítico de, precisamente, la figura de la responsabilidad contractual en el Anteproyecto de Reforma del Derecho de la Responsabilidad Civil francés, Philippe Le Tourneau señala que **"La consagración del concepto de «responsabilidad contractual» encuentra su origen en dos invenciones: una de orden jurisprudencial y otra de orden doctrinal. Estas son: las obligaciones contractuales de seguridad y la distinción entre las obligaciones de medios y resultado. Por un lado, la introducción de las obligaciones de seguridad [l'obligation de sécurité] en los contratos ha definitivamente instaurado la «responsabilidad contractual» en su función de reparación (...)".** LE TOURNEAU, Philippe, "Breves comentarios críticos sobre la «responsabilidad

Al respecto de la posible responsabilidad contractual que podría recaer sobre el potencial agente causante del daño, señala TRIMARCHI que:

"Se considera que la amenaza de la responsabilidad contractual constituye una presión para inducir a un diligente cumplimiento de las obligaciones contractuales (...) así, si se trata de una prestación de empresa, las medidas de diligencia pueden consistir en la asunción de nuevo personal o de personal más calificado, en la adopción de maquinas o materiales de mejor calidad, en la multiplicación de los controles, en un mantenimiento más frecuente (...). En consecuencia, el esfuerzo debitorio es inmediatamente traducible en términos de costo, de modo de poder ser confrontable con el peso de la responsabilidad contractual. De esto resulta que el empresario será inducido a adoptar nuevas medidas de diligencia, toda vez que su costo sea inferior a la consecuente reducción del peso de la responsabilidad contractual"⁹¹.

Puede sostenerse, además, que una de las razones que va a vislumbrar el desincentivo para la omisión de conductas negligentes y, simultáneamente, la determinación de conductas propositivas a favor del medio ambiente, radica en el simple hecho del plazo prescriptivo⁹² que otorga nuestro Código Civil a los titulares de intereses afectados por daños ocasionados como consecuencia del incumpliendo (en general) de las obligaciones posteriores a la celebración del contrato y de la inobservancia de los deberes de protección (en particular).

De otro lado, como ya hemos mencionado en el presente apartado, sabemos que los derechos y principios de la tutela ambiental se encuentran descritos en el Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. Dentro de ellos, aunque existen tres⁹³ que se refieren específicamente a la señalada tutela ambiental, dos de éstos son de carácter operativo, por lo que pueden concretizarse con mayor facilidad: el principio de prevención y el principio precautorio. El principio de prevención se desarrolla en el marco de la gestión ambiental y tiene como objetivos prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental.

contractual» el Anteproyecto de Reforma del derecho de la responsabilidad", en: Revista Jurídica Thomson Reuters, N° 21, Traducido por José Luis Gabriel Rivera, Lima, 2013, pág. 26.

⁹¹ TRIMARCHI, Pietro, "Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual", en: Themis, N° 29, Lima, 1994, pág. 92. Cabe señalar que el concepto de *diligencia* utilizado por Trimarchi no se relaciona, necesariamente y de manera exclusiva, a la diligencia que nosotros entendemos como factor coadyuvante para la satisfacción del interés creditorio, sino que involucra, adicionalmente, a los deberes de seguridad; hecho que es fácilmente deducible de la calificación que se le dé, en términos generales, a todas las conductas adoptadas por la empresa para evitar la producción de perjuicios en el desarrollo de sus actividades.

⁹² De acuerdo con lo estipulado en el artículo 2001, numeral 1, del Código Civil el plazo prescriptivo para supuestos de responsabilidad civil contractual es de diez (10) años. Dicha situación constituye una mayor ventaja (relativa) para el afectado por la contaminación o para el titular de intereses supraindividuales, si es que se le compara con el plazo prescriptivo de dos (02) años para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2001, numeral 4, del mismo cuerpo legal.

⁹³ Nos referimos al principio de sostenibilidad (artículo V), de prevención (artículo VI) y precautorio (Artículo VII).

Asimismo, el principio precautorio promueve la no postergación de la aplicación de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

El principio de prevención tiene objetivos que se constituyen dentro de la gestión ambiental que pueda darse, por ejemplo, en el marco de la responsabilidad social de la empresa o, también, como consecuencia de la evaluación ambiental que desarrolle el Estado para la tutela de bienes jurídicos públicos que puedan lesionarse como consecuencia de antijurídicas, o fuera del ejercicio regular de un derecho, prácticas empresariales; en cambio, el principio precautorio tiene una condición de operatividad que hace compleja, sustancialmente hablando, las aplicaciones del mismo, como quiera que la falta de certeza absoluta sobre el acaecimiento del daño grave o irreversible no debe constituirse como razón para postergar medidas destinadas a impedir la degradación del ambiente; lo que determina la aparición de un complejo elemento de juicio, *la incertidumbre*, cuyo tratamiento no debería constreñirse al aspecto legal, sino que, además, debería involucrar apreciaciones propiamente científicas que se comentarán de manera basilar en la tercera sección.

Así, un artículo como el que establece el principio precautorio genera inconvenientes de carácter sustancial que se ven reflejados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que analizaremos en la tercera sección⁹⁴.

De momento, podemos establecer que al haber señalado –sobre una base no positivista⁹⁵– que el contenido del principio de buena fe se da por el nacimiento de los deberes de protección contractuales, consideramos que dichos deberes pueden traer consecuencias más efectivas, justamente para la tutela preventiva del medio ambiente; y que ello, en principio, se encuentra como medida de conducta complementaria en la esfera jurídica del potencial agente causante del daño.

1.3. Vinculaciones de la buena fe con la sostenibilidad ambiental, el interés público y la consulta previa

⁹⁴ Se debe señalar que una utilización administrativa del principio, pero en el ámbito de la actividad empresarial de explotación de recursos naturales –que, desde luego, es pasible de una mejora en su aplicación– ha hecho la Dirección de Supervisión Ambiental del OEFA en la Resolución Directoral N° 001-2013-OEFA/DS, del 24 de mayo del 2013, la cual, en aplicación del principio precautorio, determina el nacimiento de obligaciones a cargo de la empresa fiscalizada, para que esta paralice los trabajos de remoción de suelos que viene realizando en la zona denominada «Los Jardines», y garantice el cumplimiento de la normativa ambiental vigente.

⁹⁵ En una observación ejecutada contra el legalismo kelseniano, ha señalado acertadamente Hernando Nieto que **“Si en la construcción de un Derecho ambiental se parte de una propuesta de Derecho entendido como ciencia positiva, será pues muy poco lo que se pueda lograr”**. **HERNANDO NIETO, Eduardo, “El liberalismo y los límites del Derecho ambiental”, en: *Derecho y ambiente***. Aproximaciones y estimativas. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, págs. 190-191.

El desarrollo sostenible no solo es un principio orientador de las políticas y gestión públicas en materia ambiental de carácter constitucional⁹⁶, en nuestro sistema, sino que, además, se encuentra previsto en la Convención de Río de Janeiro⁹⁷ y, asimismo, en nuestra legislación especializada (en su aspecto *funcional* y de *deber*)⁹⁸. Así también, el **desarrollo sostenible "(...) supone en términos ambientales un modelo de crecimiento económico que satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades"**⁹⁹.

Ciertamente, con el desarrollo sostenible¹⁰⁰ se busca que la explotación de recursos naturales se realice de conformidad a parámetros racionales de conducta; y que, a su vez, se pueda garantizar, en consecuencia con ello, que la futuras generaciones no se vean afectadas en sus derechos, intereses o expectativas, producto de una explotación precisamente negligente o irracional; y con ello, paralelamente, evitar cualquier tipo de perjuicio que pudiera afectar no solo intereses particulares, sino, también, intereses de carácter público.

En efecto, "El mundo contemporáneo usa la naturaleza como nunca antes lo había hecho ninguna sociedad histórica: su utilización de los recursos naturales es extraordinariamente intensa y eficaz. Pero ello también origina como sub producto un deterioro de las condiciones ambientales de vida"¹⁰¹.

⁹⁶ De acuerdo a lo establecido en el artículo 67° de la Constitución antes señalado.

⁹⁷ La Declaración de Río, llevada a cabo en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del 3 al 14 de Junio de 1992, en Río de Janeiro, señala en su Octavo Principio: Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insustentables y fomentar políticas demográficas apropiadas.

⁹⁸ El artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, desarrolla un concepto *funcional del principio de sostenibilidad, al señalar que "La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones". Asimismo, el artículo 7° de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Desarrollo Sostenible de los Recursos Naturales, construye un mandato que recae sobre el Estado al señalar: "Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas de desarrollo sostenible, (...)".*

⁹⁹ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pág. 89.

¹⁰⁰ El desarrollo sostenible no debería ser un principio que debe compeler solo a las autoridades estatales a la realización de buenas prácticas en materia de tutela ambiental, sino que, es por demás evidente que dicho desarrollo podría contar con la articulación orgánica de ciudadanos en mesas de diálogo en donde se trasluzca un más concreto interés público.

¹⁰¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental", en: *Derecho civil patrimonial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pág. 362.

La razón de ello radica probablemente en el hecho de que *el hombre*¹⁰² habita en un espacio (natural o artificial) finito y simultáneamente experimenta necesidades ilimitadas¹⁰³ (razonables, irracionales, impuestas o imaginarias), lo que implica –como vimos en el acápite anterior– un conflicto entre la naturaleza y la riqueza; entre recursos, cada vez más escasos, y un tipo de consumo, aunque contralado legalmente, cada vez más desmedido (en algunos aspectos), socialmente hablando.

En este escenario, parece razonable recordar aquel principio de *análisis económico del derecho* que señala que “En una sociedad con bienes escasos el desperdicio es injusto”; el cual, desde nuestro punto de vista, nos ofrece dos alternativas para ser (re) enunciado del siguiente modo: a) en una sociedad con recursos naturales escasos el desperdicio es injusto; pero, como contrapeso a esta aserción, también, tenemos: b) en una sociedad con recursos naturales agotables, la explotación no reservada (racional) es injusta (para las futuras generaciones).

En el primer caso, el enunciado es aplicable al contexto social actual, y, en el segundo caso, la afirmación reviste la forma de una hipótesis atemporal. En ambos casos puede advertirse que el desperdicio –que puede darse tanto por defecto como por exceso de consumo–, así como la explotación irracional, o negligente, de los recursos naturales son expresiones de *lo injusto*¹⁰⁴.

De otro lado, en un sentido práctico, podemos decir que el principio de sostenibilidad ambiental permite el desarrollo de una función evaluadora

¹⁰² El hombre del que hablamos, en los términos de Hobbes, corresponde, para nuestra posible hipótesis (con modestas intenciones antropológicas), a la categoría del *homo homini lupus* al que hay que oponer el Dictamen del *liberum hominis et rationalis*. La primera es una categoría congénita y la segunda es un dictamen cultural que debería ser construido en el marco de una sociedad libre y justa. Al respecto se debe hacer una mención adicional. Paul Vinogradoff explica, sumariamente, la perspectiva contractualista de Thomas Hobbes de la siguiente manera: “*El Derecho es una norma de conducta impuesta y aplicada por el soberano*. Tal definición procede históricamente de la famosa doctrina de Hobbes. Sostenía éste que los hombres son por naturaleza enemigos entre sí y que la situación original de la especie humana era una guerra de todos contra todos. La violencia y la ansiedad intolerables de tal estado de cosas fueron eliminadas mediante una completa renuncia de cada uno de los individuos a su libertad personal de acción y a la creación de un ser artificial, el Estado, el Leviatán en cuyo cuerpo se funden todos los individuos como partículas o miembros, y cuya voluntad soberana gobierna a todos los hombres con una autoridad que no conoce restricciones”. VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1952, pág. 25.

¹⁰³ Leo Strauss ha señalado con respecto a la teoría sobre la naturaleza humana de Hobbes que, si como este último señala, de que el **apetito humano es infinito en sí mismo** “(...) entonces el apetito humano se distingue esencialmente del apetito animal en que el último no es sino una reacción frente a impresiones externas y, por tanto, que el animal desea únicamente objetos finitos, mientras que el hombre desea espontáneamente de modo infinito”. STRAUSS, Leo, *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*. Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pág. 31.

¹⁰⁴ *Lo injusto* es una clausula genérica que importa no solo una actuación antijurídica del agente causante del daño, sino aquella conducta que, siendo legal, es ilegítima, si tomamos en cuenta que es el interés jurídicamente protegido el objeto de tutela por parte del Derecho (Civil, Administrativo o Ambiental).

y fiscalizadora¹⁰⁵ por parte del Estado, tanto en el ámbito judicial como administrativo, sobre las actividades, potencial o directamente, contaminantes que realizan algunas empresas, a través del instrumento de la concesión pública, y, en ese sentido, dichos principios se convierten en un garante del interés público (en general), como también de los intereses colectivos (en particular).

Con relación a esto último hay que precisar que el principio de sostenibilidad ambiental no discrimina el tipo de tutela que va a ejercitarse, sea esta pública o privada; por lo que, cuando hacemos referencia a dicho interés nos constreñiremos, básicamente, a aquellos que pueden ser identificados con bienes que se encuentran en el *espacio público*, independientemente de si su tutela pueda ser reclamada por acciones de interés colectivo¹⁰⁶ o de carácter difuso¹⁰⁷.

Los intereses públicos son, en efecto, de diversos tipos¹⁰⁸, y pueden, además, localizarse en sectores específicos de la Administración pública¹⁰⁹ o, como comúnmente se les encuentra (en estado natural),

¹⁰⁵ Esta misma característica puede verse en Ruiz-Rico Ruiz, quien señala que “La sostenibilidad se trasfigura pues, desde nuestro punto de vista, en un principio fiscalizador de las competencias medioambientales, que legitima a las Administraciones para cuestionar actividades que impliquen un sacrificio del derecho al medio ambiente aun perteneciendo al círculo competencial de la administración actuante”. RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, “Las competencias autonómicas en medio ambiente (especial consideración de los proyectos de reforma estatutaria)”, en: *Derecho ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 331.

¹⁰⁶ Se debe tomar en cuenta que la noción de interés colectivo tiene un particular sentido para cierto sector de la doctrina italiana. Tan es así que Guido Alpa ha señalado que “(...) el medio ambiente es, por todo lo indicado, en sus aspectos jurídicos y según las mejores formulaciones de la doctrina, un *interés colectivo privado de materialidad*”. ALPA, Guido, Ob. Cit., pág. 1006. En la misma línea argumental el autor antes citado señala, también, que “(...) Corte constitucional, en su sentencia n. 247 del 23 de julio de 1974, había subrayado la posibilidad de emplear el artículo 2043 del Código Civil en la protección del interés en la salud y en el medio ambiente (...), y precisando que dicho interés «pertenece a la colectividad». ALPA, Guido, Ob. Cit., pág. 1011. El artículo 2043º del Código Civil italiano señala que “Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otros un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

¹⁰⁷ Hay que precisar que “A diferencia de los intereses colectivos, cuyo contenido es supraindividual, con un centro de referencia no ocasional, sino constituido por un ente asociativo (bien sea un organismo público, una asociación sindical o un colegio profesional), los intereses difusos aparecen correlativos a formaciones sociales aún en fase de toma de conciencia, cuya individualización se realiza a través de la relevancia de una lesión verificada en perjuicio de una pluralidad de individuos que se asocian para su defensa (el daño es su único punto en común, y su vinculación perdura sólo mientras este subsiste). En el momento presente, el medio ambiente se encuadra entre este tipo de intereses, (...)”. VIGURÍ, Agustín, “Las acciones en defensa de intereses colectivos en el ámbito del medio ambiente”, En: *Defensa jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Alfabetas Artes Gráficas, Santiago, 1999, págs. 153-154.

¹⁰⁸ Señala Gorki Gonzales que “Esta capacidad de actuación simultánea en múltiples espacios, permite desprender una característica consustancial al interés público: su polivalencia”. GONZALES, Gorki, “Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción”, en: *Ensayos de interés público*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pág. 24.

¹⁰⁹ Por ejemplo, en materia de nulidad de oficio, en sede contencioso-administrativa, se necesita, para la tramitación de la referida nulidad, que la Administración se pronuncie sobre la afectación al interés público que ha causado la resolución cuestionada al interés público. El segundo párrafo del artículo 13º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, es ilustrativo al respecto: “También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que

fuera de ella, si tomamos en cuenta que **"el Estado moderno se encargó de expropiar lo público del seno de la comunidad y terminó absorbiendo su contenido, determinándolo y confundiendo con este"**¹¹⁰. Así, la tutela del medio ambiente, que para ello necesita de la sostenibilidad ambiental, puede articularse con mecanismos de defensa de carácter civil, de carácter administrativo o con instrumentos propiamente ambientales.

Dicha *incardinación*¹¹¹ no solo es posible, sino necesaria, si de tutela preventiva se trata, porque coloca en la esfera jurídica del potencial agente causante del daño el deber de ejecutar acciones que, de suyo, son el resultado, precisamente, del principio de buena fe objetiva, y cuyo fin específico se encuentra en la efectiva tutela preventiva de intereses públicos, coetáneos o sobrevinientes a la celebración del contrato de concesión para la explotación.

Más allá de la connotación civil del presente trabajo, se deben tomar en cuenta que, a efectos de la tutela de los intereses públicos en conflicto (o potencial conflicto), existen una serie de normas que determinan la participación ciudadana en materia ambiental frente a las cuales se podría incorporar precisamente la perspectiva civil. Nos referimos a las siguientes normas: Decreto Supremo N° 028-2008-EM (Aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero¹¹²);

declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede **administrativa**". La negrita es impuesta.

¹¹⁰ GONZALES, Gorki, Ob. cit., pág. 17. Hay que señalar, además, que "(...) *lo público* se define como el espacio en el cual los ciudadanos participan libremente para propiciar consensos respecto de temas de interés y necesidad compartida. Se trata de un procedimiento deliberativo que permite confrontar y articular las distintas visiones de la ciudadanía en torno a tópicos que atañen al conjunto". Ídem, pág. 18.

¹¹¹ Un ejemplo del vínculo entre la tutela ambiental y el derecho civil lo podemos advertir en una particular forma de interpretar el artículo 33° de la Constitución española: **"El debido respeto al medio ambiente se incardina dentro de los límites del derecho de propiedad, derecho subjetivo limitado, siendo uno de sus límites precisamente, la defensa, protección y conservación del medio ambiente; actuando de otro modo, conforme indica el artículo 33 CE se deslegitimaría su titularidad. Al reconocerse la tutela del medio ambiente como límite intrínseco del derecho de propiedad, dejamos la puerta abierta a la intervención de los poderes públicos para que conjuguen el interés nacional"**. VIGURÍ, Agustín, **"Las acciones en defensa de intereses colectivos en el ámbito del medio ambiente"**, En: *Defensa jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Alfabeta Artes Gráficas, Santiago, 1999, pág. 151. Cabe señalar que el artículo 33° de la Constitución española se encuentra en el Título I, De los derechos y deberes fundamentales; Capítulo segundo, Derechos y libertades; Sección segunda, De los derechos y deberes de los ciudadanos; el cual señala que "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes".

¹¹² El primer párrafo del artículo primero del Reglamento señala que **"El presente reglamento tiene por objeto normar la participación responsable de toda persona, natural o jurídica, en forma individual o colectiva, en los procesos de definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente, relativas al aprovechamiento sostenible de los recursos minerales en el territorio nacional"**.

Decreto Supremo N° 012-2008-EM (Aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos¹¹³); Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM (Lineamientos para la participación ciudadana en las actividades de hidrocarburos¹¹⁴).

Como podrá advertirse, en las normas antes mencionadas se toma en cuenta el concepto de Pueblo Indígena¹¹⁵, al cual, ciertamente, le son aplicables las prerrogativas conferidas bajo la categoría de Participación Ciudadana. Dicho concepto tiene una vinculación más profunda al interés público cuando este colisiona con una explotación disfuncional de los recursos naturales, ya que, con respecto a aquellos, ha existido en el Perú una complicada historia de desencuentros e imposición que no puede soslayarse, y que, en el presente siglo, desafortunadamente, desembocó en los lamentables hechos de Bagua¹¹⁶, precisamente por

¹¹³ El referido artículo primero del mencionado Reglamento está vinculado a la participación, precisamente, de los pueblos indígenas. **Señala el artículo en cuestión que "El presente Reglamento tiene por objeto establecer los lineamientos de Participación Ciudadana conducentes a: - Uniformizar las disposiciones normativas. - Fortalecer los derechos de acceso a la información, a la Participación Ciudadana en la gestión ambiental y social, así como los derechos de los Pueblos indígenas y la población involucrada. (...) - Promover las relaciones armoniosas entre las poblaciones, el Estado y las Empresas".**

¹¹⁴ Con relación a esta resolución ministerial se deben destacar dos principios importantes de cara a los aspectos estudiados en el presente ítem. El primero de ellos es el principio que vincula la participación ciudadana y la buena fe: **"La participación ciudadana se rige por el Principio de Transparencia y Buena Fe, conforme al cual todas las personas que intervienen en el proceso de participación ciudadana y en la gestión ambiental y social vinculado a las actividades de hidrocarburos deben conducirse con respeto mutuo y colaboración, de manera tal que se propicien espacios de diálogo y participación efectiva, para el ejercicio de los derechos establecidos, así como para la búsqueda de consensos entre las partes involucradas o relacionadas con el desarrollo de las Actividades de Hidrocarburos".** [El énfasis es nuestro]. Como se podrá deducir, no solo se refiere a las partes de la relación contractual, sino, también, a terceros vinculados al desarrollo de dichas actividades. El segundo principio es el denominado **Enfoque Intercultural, en virtud del cual "La participación ciudadana para Actividades de Hidrocarburos se conduce respetando la diversidad cultural del país, mediante la adopción de mecanismos, criterios y patrones de gestión que se adecuen al contexto pluricultural y multilingüe de sus áreas de influencia. Se debe propiciar la efectiva participación de las poblaciones involucradas ubicadas en el área de influencia de las Actividades de Hidrocarburos, especialmente de las comunidades nativas y campesinas".**

¹¹⁵ **Señalan Beatriz Merino e Iván Lanegra que "El término «indígena» identifica a aquel pueblo que es originario del país de que se trata, aludiendo, por lo tanto, a una larga permanencia en el territorio que en la actualidad forma parte de determinado Estado u organización política. Por otro lado, el concepto de «pueblo» ha servido para identificar a un grupo humano con lazos históricos, étnicos o lingüísticos que le otorgan una identidad colectiva. Se trata, en consecuencia, de un concepto con límites difusos que ha favorecido una constante discusión sobre sus contornos, cuestión con importantes consecuencias políticas y jurídicas".** MERINO, Beatriz y LANEGRA, Iván, *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El desafío del diálogo intercultural en el Perú*, CENTRUM Católica, Lima, 2013, pág. 8.

¹¹⁶ **Señala la Comisión de investigaciones de Politai que "El momento más álgido del desencuentro entre el Estado y los pueblos indígenas amazónicos se suscitó el 5 de junio de 2009 en Bagua con la movilización de diversas organizaciones bajo la dirigencia de Aidesep [Asociación Interétnica de la Selva Peruana: Organización indígena de alcance nacional, fundada en 1979] como resultado de un escalamiento de conflicto que se inició con la aprobación de un paquete de decretos legislativos en el marco del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos".** Comisión de Investigaciones de Politai, **"Los efectos de la fragmentación en las organizaciones indígenas y la dinámica política e institucional de la consulta previa en el Perú a un año de su aprobación"**, en: POLITAI, Revista de ciencia política, N° 5, 2012, págs. 167-168.

temas vinculados, en gran parte, a la contaminación ambiental, al contrato de concesión, al interés público y a la consulta previa¹¹⁷.

1.4. Los deberes de protección contractuales como efecto de la buena fe en la esfera pública

La doctrina de los deberes de protección son el resultado de una construcción germana, particularmente detallada en la obra de Heinrich STOLL, cuyo pensamiento ha sido resumido en parte –si acaso es posible dicha operación metodológica- por BENATTI:

*"Cuando se instaura una relación contractual las partes exponen sus esferas jurídicas al peligro de que la actividad de una pueda generar un daño a la persona o al patrimonio de la otra: es entonces aquí donde interviene el principio de la buena fe para regular el comportamiento de los sujetos, creando una serie de deberes dirigidos a la protección de los intereses que pudiesen ser perjudicados por aquella actividad. Estos deberes vienen definidos, en razón del objetivo al cual tienden, como deberes de protección"*¹¹⁸.

Empero, - como ya ha sido mencionado- los deberes de protección no solo son relevantes en la zona de contacto de las partes contratantes, sino que se extienden, además, al espacio de terceros ajenos, jurídicamente hablando, a la relación contractual, pero cercanos, física y/o temporalmente, al desarrollo de la prestación de la parte deudora. Al respecto, MOSCATI señala que:

"Puesto que los denominados deberes de protección forman parte de la relación obligatoria primaria, los cuales tienen como finalidad tutelar al contratante-acreedor de la prestación de los daños a la persona y/o a sus bienes que puedan verificarse con ocasión de la ejecución del contrato, ésta misma tutela se extiende a los terceros que se encuentren expuestos, por su particular situación respecto de una de las partes, al mismo riesgo de daño al cual se encuentra expuesto el contratante-

¹¹⁷ Cabe señalar que dicha consulta tiene plena eficacia en el Perú a partir del 02 de febrero de 1995, y se encuentra incorporada en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual en su artículo 15° señala que **"1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. (...)"** [la negrita es impuesta].

¹¹⁸ BENATTI, Francesco, "Observaciones en torno de los «deberes de protección»", Traducción a cargo de Renzo Saavedra Velazco, en: *Materiales de enseñanza del curso de Responsabilidad civil*, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007-2, págs. 3-4.

*acreedor de la prestación o, en todo caso, que los terceros frente a este último tengan algún interés de la protección*¹¹⁹.

Ciertamente, la buena fe tiene diversas expresiones en el ámbito de los deberes de protección, y, en ese sentido, debe ser considerada como condición *necesaria*¹²⁰ para existencia de tales deberes. Así, puede **apreciarse a la buena fe "(...) como una causa o una fuente de creación** de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por **las partes a través de ella**¹²¹; por lo que, siguiendo los lineamientos ya expuestos en el título anterior, en el sentido de que la buena fe, por la vía del artículo 1362º del Código Civil, es producto de la materialización del principio constitucional de **heteronomía pública, "Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe"**¹²².

Esta es la connotación (abierta), desde el punto de vista del negocio jurídico (que incluye también a la figura del contrato), que mejor se ajusta a lo establecido en el artículo 1362º del Código Civil antes mencionado, por cuanto, se presupone, como se puede advertir, la existencia de partes, un acuerdo, estipulaciones y un texto legal. Dichos presupuestos¹²³ no son más que aquellas características que corresponden al *perfil*¹²⁴ del contrato, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 1351º¹²⁵ del Código Civil.

Es de verse que el referido artículo 1351º de nuestro Código Civil enmarca la figura del contrato (en general), y, en ese sentido, al contrato de concesión pública le son alcanzables (por la vía de la aplicación supletoria) las consideraciones que hemos desarrollado, precisamente, del contrato (en general) en cuanto se refieren a la aplicación del principio de buena fe. Con ello, el interés público se ve enriquecido, en tanto sea considerado desde su perspectiva objetiva; por lo que este

¹¹⁹ MOSCATI, Enrico, Ob. cit., pág. 12.

¹²⁰ **No está demás preciar que "(...) en el vocabulario lógico se dice que cuando se tiene una proposición condicional de la forma $p \rightarrow q$, entonces el consecuente es condición necesaria del antecedente y el antecedente es condición suficiente del consecuente".** PISCOYA HERMOZA, Luis, Ob. cit., págs. 71-72.

¹²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, Introducción al libro de Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 19.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ En sentido estricto los presupuestos son, el de carácter objetivo, identificado con el bien materia de transacción, y, el de carácter subjetivo, relacionado con los sujetos de derecho vinculados a través del contrato.

¹²⁴ El perfil del contrato es la primera aproximación que se puede tener a dicha figura, a diferencia de lo que ocurre cuando se hace referencia a su estructura o función, en donde el análisis estructural, semántico y económico son fundamentales para un estudio más detallado de dicha institución.

¹²⁵ Señala el referido artículo: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". Y de él se desprende la idea de acuerdo, partes, estipulaciones, texto legal y relación jurídica patrimonial.

principio y el interés público referido se constituyen en una relación cooperativa cuyo plano de aplicación es –en nuestro caso– el contrato de concesión. En cuanto a las vinculaciones entre dichos intereses y la buena fe Barbara MASTROPIETRO ha señalado que:

*"Senza dubbio, occorre sottolineare che l'attività contrattuale della P.A., ancorché eseguita in regime privatistico, è comunque attività d'interesse pubblico; sì che la soggezione della P.A. alle regole di diritto comune non può significare completa svalutazione de ogni differenza tra le posizioni dei contraenti. Se l'interesse pubblico condiziona l'interna attività contrattuale della P.A., assumendo rilievo causale in tutte le sue fasi, non possono non esservi consistente deroghe alla disciplina di diritto comune. Tuttavia, la stringente considerazione delle specificità del contratti conclusi dalla P.A. non dovrebbe spingersi al punto da negare l'applicabilità della clausola generale di buona fede"*¹²⁶.

En efecto, si bien es cierto es comprensible y, por supuesto, necesario poner en relieve las diferencias entre el derecho privado y el escenario contractual público, no es fundamento suficiente para no considerar aplicable el principio de buena fe al ámbito de la contratación pública, que podría ser canalizado, incluso, hacia fines tutelares del interés público, el mismo que ya se encuentra causalizado en la celebración del contrato.

En tal sentido, podríamos, y ya tomando en cuenta nuestro artículo 1362º, concluir, como sucede en el sistema alemán e italiano, que la buena fe informa al conjunto de las relaciones obligatorias nacidas del contrato, sin poner limitaciones al principio en nombre de competencias temáticas que si bien pueden ser diferentes en cuanto a las especificidades propias de cada contrato, no lo son en cuanto a la estructura y principios generales aplicables. Al respecto LARENZ señala que:

"El principio del § 242 es irrenunciable, ya que representa el precepto fundamental de la juridicidad. Pero se pregunta si el § 242 es solamente una norma, que como otros preceptos jurídicos coactivos rige también, como éstos, junto a todas las demás normas (dispositivas o coactivas) y tiene el mismo ámbito de aplicación o si representa un principio supremo del derecho de las relaciones obligatorias, de forma que todas las demás

¹²⁶ MASTROPIETRO, Barbara, Ob. cit., págs. 1271-1272. **La traducción libre es la siguiente:** "Sin lugar a dudas, cabe subrayar que la actividad contractual de la Administración pública, incluso realizada en el régimen privado, es, sin embargo, una actividad de interés público; sí que la sujeción de la Administración pública a las reglas de derecho privado no puede significar la total devaluación de toda diferencia entre las posiciones de las partes. Si el interés público condiciona la interna actividad contractual de la Administración pública, asumiendo relevancia causal en todas sus fases, no pueden no existir consistentes excepciones a la disciplina del derecho privado. Sin embargo, la rigurosa consideración de las especificidades del contrato concluido por la Administración pública no debe ir tan lejos al punto de negar la aplicabilidad de la cláusula general de buena fe".

*normas han de medirse por él y en cuanto se le opongan han de ser en principio pospuestas*¹²⁷.

Con respecto a ello, el mismo autor responde que “La jurisprudencia ha decidido, hace ya mucho tiempo, por la segunda posición y conforme a este criterio no es raro que limite la aplicabilidad de otros preceptos legales cuando ello pueda conducir de algún modo a un resultado **injustificado según la buena fe**”¹²⁸. De este modo, se puede advertir que los deberes de protección, que tienen el sustento de la buena fe para su aplicación práctica, seguirían la misma suerte en el ámbito de la contratación pública (específicamente del contrato de concesión para la explotación de recursos naturales), por cuanto existen intereses públicos extracontractuales que pueden ser mejor tutelados (preventivamente) siempre que la empresa beneficiada tuviera en cuenta el contenido semántico de dicho principio y su relevancia en todo el *iter* contractual.



¹²⁷ LARENZ, Karl, Ob. cit., pág. 145. El parágrafo 242 del BGB Alemán señala que “El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico”.

¹²⁸ Ídem, pág. 146.

SECCIÓN II

FUNDAMENTOS CIVILES Y CONSTITUCIONALES DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN CONTRACTUALES EN LA ESFERA PÚBLICA

1. Aproximaciones a la naturaleza jurídica del contrato público

Desde ya, debemos admitir que si se tratara de establecer la naturaleza jurídica del contrato *público*¹²⁹ no podríamos, tan siquiera, aspirar a ser concluyentes, en el sentido de afirmar de manera categórica que, cuando se trata de estos contratos, estamos frente a instrumentos económicos en el que rigen, estrictamente hablando, solo las normas del derecho contractual administrativo, o, desde otro punto de vista, frente a un contrato de carácter *privado*¹³⁰, pero con rasgos especiales que lo diferencian de los primeros como, por ejemplo, las cláusulas *exorbitantes*¹³¹, *el interés público, la finalidad pública, etc.*

De este modo, se debe advertir que de lo que se trata en este punto es, simplemente, de establecer que existen *estructuras* jurídicas (contractuales) que tienen mayor flexibilidad semántica y estabilidad

¹²⁹ Utilizaremos la categoría de contrato público como equivalente a la de contrato administrativo **solo con fines de simplificación, ya que se sabe perfectamente que aquella "(...) es una categoría** de mayor amplitud conceptual que, en realidad, comprende el contrato administrativo aun cuando no absorbe la figura, ya que no existen reglas comunes en la contratación, excepto en lo concerniente al régimen de selección (zona común de la contratación administrativa)". CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, AbeledoPerrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 2009, pág. 2.

¹³⁰ Refiriéndose a la posición según la cual la contratación pública es sustancialmente privada (lo que contribuye a incrementar la dificultad para la determinación de la naturaleza jurídica del contrato administrativo), señala el autor corporativo, Ariño y Asociados, **que "En una de sus últimas formulaciones se resume esta postura en las siguientes afirmaciones: (...) La pretendida construcción del contrato administrativo como una figura autónoma es un subproducto innecesario y artificioso de lo anterior, un error provocado por la importación francesa de la doctrina del servicio público. Lo único que hay en definitiva son «modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración», con diferente intensidad según el tipo de contrato, pero que en ningún caso suponen una diferencia de naturaleza".** ARIÑO Y ASOCIADOS, "Estudio introductorio", en: *Comentarios de la ley de contratos de las administraciones públicas*, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 39-40.

¹³¹ Señala Jaime Ospina que los autores posteriores a la doctrina de Otto Mayer, que negaba la **existencia de un verdadero contrato administrativo, "(...) se enfocaron en las cláusulas exorbitantes que contienen estos contratos y que reflejan el poder del Estado y su objeto esencial particular de los contratos administrativos".** OSPINA GÓMEZ, Jaime, *La naturaleza jurídica del contrato de la administración pública*, Editorial de la Revista "Derecho Colombiano LTDA", Bogotá, 1975, pág. 7.

conceptual (en el tiempo); y que pueden ser asimilables¹³², sustancialmente hablando, a una categoría genérica (que se encuentra implícita en la categoría privada), y que es en función de esta perspectiva que queremos sostener que no es sustentable afirmar que el contrato privado deba subsumir al contrato público¹³³, ni tampoco, en sentido contrario, que el contrato administrativo se desarrolle como si en el universo de los contratos no hubieran existido nunca aquellos de carácter privado; sino que, desde nuestra perspectiva, admitir que existe –como ya lo hemos admitido– una categoría genérica del contrato que se encuentra disciplinada en el Código Civil por factores que tienen que ver con, simplemente, el orden de aparición de la figura privada en el tiempo, esto es, en el escenario jurídico del referido cuerpo legal.

Sin embargo, ello no significa que esta figura sea la única especie contractual que disciplina implícitamente el derecho común. Ciertamente, es una polémica inconclusa la de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados que, como ya se mencionó, no pretenderemos resolver; y más aún porque existen quienes como BACA ONETO, quien habiendo realizado un estudio minucioso sobre el tema en cuestión, tampoco es concluyente. Señala el autor mencionado, al respecto, que:

*"Indudablemente, las tesis unitarias tienen la virtud de poner de manifiesto que tanto el Derecho administrativo como el Derecho privado pueden ser aplicables en ambos casos, pues el procedimiento de formación de voluntad siempre será público y generalmente las normas del código civil se aplicarán a la relación contractual, al menos supletoriamente"*¹³⁴.

¹³² García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández señalan, en cuanto se refiere, por ejemplo, a la **formación del consentimiento que "La simultaneidad, (...), no quiere decir que la declaración conjunta haya de producirse en «unidad de tiempo», en el mismo momento temporal; puede producirse separadamente para cada uno de los sujetos (el ejemplo más obvio: separación entre oferta y aceptación en un contrato, lo cual, por cierto, es lo común en los contratos administrativos), pero lo que es necesariamente simultáneo es el cierre del concierto de voluntades, que se produce en un momento dado para todas las partes del mismo"**. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, Civitas Ediciones, Duodécima edición, Madrid, 2004, pág. 678.

¹³³ También existen posiciones intermedias o moderadas que señalan: **"Creemos que el camino correcto para explicar la naturaleza jurídica del contrato de la administración pública es precisamente la adaptación de la noción de contrato del derecho privado a las necesidades y circunstancias del derecho público, sin que por ello se modifique su naturaleza"**. OSPINA GÓMEZ, Jaime, Ob. cit., pág. 19. El mismo autor señala, además, que **"El contrato de la administración pública está orientado por los mismos principios del contrato privado. Ellos son la autonomía de la voluntad, la igualdad jurídica de los contrayentes y la eficacia de lo pactado, pero principios que están limitados por otros de carácter superior como son el orden público, la necesidad colectiva y la importancia del servicio público entre otros. Se somete además a un régimen distinto cual es el derecho público –administrativo– con el objeto de preservar la función que debe cumplir el Estado"**. Ídem, pág. 20-21.

¹³⁴ BACA ONETO, Víctor, "La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica", en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, pág. 689.

En ese orden de ideas, y aunque nuestra aproximación a la polémica sobre la unitariedad del contrato tiene otra perspectiva, lo que se enuncie sobre esta figura en lo que sigue del presente trabajo –solo desde el punto de vista *estructural*- será válido tanto para el contrato privado como para el contrato público, pues ambos, aunque relativamente diferentes desde el punto de vista normativo, de su formación, configuración de elementos esenciales, ineficacia e interpretación, son, de otro lado, asimilables a la misma estructura lógica, que es, a su vez, idéntica a la del contrato, abstractamente considerado, como unidad semántica, en los interiores de la normativa civil; lo que hace innecesaria la distinción entre las obligaciones en función al tipo contractual en que se inscriben las prestaciones a cargo de las partes¹³⁵.

Con ello, y aunque nos estamos refiriendo al contrato público (en general) la figura específica que resulta prevalente en el presente estudio es el contrato de concesión de recursos naturales, u otras modalidades¹³⁶ administrativas vinculadas a aquella, cuyas naturalezas jurídicas nos ayudan, de momento, a establecer entre ellas algunos vínculos estructurales.

2. La incidencia de la autonomía privada y la heteronomía pública en el contenido del contrato administrativo

El contrato es una figura jurídica que, como ya se mencionó, si bien es cierto, puede estudiarse desde diversas perspectivas (no limitadas al aspecto propiamente jurídico), consideramos que, fundamentalmente, puede analizarse desde tres puntos de vista relevantes en nuestro sistema. El primero de ellos es el que corresponde a una perspectiva menos compleja, y que describe sus características explícitas como son el acuerdo, las partes y la relación jurídica patrimonial. El segundo, trata sobre los aspectos estructurales y semánticos de la figura en cuestión, y es, al mismo tiempo, materia de estudio principalmente por la dogmática contractual y la interpretación jurídica; y el tercer punto de vista, que estudia los aspectos funcionales de dicho instrumento y su vinculación con los aspectos sociales y/o económicos.

¹³⁵ Precisa Danós Ordoñez que “No cabe duda que jurídicamente todo contrato, sea civil, laboral, público, internacional o agrario, es una fuente de obligaciones, tanto para los particulares como para el Estado (...) En lo civil y en lo administrativo el Estado como cualquier contratante se encuentra obligado a cumplirlo”. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 2, Lima, 2006, pág. 44.

¹³⁶ Señala Danós Ordoñez que “(...) la Ley Nº 26821 [sic] Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, que en su artículo 19º remite a las leyes especiales que existen para cada recurso natural (leyes de minería, de la actividad forestal, de hidrocarburos, de aguas, pesca, etc.) el establecimiento de las diferentes modalidades de otorgamiento de derechos a los particulares para la explotación de recursos naturales, título habilitante que no se restringe sólo a la concesión, porque en muchos casos se utilizan las figuras de las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso y contratos de explotación, entre otros mecanismos para otorgar derechos de uso o explotación de recursos naturales en favor de particulares (...)”. Ídem, pág. 19.

Naturalmente, el enfoque de la figura en estudio no podría sustentarse en un régimen jurídico unitario del Contrato administrativo, porque ello, de momento, y por lo menos en nuestro sistema, es inexistente¹³⁷. Más bien, en la presente sección tomaremos en cuenta, fundamentalmente, el aspecto estructural, interpretativo y semántico, sin dejar de lado la finalidad del contrato, así como sus características explícitas; y dando por sentado que él mismo tiene aspectos más estables que hacen, justamente, analizable dicha figura en el tiempo. Dichos aspectos coinciden plenamente con las características y finalidad antes mencionada.

De este modo, podemos afirmar que el contrato no solo es, en el plano concreto, un instrumento de intercambio con relevancia intersubjetiva¹³⁸ –además de ostentar naturalmente una relevancia económica y/o social-, sino que, además, es, en el plano abstracto, una *estructura lógica*¹³⁹ y semántica que tiene dos áreas claramente definidas. La primera de ellas, en donde podemos advertir a los términos contractuales, es el espacio en

¹³⁷ Algo semejante sucede en relación a la normativa argentina del contrato administrativo, que, por cierto, no alcanza la jerarquía de sistema contractual administrativo; y respecto del cual se señala que **“El campo de la contratación pública presenta un conjunto de matices que impide elaborar una teoría unitaria que abarque, con principios comunes, todo el universo contractual regido por el derecho público, tanto en el ámbito interno del Estado (del cual se ocupa el derecho administrativo en forma prevaleciente) como en el plano internacional (...)”**. CASSAGNE, Juan Carlos, Ob. cit., pág. 5. El mismo autor concluye que **“(...) el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, siendo difícil conseguir un régimen jurídico unitario que agrupe y comprenda todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines”**. Idem, pág. 6.

¹³⁸ Dicha relevancia nos permite comprender en el mecanismo contractual los acuerdos con causa atípica o con causa social. **Respecto de ello, Lizardo Taboada ha señalado que (...) los autores modernos se han alejado definitivamente de la formulación de Betti al aceptar que los contratos atípicos puedan ser obra de la creación exclusiva de los particulares, lo cual Betti no aceptó en ningún momento, pues dentro de su construcción conceptual, lo atípico no existe, sino únicamente lo tipificado legal o socialmente; siendo esto último todo aquello que por su constancia, normalidad y trascendencia social, haya sido aprobado por la conciencia social, determinando definitivamente la aprobación o el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico”**. TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2002, pág. 120.

¹³⁹ Con la expresión estructura lógica del contrato asumimos, para este estudio, una perspectiva evidentemente estructuralista: aquella que identifica una teoría no solo con un conjunto de axiomas, sino también con un modelo sobre la teoría en que se producen esos axiomas. Para **mayor precisión sobre el estructuralismo hay que señalar que “Una teoría se identifica por «cómo dice que es el mundo», esto es, por fijar un conjunto de estructuras que son (las partes de) el mundo «según como ella pretende»**. Por supuesto que para fijar esas estructuras, los modelos, son necesarios unos axiomas u otros, pero cuáles en concreto, de entre todos los equivalentes, **no importa”**. DÍEZ CALZADA, José, *Voz: “Estructuralismo”*, en: *Compendio de epistemología*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 236. Y ya en el plano jurídico, la fijación de estructuras tiene **una ventaja en el hecho que “La estructura jurídica puede permanecer como invariante, aunque sean profusos e incluso profundos los movimientos social-político-normativos”**. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, **“Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho”**, en: *Estructuralismo y Derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1973, pág. 40. Más específicamente, en el ámbito del Derecho Civil, puede verse un estudio de la relación obligatoria, a cargo de Michele Giorgianni, desde la perspectiva estructuralista, que da cuenta, por ejemplo, de descubrimientos importantes relacionados a la presencia de factores como el *debitum* y la *obligatio*; doctrina conocida bajo la denominación de la teoría del débito y la responsabilidad (Schuld y Haftung). GIORGIANNI, Michele, , Ob. cit., pág. 147.

donde se desarrolla la *autonomía privada*¹⁴⁰ (relativizada) a través del mecanismo autorregulatorio de intereses. Y la segunda de ellas, que contiene a los deberes de protección contractuales, es, más bien, producto del principio constitucional de heteronomía pública¹⁴¹.

Sobre estas dos áreas puede decirse que son inescindibles jurídicamente hablando –como quiera que ambos principios son, además, producto de una tensión político-jurídica aún mayor en nuestro sistema¹⁴²–, y, aunque separables conceptualmente, no se puede negar que se han producido una gran cantidad de interpretaciones que podrían ser reconducidos, en uno u otro caso, a intereses no solo jurídicos, sino también de carácter político.

Ahora, en virtud de la autonomía privada, que, por supuesto, no se encuentra exenta de *limitaciones*¹⁴³ (y más todavía en el contrato administrativo), las partes comprenden en el acuerdo negocial aquello que sirve de soporte al nacimiento de los derechos y las obligaciones; aunque es necesario advertir que, conjuntamente con ello, surgen situaciones jurídicas accesorias y otras complementarias, como las

¹⁴⁰ Cabe mencionar que la autonomía privada en el contrato administrativo se ve limitada por actuaciones jurídicas propias de la Administración pública; en ese sentido, José Mélich señala que **“(...) la formación de la voluntad del ente público necesaria para la celebración de un contrato administrativo, deja de ser un acto libre y se transforma para su conformidad con el ordenamiento en el cumplimiento de un deber de actuar, regulados por estrictas reglas de competencia, por procedimientos concebidos como una secuencia de actos administrativos coligados, que van desde el inicial propósito de contratar, pasando a menudo por actos reglados ordenados a la selección del co-contratante, al control previo de la dotación de partidas presupuestarias, etc., (...) hasta llegar finalmente a que pueda tenerse por válido y eficaz ese consentimiento del ente público destinado a integrarse con el consentimiento libre de su co-contratante privado”**. MÉLICH ORSINI, José, **“El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato”**, en: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 134. En sentido complementario señala Ospina que **“El advenimiento de teorías socializantes y la exaltación de las nociones de orden público, bien común y necesidad colectiva, han dejado a un lado los principios individualistas basados en la autonomía de la voluntad e igualdad de las partes”**. OSPINA GÓMEZ, Jaime, Ob. cit., pág. 11.

¹⁴¹ El cual se extiende – suponemos por criterios de causalidad descendente- hasta el artículo 1362º del Código Civil.

¹⁴² Para nadie es un secreto acerca de las tensiones existentes entre el derecho y la política, que se manifiestan, por ejemplo, en el conflicto entre el artículo 1355º del Código Civil y el artículo 62º de la Constitución; tensiones que, dependiendo de los intereses en juego, podrían inclinar un resultado interpretativo a veces favorablemente a posiciones interventoras y otras veces favorable a concepciones libertarias (independientemente de si los proponentes identifican, o no, que están asumiendo una posición política al respecto). Para simplificar el conflicto antes señalado se debe señalar que el artículo 1355º contiene una permisón para que, a través de una Ley, se puedan imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato; en cambio, el artículo 62º de la Constitución –entre otros aspectos- no permite que los términos contractuales puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

¹⁴³ Señala Schlesinger que los límites de la autonomía privada **“(...) deben ser agrupados en dos ámbitos bien distintos. Por un lado, se ubican todos aquellos límites que tienen que ver con el procedimiento de formación del acuerdo: requisitos de forma de las declaraciones de las partes, determinación de elementos y modalidades para las manifestaciones de los consentimientos (...)**. Por otro lado, se ubican todos aquellos límites que conciernen directamente al contenido del acuerdo. En este plano, los límites de la autonomía se vinculan, por lo general, con tres hipótesis: **con la ilicitud del trato, (...) con la contrariedad a prohibiciones específicas (...), con la genérica contrariedad a «normas imperativas» (...)**”. En SCHLESINGER, Piero, **“La autonomía privada y sus límites”**, en: *Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal*, Nº 3, 2002, págs. 106-107.

facultades específicas y las tutelas preventivas del crédito¹⁴⁴. De otro lado, la heteronomía pública determina el nacimiento de los deberes de protección contractuales que, en nuestro caso, se construyen en base al deber de buena fe objetiva impuesto en el artículo 1362º del Código Civil.

3. La estructura del contrato: contenido, términos contractuales y deberes de protección

Con la expresión estructura del contrato no pretendemos negar que existan tres instancias claramente diferenciadas dentro del *iter* contractual: nos referimos a la etapa de negociación, de celebración y de ejecución contractual. Con dicha expresión queremos, más bien, dar por sentado que el contrato -como muchas de nuestras instituciones jurídicas- aunque puede ser estudiado desde diversas perspectivas (pragmática, dogmática, económica, etc.), ello no contraviene, en ninguno de esos casos, su estudio estructural.

Así, cuando hacemos referencia a los deberes de protección contractuales damos por sobreentendido que éstos deberes, si bien van a cobrar protagonismo en la etapa ejecutiva del contrato, no está demás afirmar que ellos se prefiguran en términos preceptivos en el momento de la celebración del acuerdo, y, por ello, se hace necesario establecer que, en efecto, existe una estructura jurídica que, con propiedad, al ser receptiva de dichos deberes como potencialidad conductual, es de carácter preceptivo, y en tal sentido, determinará la posterior eficacia de los deberes de protección que ya se prefiguran en la etapa de celebración del mismo en términos de precepto declarativo y exento, por ahora, de materialización obligacional.

Con lo anteriormente expuesto es necesario afirmar, complementariamente, que la *estructura del contrato* contiene no solo aspectos, pre-jurídicos o jurídicos, explícitos, sino, también, aspectos jurídicos implícitos, que determinan, articuladamente, la relevancia y la eficacia no solo de las obligaciones, sino, además, de ciertos deberes, cualquiera sea su género u origen. Dentro de los aspectos explícitos (pre-jurídicos) se tiene, por ejemplo, la autonomía privada (relativa, en el caso del contrato administrativo), los presupuestos subjetivos, etc.; y dentro de los aspectos jurídicos explícitos se encuentran el deber de *diligencia*¹⁴⁵, la causa (*función administrativa*)¹⁴⁶, el objeto y la

¹⁴⁴ Por ejemplo, tanto el concesionario como el Estado disponen de mecanismos de tutela del crédito que, de suyo, pertenecen al ámbito propiamente civil, y que, por extensión, no pueden ser prohibidos -salvo disposición expresa- a las partes del contrato administrativo.

¹⁴⁵ Cabe señalar que dicho deber, en nuestro medio, asume un perfil explícito, si se tiene en cuenta, por ejemplo, lo establecido en el artículo 1314º del Código Civil, el cual señala que "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, **tardío o defectuoso**".

¹⁴⁶ Uno de los aspectos intrínsecos del contrato público, en donde se aprecia con mayor precisión el decaimiento de la causa y su instrumento sanitario es, precisamente, en el comportamiento de la función administrativa (equiparable, sin duda, a la causa del contrato público). Así, "La

manifestación de la voluntad (a través de *actos separables en el contrato administrativo*)¹⁴⁷.

De otro lado, dentro de los aspectos implícitos del contrato se tiene, precisamente, a los deberes de protección; y a partir de estos deberes se construye la tutela de los intereses de los terceros; los cuales pueden verse afectados, en sus derechos fundamentales tanto como en sus derechos patrimoniales, a consecuencia del desarrollo de las obligaciones, propias del contrato de concesión, en la etapa ejecutiva del mismo.

Así, en términos conceptuales, puede decirse que el contenido del contrato¹⁴⁸ está conformado por los términos contractuales¹⁴⁹ y los deberes de protección; por lo que, en efecto, la primera categoría jurídica subsume a la segunda y a la tercera o, lo que es lo mismo decir, que éstas dos últimas figuras son deducibles de la primera.

Hay que recordar que ya ha sido señalado con precisión:

*"Supongamos que en una parte del sistema legal S se encuentra una norma N [para nosotros una parte de la norma N] con una significación inequívoca s1 y que, en otra parte de S, se emplea N con un sentido claro s2, que no deja lugar a dudas, pero que es diferente de s1. Esto puede suceder sin que exista una contradicción. Por ejemplo, la significación de s2 [deberes de protección] puede ser más general que la de s1 [términos contractuales]"*¹⁵⁰

De este modo, queda claro que contenido del contrato y términos contractuales son constituyentes de espacios jurídicos diferentes, y aunque separables desde el punto de vista dogmático, son, al mismo tiempo, inescindibles desde el punto de vista económico. Así, se origina un espacio invulnerable, constituido por el programa negocial, y otro,

«función administrativa» asignada al contrato, era reflejo de la irrenunciable posición de soberanía que el Estado ejercía a través del ente en quien haya delegado el ejercicio de tal función, lleva a que tal ente tenga la potestad de extinguir anticipadamente el contrato cuando considere haber cesado el interés público que lo motivó para celebrar el contrato; que pueda modificar las cláusulas del mismo (*ius variandi*) para adaptarlo a los vaivenes de ese «interés público», (...)" **MÉLICH ORSINI, José, Ob. cit., pág. 140.** La negrita es impuesta.

¹⁴⁷ Señala José Mélich que "La doctrina de los actos separables permite, pues, un recurso de nulidad, dirigido contra los actos administrativos de efectos particulares que han determinado la conclusión del contrato o que se refieren a su ejecución, (...)" **MÉLICH ORSINI, José, Ob. cit., pág. 138.**

¹⁴⁸ El *contenido del contrato* que hemos enunciado, como categoría abstracta, no guarda relación de equivalencia absoluta con el denominado *contenido esencial de la libertad de contratar*, el cual puede entenderse en un sentido amplio -y, por supuesto, no exento de un mayor ajuste conceptual-, como "El derecho a decidir la celebración o no de un contrato. El derecho a elegir con quién contratar. El derecho de regular el contenido de los contratos, o sea los derechos y obligaciones de las partes, que en rigor constituye la libertad contractual o de configuración contractual". **KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, Ob. cit., pág. 72-73.**

¹⁴⁹ Para mayor precisión, podemos decir que los términos contractuales no son otra cosa que el contenido autonómico del contrato; una expresión de la autorregulación de intereses del principio de libertad contractual, denominado también libertad de configuración interna.

¹⁵⁰ **MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco, Ratio interpretandi, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2000, pág. 160.**

vulnerable, constituido por los deberes de protección. Ambos escenarios coexisten en la figura económica contractual.

Ciertamente, nosotros consideramos que los deberes de protección constituyen parte del contenido *esencial* del contrato, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 1359^{o151} del Código Civil, el cual substancia la teoría de la de la *integralidad* contractual; por lo que sin éstos deberes no podría hablarse de un contrato válidamente constituido.

Por ello, no coincidimos totalmente con Díez-Picazo cuando señala que **“Es esencial aquella parte del contenido reglamentario de un contrato sin la cual no puede realizarse la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual, ni el intento empírico perseguido por la partes”**¹⁵², ya que con esta definición quedaría, en primer lugar, excluidos los contratos con función atípica, y, en segundo lugar, como quiera que para él el contenido reglamentario se circunscribe a aquello que dentro del contrato se constituya como estipulación, pacto o cláusula, quedarían excluidos los deberes de protección.

Para nosotros, el contenido esencial del contrato no necesariamente -y en todos los casos- debe ser suministrado por el reglamento autorregulatorio que las partes han diseñado; en tal sentido, el contenido esencial puede re-enunciarse del siguiente modo:

“Es aquella parte de la estructura contractual correspondiente al precepto privado o público, sin el cual no sólo no puede realizarse la función social y/o económica del contrato, independientemente de su función típica o atípica, sino que, su ausencia o afectación podría determinar una actuación disfuncional del mismo o, en su defecto, ocasionar perjuicios a la contraparte o a cualquier tercero”.

Debe reconocerse, empero, que existen posiciones que sin ser definitivas orientan la idea de contenido del contrato hacia el fenómeno preceptivo, que introduce la *regla* de conducta -por oposición a la norma jurídica- como el elemento distintivo del contrato privado. En esa línea se ha afirmado que:

“El contenido del contrato consiste, pues, en una o varias reglas de conducta. El contrato tiene siempre, desde este punto de vista, un contenido reglamentario, un contenido preceptivo. Todo contrato consiste, en definitiva, en la formulación, más o menos complicada, de un deber ser y de un poder hacer (de un Sollen y de un Können). Bien entendido que cuando decimos esto no queremos decir que los poderes o deberes jurídicos sean el contenido del contrato. Los poderes y los deberes son

¹⁵¹ El mencionado artículo señala que **“No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.**

¹⁵² DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Volumen primero, Introducción a la teoría del contrato*, Sexta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 428.

*efectos de contrato. El contenido del contrato es la formulación, la regla que establece o estatuye **estos deberes y estos poderes***¹⁵³.

Hay que precisar que la formulación del autor se circunscribe a aquello que se encuentra previsto en el contrato, y, en tal sentido, al parecer, no deja espacio para los denominados deberes de protección; sin embargo, aunque DÍEZ-PICAZO no haya mencionado a dichos deberes, ha sostenido que la reglamentación contractual tiene una pluralidad de fuentes; en ese sentido, ha precisado que

*"(...) una concepción social del Derecho y de la economía no puede por menos de tratar de proteger especialmente determinados intereses puestos en juego en la contratación, como son por regla general los de la parte económica más débil. Por uno y otro camino se produce una creación de reglas contractuales que no tienen necesariamente su origen en la actividad común de las partes contratantes"*¹⁵⁴.

Nosotros consideramos que es una posición incompleta, ya que en cierto modo no está tan lejos de la nuestra, por las razones que serán esgrimidas en el siguiente apartado, aunque, de otro lado, debe reconocérsele el mérito del acercamiento de la figura contractual a la perspectiva *preceptiva* del negocio jurídico¹⁵⁵, que, en cierto modo, nos sirve para demostrar que el contenido del contrato no solamente puede asimilarse al concepto de norma jurídica (privada); argumento que se encuentra detrás de la formulación normativista que identifica el contenido del contrato con los términos contractuales, y que puede advertirse de una lectura incompleta del artículo 1392º del Código Civil¹⁵⁶.

¹⁵³ Ídem, pág. 424.

¹⁵⁴ Ídem, pág. 429. Tal proposición se realiza con ocasión de una especie de crítica que hace a la idea según la cual las reglas contractuales son siempre reglas acordadas entre privados.

¹⁵⁵ La perspectiva preceptiva moderna que suscribimos ha sido bien enunciado por Lizardo **Taboada** : "(...) el significado actual sobre el valor social de los actos de autonomía privada, en lo que podríamos denominar «teoría preceptiva moderna» nos señala con toda claridad que todos los actos que estén orientados al logro de una función socialmente digna y razonable, aún cuando se trate de una función estrictamente individual, por satisfacer únicamente una necesidad también individual o privada, merecen el reconocimiento y la tutela del sistema jurídico como contratos atípicos, a pesar de no estar tipificados socialmente, ni ser resultado de la combinación de dos o más tipos legales. Este es justamente el significado social de la autonomía privada en la orientación moderna sobre la tesis preceptiva en materia de negocios jurídicos y **contratos**". TABOADA, Lizardo, "Mecanismos jurídicos de la contratación moderna", en: Derecho & Sociedad, Nº 13, 1998, Lima, pág. 18.

¹⁵⁶ Se ha señalado acertadamente que "La tesis de carácter normativo es minoritaria en la doctrina contractualista, y entiende que las mismas cláusulas [generales de contratación], antes de su incorporación al contenido de los contratos particulares, tienen carácter y naturaleza normativa y como tal serían vinculantes jurídicamente, no por su incorporación al contrato, sino en sí mismas por su propia naturaleza. Esta tesis podría considerarse incorporada en el Código Civil en la medida que el artículo 1392 menciona expresamente «con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares». No cabe duda alguna que la tesis normativa es reflejo de la concepción normativa del negocio jurídico y del contrato, que se contrapone a la concepción preceptiva negocial (...)". **Ídem, pág. 16. Más allá de las interpretaciones que puedan realizarse del artículo antes mencionado, lo que sí debe**

No está demás señalar que es ésta percepción normativa del negocio jurídico la que, en efecto, ha contribuido sobremanera a la equivocada identificación del contenido del negocio jurídico a los términos contractuales, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público.

3.1 La inaplicación del artículo 62° de la Constitución para los contratos ya celebrados en el extremo de los deberes de protección. Incluye contratos-ley y convenios de estabilidad jurídica

En el presente acápite nos vamos a limitar a interpretar la segunda oración del primer párrafo del artículo 62° de la Constitución, la misma que contiene la prohibición normativa consistente en el hecho que «Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase». Por ello, preliminarmente, conviene precisar que la referida norma ha merecido dos interpretaciones doctrinarias, a las que denominaremos, en el presente trabajo, «interpretaciones oficiales». De acuerdo con Carlos CÁRDENAS:

"Este texto ha merecido dos interpretaciones doctrinarias: una, que entiende que en él se ha consagrado irrestrictamente la santidad o intangibilidad de los contratos, de tal modo que las relaciones jurídica patrimoniales en curso de ejecución no pueden ser modificadas por ninguna clase de ley o disposición; y otra que conceptúa la intangibilidad de los contratos de manera restrictiva. En tal sentido, se busca corregir el exceso verbal de la norma, atribuyéndole alcances menos amplios de los que resultan de la literalidad de su texto. Para ello, se parte de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, entendiendo que deben diferenciarse las normas imperativas o de orden público de las normas supletorias, y señalando que al referirse el texto constitucional a las «leyes o disposiciones de cualquier clase» deben considerarse comprendidas en sus alcances sólo la nuevas normas supletorias de la voluntad y no las imperativas o las de orden público y, por consiguiente, éstas son aplicables a las relaciones jurídicas en curso de ejecución"¹⁵⁷.

Con respecto a estas interpretaciones se puede decir que, si bien son, en cierto modo, orientadoras para nuestra fórmula de interpretación que enunciaremos más adelante, resultan, a su vez, insuficientes para una mejor comprensión de todos los aspectos de la norma prohibitiva en cuestión, debido a que vamos a desarrollar un tipo de interpretación, más bien, constreñida a un espacio jurídico (que corresponde solo a un **segmento analítico de la norma en cuestión: "Los términos contractuales (...)"**) distinto al que proponen las interpretaciones antes mencionadas.

establecerse es que dicha cláusula si bien ostenta un contenido normativo, éste no es el único, pues, es deducible de esta norma en cuestión la existencia de un contenido extra-normativo que, en efecto, completaría el denominado contenido esencial del contrato, y que hemos venido afirmando en el presente apartado.

¹⁵⁷ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, Ob. cit., págs. 259-260.

En efecto, por un lado, las interpretaciones *oficiales* del artículo mencionado se concentran en los alcances y operatividad de la expresión *leyes u otras disposiciones de cualquier clase*, mientras la nuestra se concentra en los alcances semánticos y estructurales de los denominados términos contractuales y su relación con el contenido del contrato.

Así, como medida preventiva interpretaremos, en principio, el artículo 62° de la Constitución de manera literal (pero con carácter evolutivo)¹⁵⁸, y sin vulnerar lo que creemos es la intención más destacada del referido artículo¹⁵⁹, pero tampoco sin caer en dogmatismos que hacen del contrato una figura invencible en todos los sentidos (jurídicos, económicos y políticos).

De este modo, lo que nosotros vamos a proponer como marco interpretativo es que el contrato público, si bien es cierto es un instrumento que debe servir de soporte instrumental para la conservación de la seguridad jurídica, al mismo tiempo debe permanecer lo suficientemente flexible (desde la perspectiva del ordenamiento jurídico) para la tutela de intereses de carácter público, que, en efecto, están en juego cuando en el desenvolvimiento de las prestaciones contractuales (etapa ejecutiva del contrato de concesión) se afecte o se amenace el interés público, incluso, de carácter constitucional; y sin ánimo de confrontar, en el presente estudio, la tutela de los recursos naturales con el principio de libertad contractual.

Previamente, hay que señalar que la expresión «contenido del contrato» se puede apreciar, fundamentalmente, en los artículos 1354° y 1355° del Código Civil. En el artículo 1354° encontramos la referida expresión en el **contexto de la libertad contractual: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, (...)”**; en cambio, en el artículo 1355° la encontramos, bajo ciertas condiciones claramente definidas, **como una figura susceptible de limitaciones estatales: “La ley, (...) puede establecer limitaciones al contenido de los contratos”**.

El primer artículo “(...) regula sólo uno de los aspectos de la autonomía privada, que es la de la libertad contractual, llamada también libertad de

¹⁵⁸ Riccardo Guastini señala que “La interpretación literal consiste en atribuirle a un enunciado normativo su significado *prima facie*, o sea, el más inmediato o intuitivo, el que corresponde a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. No obstante es necesario distinguir –lo que no se hace habitualmente– **entre dos tipos completamente diferentes de interpretación literal. (...) Un segundo tipo consiste, en cambio, en utilizar las reglas lingüísticas vigentes en el momento en el que se interpreta: se trata de una interpretación «evolutiva» o «dinámica»**. GUASTINI, Riccardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010, pág. 217. Dicha interpretación evolutiva “(...) consiste a menudo en emplear sin que importe cualquier técnica de interpretación con el objeto de adaptar el texto –sobre todo si se trata de un «viejo» texto– a las nuevas circunstancias”. GUASTINI, Ricardo, “La interpretación de la constitución”, en: *Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II*, Ara Editores, Lima, 2010, pág. 42.

¹⁵⁹ El artículo 62° de la Constitución substancia en su primer párrafo el principio de libertad contractual, en virtud del cual se sabe las partes son libres de elegir el contenido del contrato sin afectar los límites intrínsecos y extrínsecos de, precisamente, dicha libertad.

configuración interna, consistente en la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí el contenido del contrato que han **convenido en celebrar, (...)**¹⁶⁰; pero luego, en el mismo estudio sobre el mencionado artículo 1354° del Código Civil, señala que la facultad de **configuración interna "(...) supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido en celebrar"**¹⁶¹.

Sin duda, para el autor, los términos contractuales son asimilables al contenido del contrato¹⁶²; significado que recae justificadamente en el contenido del contrato del artículo 1355° antes mencionado; hecho que, además, explica la contradicción existente entre esta última norma jurídica y el artículo 62° de la Constitución; lo que consagra, sin duda, una interpretación no conforme a la constitución¹⁶³. Sin embargo, consideramos que, al haber realizado, esta norma constitucional, referencia a los términos contractuales antes que al contenido del contrato, se origina – solo desde el punto de vista legislativo- la posibilidad de que el contrato admita un contenido *implícito*, en donde se constituyen, y también reconstruyen, válidamente, los deberes de protección, como categoría distinta a la de los términos contractuales.

Si no fuera de esa manera –y admitiésemos la tesis implícita de **"equivalencia sustantiva" entre los términos contractuales y el contenido del contrato-** deberíamos afirmar, como consecuencia de ello –y de manera excluyente-, que los deberes de protección o no existen o, si existen, pertenecen a escenarios extracontractuales; lo que nos llevaría necesariamente, en ambos supuestos, a conclusiones insostenibles.

En efecto, la norma prohibitiva en cuestión del artículo 62° de la Constitución hace referencia no al contenido del contrato, sino a los *términos contractuales*; es decir, a aquel espacio jurídico (textual y contextual) en donde se ha desarrollado la autonomía privada y la libertad contractual con (se entiende) las limitaciones que, propiamente, afectan a dicho principio constitucional. Nos referimos a las normas imperativas, al orden público y las buenas costumbres. Mas, hay un

¹⁶⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Ob. cit., pág. 197.

¹⁶¹ Ídem, pág. 207.

¹⁶² Renato Scognamiglio sigue la misma postura, aunque reconoce que la figura del «contenido del contrato» es una disciplina que tiene no pocos problemas: **"En efecto, el contrato se realiza como acto de autorregulación en su contenido, o sea en el conjunto de disposiciones y cláusulas que las partes convienen; y en lo que hace a él, son numerosos los problemas relativos a los límites de la acción de los particulares, y en general a las disciplina normativa del contenido contractual, que conviene estudiar en forma unitaria"**. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato*, Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 135.

¹⁶³ En el **sistema español, por ejemplo, "El Juez tiene, pues, un mandato de intentar previamente, mediante una interpretación conforme, la acomodación de cualquier precepto al ordenamiento constitucional como condición previa a su aplicación; (...)"** GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, segunda edición ampliada, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pág. 52.

espacio para la regulación posterior del contrato que es consustancial con una *economía social de mercado* y que no afecta el referido artículo 62° de la Constitución, y menos aún el principio de libre circulación de la riqueza. Al respecto cabría recordar lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el sentido que:

*"(...) tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del laissez faire, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico. (...) dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de la libertad reservado a los agentes económicos"*¹⁶⁴

Es precisamente el espacio de libertad (restringida) de los agentes económicos en donde va a desarrollar su máxima expresión el principio de heteronomía pública, que, a su vez, va a dar soporte a la buena fe objetiva para la eclosión de los deberes de protección, en situaciones en donde el interés público, externo al contrato, se encuentre en situación de ser afectado; activando, de este modo, el principio de *subsidiariedad* que el Estado ostenta en nuestro modelo económico en función del cual **este "(...) emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, (...)"**¹⁶⁵.

De este modo, y como ya hemos destacado en el acápite anterior, el contenido del contrato comprende a los términos contractuales (originados en la iniciativa privada) y a los deberes de protección (originados en el principio heteronómico); por lo que al asumir una interpretación literal del artículo 62° de la Constitución podemos afirmar, por un lado, que esta norma tutela precisamente la libertad contractual, la cual se manifiesta en los términos contractuales, pero, por otro lado, también se puede afirmar que los efectos de la referida interpretación *social*¹⁶⁶ constitucional no se pueden extender hasta el ámbito de los deberes de protección contractuales, porque, en primer lugar, estos no están dentro de la *ratio interpretandi* de la norma en cuestión y, en segundo lugar, porque los deberes de protección tienen una naturaleza heteronómica y, por ello, son susceptibles de ser regulados o delimitados, de acuerdo, precisamente, a intereses de carácter público (externos al contrato), pero vinculados internamente con él.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, párrafo 4.4, del 22 de julio de 2003.

¹⁶⁵ Ídem, párrafo 4.6.

¹⁶⁶ **Dicha interpretación "(...) permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones". Ídem, párrafo 6.**

En consecuencia, en el espacio heteronómico del contrato administrativo, el artículo 62° de la Constitución no tiene mayor trascendencia, pues este **protege solamente la "santidad" del espacio privado o para decirlo, desde nuestra perspectiva, la invulnerabilidad del contrato en dicha esfera.**

Cabe señalar que lo expuesto hasta el momento, con relación a la separación conceptual (y al mismo tiempo inescindibilidad jurídica) entre los deberes de protección y los términos contractuales, es válido tanto para los contratos de concesión ordinarios como para aquellos denominados contratos-ley¹⁶⁷, puesto que, para este tipo de contratos, las garantías y seguridades otorgadas mediante ley autoritativa no disminuyen las potestades que ostenta el Estado de ejecutar acciones tendientes a la implementación de específicos deberes de tutela preventiva (como carga para el concesionario), y porque, además, dichas garantías o seguridades solo afectan el espacio privado que está dotado de -ya con la ley autoritativa- mayor o total invulnerabilidad.

Lo anteriormente señalado es posible de entender fácilmente si se tiene en cuenta los alcances de lo establecido en el artículo 1357°¹⁶⁸ del Código Civil y en el segundo párrafo del artículo 62°¹⁶⁹ de la Constitución; alcances que determinan, por ejemplo, que en estos contratos-ley "el Estado se desprende de los poderes derivados de su *ius imperium* y se somete a la esfera del derecho privado, colocándose en condiciones de **igualdad con su contratante**"¹⁷⁰; lo que, en efecto, hace aún más factible la aplicación por la vía directa precisamente del artículo 1362° del Código

¹⁶⁷ Cabe recordar que "Los contratos-ley son contratos de prestaciones recíprocas en los cuales el Estado debe cumplir con una prestación de no hacer, que consiste en mantener inalterable para el inversor las garantías otorgadas mediante el contrato y que deben estar contenidas expresamente en una ley autoritativa para gozar del blindaje jurídico que le ofrece la Norma Suprema". KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, Ob. cit., pág. 73.

¹⁶⁸ El artículo en mención señala que "Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato". Cabe señalar que "Este dispositivo del Código Civil peruano contribuyó decisivamente a otorgarles a los convenios de estabilidad jurídica una dimensión más amplia que la que hasta entonces se encontraba circunscrita a los ámbitos económicos sectoriales (...), porque a pesar de tener un carácter meramente enunciativo, la circunstancia de su ubicación en la parte que regula las disposiciones generales de los contratos del citado cuerpo legal, reafirmó el carácter contractual de la técnica utilizada por el ordenamiento jurídico nacional para que el Estado formalice el otorgamiento de «garantías y seguridades» a los agentes económicos de que el régimen legal aplicable al momento de suscribir el respectivo contrato no le será alterado durante el plazo de su vigencia, aunque el marco legal general pueda sufrir posteriormente modificaciones". DANÓS, Jorge, "Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú", en: *Ius et Veritas*, N° 46, 2013, pág. 260.

¹⁶⁹ La norma constitucional reza: "Mediante contratos-ley, es Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

¹⁷⁰ AVENDAÑO, Jorge, "La propiedad como derecho de los inversionistas y su protección a través de los convenios de estabilidad jurídica", en: Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi, Volumen I, Palestra Editores, Lima, 2008, pág. 374.

Civil a dichos contratos, independientemente de la determinación definitiva de la naturaleza jurídica de los mismos¹⁷¹.

Asimismo, con la aplicación de los deberes de protección contractuales no serían afectados los convenios de estabilidad jurídica, pues, en primer lugar, **“constituyen uno de los principales instrumentos que ofrece nuestro ordenamiento para atraer inversiones, debido a que contractualiza garantías propias de cualquier régimen jurídico que se precie de su estabilidad”**¹⁷² y, en ese sentido, la finalidad garantista¹⁷³ de dichos convenios permanecerá inalterable al estar ésta colocada en el ámbito de la autonomía privada; y, en segundo lugar, como quiera que al estar los mencionados deberes fuera de los alcances de los derechos subjetivos privatísticos que le asisten a los garantizados, no afectan en ningún sentido el derecho de propiedad de los inversionistas.

Las conclusiones que sostenemos, sin duda, tiene un trasfondo que no pretendemos disimular, pues, desde nuestro punto de vista, el principio de justicia *correctiva*¹⁷⁴ (contractual) que nos sirve de fundamento basilar es un principio fundamental que informa (o debería informar) a lo político tanto como a lo económico; y si bien esta perspectiva aspira a contener el mayor grado de libertad en todos los escenarios jurídicos posibles, también existen limitaciones cuando se advierten escenarios ambientales vulnerables o en peligro de vulneración, o cuando ciertos derechos fundamentales pueden verse afectados.

¹⁷¹ La determinación de la naturaleza jurídica de los contratos-ley no tiene ningún efecto trascendente en cuanto la aplicación, o no, de los deberes de protección, pues éstos son de ejecución tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, independientemente de la **condición jurídica de las partes. Se ha señalado, además, que “No cabe duda que jurídicamente todo contrato, sea civil, laboral, público, internacional o agrario, es una fuente de obligaciones, tanto para los particulares como para el Estado y sus dependencias que lo suscriben, y además, ha de tenerse en cuenta que a ello se agrega el carácter de la irrevocabilidad unilateral, por lo que sólo por mutuo disenso se puede dejar sin efecto lo pactado, «implicando ello la regla de la inhabilidad de la voluntad unilateral para poner fin al contrato».** En lo civil y en lo administrativo el Estado como cualquier contratante se encuentra obligado a cumplirlo”. DANÓS, Jorge, Ob. cit., pág. 267. El subrayado es nuestro.

¹⁷² Ídem, pág. 259.

¹⁷³ Con respecto a las vinculaciones entre los convenios de estabilidad jurídica y el derecho de propiedad, Jorge Avendaño ha señalado que aquellos “(...) tienen como finalidad garantizar que, en términos generales, este marco seguirá siendo aplicable a los inversionistas. De esta manera, éstos podrán planear sus inversiones a largo plazo con la seguridad de que sus derechos de propiedad sobre tales inversiones no serán reducidos, limitados o de cualquier otra manera modificados por el Estado”. AVENDAÑO, Jorge, Ob. cit., pág. 378.

¹⁷⁴ Si bien es cierto la justicia correctiva aristotélica tiene como agente –valga la redundancia– corrector al juez (por supuesto, al juez aristotélico y no al de otro tipo), nada impide que podemos extender dicho precepto al ámbito administrativo como medida correctivo-persuasiva. Hay que recordar que Aristóteles en *Ética a Nicomaco* informa sobre el sentido de igualdad de la justicia correctiva: **“De suerte que lo igual es un término medio entre lo más y lo menos, y la ganancia y la pérdida son más y menos de manera contraria, porque la ganancia consiste en más bien y menos mal, y la pérdida en lo contrario. El término medio de éstos era lo igual, que decimos que es lo justo; de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia”.** Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, 4ta. edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 76.

Ello nos lleva a sostener que tanto el extremo político como el económico¹⁷⁵ deben medirse con un principio de justicia *distributiva*¹⁷⁶ cuyos fundamentos procedimentales se encuentran engarzados, en primer lugar, en el respeto por los derechos fundamentales y, en segundo lugar, en la tutela de intereses públicos (emergentes).

3.2. La aplicación de la ley en el tiempo y su incidencia en materia de los deberes de protección

Toda norma jurídica tiene aplicaciones en el tiempo y en el espacio, naturalmente. Y si bien, por un lado, hemos tratado de resolver el problema acerca del ámbito de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 62° de la Constitución, no puede dejar de mencionarse, por si queda alguna duda al respecto, el problema de la aplicación de la ley en el tiempo, porque esta tiene una incidencia, aunque no directa en nuestro problema central, sí de manera tangencial y también –porqué no decirlo– menos dramática que la que se advierte como consecuencia del conflicto normativo –ya comentado– suscitado entre el artículo 1355° del Código Civil y la norma constitucional en estudio.

De acuerdo con ello, es el caso que en nuestra hipótesis de gestión (ambiental) pública *ad hoc* -que veremos en la siguiente sección- se debe construir una norma jurídica (ya en sede administrativa) con la finalidad no solo de persuadir al concesionario del contrato de explotación de recursos naturales de ejecutar la prestación de manera que no se afecten otros intereses laterales, sino que se *obligue* a este a ejecutar la conducta a la que por definición se encuentra constreñido, en virtud, precisamente, de la existencia de los deberes de protección.

¹⁷⁵ Debemos recordar la importante afirmación que realiza Carlos Cárdenas cuando señala que **“La preponderancia de lo económico** sobre lo jurídico es una manifestación de nuestros tiempos y ha sido llevada a extremos que explica que se postule en nuestro país, todavía hoy día, con ingenuidad digna de mejor causa, la santidad o intangibilidad de los contratos de manera irrestricta y su preeminencia, por tanto, aun respecto de normas imperativas o de orden público dictadas durante su ejecución. No obstante, el propio Estado se ha encargado, a través de muchas disposiciones legales dictadas desde la vigencia de la Constitución de 1993, de poner de manifiesto que una interpretación no restringida del primer párrafo del artículo 62° de la Ley Fundamental no es la procedente”. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, Ob. cit., pág. 272. En el mismo trabajo Cárdenas reproduce algunos ejemplos (de otro autor) que confirman la afirmación de que es el propio Estado quien realiza una interpretación restringida de la norma constitucional (por supuesto, relativa al extremo que refiere *a las leyes u otras disposiciones de cualquier clase*): **“La Ley N° 26401 de 7 de diciembre de 1994 establece en su artículo 2: «En el caso de que un centro educativo del Estado continúe en el uso de un local arrendado durante 1995, al amparo de esta ley, deberá pagar una merced conductiva no menor al 7% anual del valor de autoavalúo, en mensualidades proporcionales (...)”**. Ídem, pág. 267.

¹⁷⁶ Señala Hernando Nieto, con relación a la justicia aristotélica, que **“(...) su mayor ventaja estaría en la capacidad de admitir una pluralidad de medios distributivos que operarían de acuerdo al contexto y todos ellos al interior de una comunidad establecida”**. HERNANDO NIETO, Eduardo, **“Justicia procedimental: ¿justicia correcta?”**, en: *Proceso & Justicia* N° 4, Lima, 2003, pág. 13.

En efecto, esta norma de carácter administrativo, a la que denominaremos *norma de regulación social*¹⁷⁷ se construye después de la celebración del contrato de concesión para la explotación e, incluso, podría diseñarse y exigirse en la etapa ejecutiva del mismo.

De este modo, hay que recordar que, también, hemos establecido que la **norma constitucional prohibitiva analizada, esto es, “Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes (...)” solo podrá salvaguardar el espacio privado y no así el espacio público del contrato administrativo**, por lo que, cualquier disposición que regulase el espacio público de dicho contrato con posterioridad a su celebración no será alcanzado por la norma en cuestión. Con respecto a ello, puede señalarse que a una conclusión parcialmente semejante ha llegado, aunque guiada por criterios distintos, cierto sector de la doctrina al señalar que:

“(...) la cláusula pacta sunt servanda contenida en el artículo 62º de la Constitución que «garantiza la santidad del contrato» es una norma de derecho privado que, por ser claramente incompatible con las naturaleza de los contratos regulados por el derecho público, no les resulta aplicable”¹⁷⁸

Complementariamente, se afirma que

“La cláusula pacta sunt servanda del artículo 62º de la Constitución es una norma de excepción al principio general de aplicación inmediata de la ley que rige en la legislación peruana, aplicable únicamente a los contratos. Ello no obstante, dicha norma de excepción no es de aplicación a los contratos regulados por el derecho público, por ser incompatibles con su naturaleza”¹⁷⁹

Ciertamente, nuestra conclusión no se sustente en criterios de incompatibilidad entre las naturaleza de los contratos públicos y los contratos privados, sino, más bien, en la coexistencia de espacios públicos y privados en figuras o instituciones jurídicas individualmente consideradas, por lo que nuestra posición es aplicable tanto al contrato

¹⁷⁷ Consideramos que la denominación que hemos acuñado es adecuada si se toma en cuenta los dos tipos de regulación existentes. Así, en cuanto se refiere a los instrumentos regulatorios de la regulación social, Anthony Ogus señala que **“Existe una gran variedad de instrumentos regulatorios y no hay consenso en la manera en que deben ser calificados (...)”**. Sin embargo, puede resultar útil considerar por separado los principales métodos empleados en dos diferentes áreas de regulación: *regulación social*, que se ocupa de temas tales como la salud y la seguridad, cuidado del medio ambiente y protección al consumidor; y tiende a justificarse en referencia a las externalidades y la asimetría en la información; y la *regulación económica*, que es invocada **cuando no hay suficiente competencia**”. OGUS, Anthony, **“Estructuras e instituciones regulatorias”**, en: Themis Nº 54, Lima, 2007, pág. 275.

¹⁷⁸ AMADO, Daniel y MIRANDA Luis, **“Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt servanda del artículo 62º de la constitución a los contratos regulados por el derecho público”**, en: Themis, Nº 40, Lima, 2000, págs. 257-258. Las razones que se esgrimen son sucintamente las siguientes: en los contratos de derecho público prima el interés público antes que la libertad de contratar y la libertad contractual; la aplicación razonable del ius variandi de la administración pública; la existencia de principios diferenciales entre el derecho privado y el derecho público.

¹⁷⁹. Ídem, pág. 262.

privado como al público, aunque, cabe señalar, ambas posiciones tienen las mismas implicancias prácticas en el ámbito de la aplicación de la ley en el tiempo, puesto que hacen ineficaz el artículo 62° de la Constitución (en el extremo de marras) a los contratos públicos.

Así, no debemos admitir que exista alguna transgresión al principio de irretroactividad de la ley, debido a que, en principio, el artículo 62° de la Constitución no ha sido vulnerado por las razones antes señaladas y, de otro lado, porque consideramos que la regulación *ex post contractu* se desarrolla en el espacio en donde, si bien se vienen desplegando todos los efectos del contrato ya celebrado, la heteronomía pública ejerce su jurisdicción sin mayor limitación que los propios términos contractuales que, en efecto, no han sido limitados ni intervenidos como consecuencia de la gestión *ad hoc*.

Dicho espacio es uno de posibilidades abiertas no solo, por supuesto, a la imposición del Estado en nombre de tuteladas de carácter preventivo, sino, también, en algunos casos para la siempre posible renegociación del contrato de concesión si se considera que, en un *Óptimo de Pareto*¹⁸⁰, esta posibilidad es la mejor opción, tanto para el Estado como para el concesionario, ante la potencial intervención.

De otro lado, con la regulación social del contrato no se promueve una lectura escéptica del tal figura, ni tampoco se está afectando el clima de confianza que ya había sido ganado (en parte), con posterioridad de la dación del Decreto Legislativo N° 757, debido a que esta norma, si bien, por un lado, tiene la finalidad de incentivar la iniciativa privada¹⁸¹, otorgando para ello un marco de estabilidad y seguridad a los

¹⁸⁰ No está demás precisar que “Una transacción superior en el sentido de Pareto es aquella que mejora la posición de al menos una persona, sin empeorar la posición de nadie”. POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 21. Cabe señalar que aceptamos, para el caso, –por la naturaleza no compleja de la operación económica– una aplicación del *Óptimo de Pareto*, como quiera que los beneficios del concesionario podrían, simultáneamente, estar causando estragos en el campo de la biodiversidad e indirectamente en el de la biotecnología, generando con ello externalidades negativas. La aceptación parcial del *Óptimo de Pareto* se fundamenta en el hecho discutible que señala que “(...) este principio no individualiza ninguna distribución particular, porque es satisfecho por todas las distribuciones, tanto equitativas como inequitativas. En efecto, considérese una sociedad imaginaria que consta de dos individuos, entre los que debe distribuirse una cantidad *C* dada de bienes. Llamando *A* a lo que le toca a uno de los individuos, y *B* a lo que le toca al otro, el principio establece que $A+B=C$. Pero esta ecuación (diofántica) tienen una infinidad de soluciones. Por ejemplo, la satisfacen $A=B=1/2$, tanto como $A=1/10$ y $B=9/10$ ”. BUNGE, Mario, *Ser, saber, hacer*, Paidós, México, 2002, pág. 74.

¹⁸¹ Explica, sumariamente, Alfonso de los Heros que “(...) este Decreto Legislativo, garantiza la iniciativa y la inversión privadas, la libre competencia en una economía social de mercado, el pluralismo económico, el libre acceso a las actividades económicas, la propiedad privada, la garantía del Estado para los servicios públicos con participación del sector privado, la seguridad jurídica en materia tributaria, la eliminación de restricciones administrativas para la inversión y la seguridad jurídica para la conservación del medio ambiente entre otros aspectos”. MERINO, Beatriz, y otros, “La inversión privada a la luz del Decreto Legislativo N° 757”, [entrevista], en: Themis, N° 61, Lima, 2012, pág. 15. El comentario es de Alfonso de los Heros.

contratos¹⁸², de otro lado, no renuncia del todo -por lo menos no dispositivamente- a la tutela de bienes jurídicos vinculados al medio ambiente¹⁸³.

Respecto a ello, el mencionado Decreto Legislativo, complementariamente a la finalidad económica antes mencionada¹⁸⁴, "(...) estableció pautas para el equilibrio racional entre el desarrollo socio-económico, la conservación del medio ambiente y el uso sostenido de los **recursos naturales (...)**"¹⁸⁵; por lo que, se puede afirmar "(...) que esta norma se propuso un adecuado equilibrio que incentivaba la inversión, pero no a toda costa, pues esta debe darse respetando lo establecido en **nuestra legislación en materia de protección al medio ambiente**"¹⁸⁶.

Con todo, puede decirse que existen buenas razones jurídicas, sociales y económicas que sustentan la aplicación de los deberes de protección sin que se afecte por ello el principio de irretroactividad de la ley, puesto que, en primer lugar, lo que se estaría regulando con posterioridad a la celebración del contrato son situaciones jurídicas preexistentes (que siempre existieron), por lo que el mandato contenido del artículo 103^o¹⁸⁷ de la Constitución no sería afectado pues cualquier Ley¹⁸⁸, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias jurídicas existentes, y, naturalmente, los deberes de protección al haber siempre estado presentes, no serían susceptibles de ser objeto de regulación retroactiva.

3.3. La exigibilidad de los deberes de protección en la etapa ejecutiva de la concesión pública

Los deberes de protección contractuales son asimilables al contrato de concesión de recursos naturales, y, en tal sentido, jurídicamente exigibles, debido a que, en el momento de la celebración del contrato

¹⁸² El artículo 39º del Decreto Legislativo Nº 757 establece que "Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357º del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo **podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes**".

¹⁸³ Aunque, en efecto, existan contradicciones sistémicas, como aquellas señaladas en el capítulo anterior, con respecto a la tutela jurisdiccional efectiva.

¹⁸⁴ Es pertinente señalar que, desde una perspectiva más amplia, pero con especial acento en el aspecto económico, se ha señalado: "(...) **la generación del contrato de estabilidad tiene una raíz jurídica, política y económica, porque se proyecta sobre la base de un conjunto de reglas jurídicas cuya vigencia se enmarca dentro del principio de seguridad jurídica, que responde a los dictados de la política económica y a las diversas necesidades de los sectores económicos**". ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato-Ley*, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pág. 209.

¹⁸⁵ MERINO, Beatriz, y otros, Ob. cit., pág. 15.

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ La parte pertinente del artículo precisado enuncia que "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza **ni efectos retroactivos; (...)**".

¹⁸⁸ Hacemos referencia a la ley (en general), aun cuando, en el presente estudio, no sea precisamente por obra de una ley que se regulan los deberes de protección con posterioridad a la celebración del contrato de concesión.

ninguna de las partes puede sustraerse a los efectos del artículo 1362° del Código Civil por ser esta una norma de carácter imperativo¹⁸⁹.

Naturalmente, estos deberes de protección son una garantía legal frente a situaciones de hecho coetáneas o sobrevinientes a la celebración del contrato, que pueden originar perjuicios no calculados en el momento del diseño del acuerdo¹⁹⁰, en principio, a cualquiera de las partes.

En tal sentido, estos deberes serán de obligatorio cumplimiento, también, en la etapa ejecutiva del contrato, sin que sea necesario, en principio, que el Estado sugiera, persuada o requiera al titular de la concesión a que desenvuelva una conducta acorde con el principio de buena fe objetiva, recordándole, en función a ese supuesto, que debe no solo ejecutar la prestación a su cargo, sino que, además, debe ocuparse, a través de mecanismos de protección preventivos, de no afectar los intereses de terceros extraños a la relación contractual. En buena cuenta, estos deberes son simplemente exigibles *motu proprio*.

Sin embargo, debe quedar claro que el hecho de que estos deberes sean exigibles¹⁹¹ no significa que, dado el caso, puedan en lo inmediato exigirse judicialmente o que, en otro sentido, su judicialización esté desprovista de inconvenientes para su sustentación.

Puede decirse entonces que al ser la concesión un contrato de la administración pública, esto es, un contrato no exento de requisitos especiales y procedimientos técnicos determinados, no podría escapar, salvo que existiese una norma prohibitiva o imperativa al respecto, a los efectos de los denominados deberes de protección contractuales, y específicamente al deber de seguridad.

¹⁸⁹ Bastaría descomponer su estructura en partes relevantes, y se podrá advertir el deber que subyace a la norma en cuestión. El artículo 1362° mencionado es, como puede apreciarse, una norma incompleta, pues solo tiene dos supuestos de hecho, esto es, una parte hipotética cuya consecuencia jurídica debería ser, a iniciativa parte y con relación al primer supuesto de hecho, la de ejecutar las acciones necesarias para la tutela de bienes jurídicos protegidos, vinculados en este caso a los recursos naturales, pero que su ausencia o inobservancia daría pie a la aplicación del mecanismo de la responsabilidad civil contractual. El segundo supuesto de hecho está vinculado a la forma de interpretación aplicable.

¹⁹⁰ Se sabe que "(...) **no solo hay un problema de diseño de la licitación; hay igualmente problemas de diseño de los contratos y otros relacionados con la obligación de cumplir los contratos. Incluso después de que un contrato ha sido firmado, uno de los problemas es que el incentivo de las empresas petroleras consiste en minimizar lo que le pagan al gobierno; y si pueden hacer trampa, la harán –y en efecto, la hacen–. Una de las finalidades del diseño de un contrato es precisamente hacer más difícil que las empresas hagan trampa, o más fácil atraparlas si hacen trampa**". STIGLITZ, Joseph, "Recursos naturales, desarrollo y democracia", en: *Recursos naturales, desarrollo y democracia*, XI Dialogo Democrático, Lima, 2008, pág. 16.

¹⁹¹ Algo semejante sucede con la *pérdida de la chance*, en donde, si bien es cierto el titular de una determinada situación jurídica subjetiva tiene expectativas (de hecho) de que se desarrollen ciertas conductas a su favor, como resultado de la celebración de un contrato, ello no implica que estas pueden ser judicializables de manera inmediata y necesaria, salvo en el supuesto en que estas expectativas se vean afectadas por actuaciones antijurídicas de la contraparte; en cuyo caso, la sobreviniente situación de perjuicio sería, sin lugar a dudas, judicializable.

Sin embargo, para que ello pueda materializarse de manera efectiva se deben utilizar otras herramientas que están fuera del alcance del Derecho privado o público para ubicarse en el ámbito de la gestión *ad hoc* que se verá en la tercera sección.



SECCIÓN III

LOS DEBERES DE PROTECCIÓN CONTRACTUALES EN EL SISTEMA DE TUTELA PREVENTIVO-AMBIENTAL. SUS POSIBLES EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD Y EN EL DESARROLLO DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA

1. El sistema preventivo ambiental: sus deficiencias

El sistema preventivo ambiental (tradicional) contiene una serie de principios, reglas y normas que, por razones de espacio y competencia, no deberían ser desarrollados en el presente trabajo. Sin embargo, debido a que nuestra fórmula civil se asienta en la base de un principio general de derecho impuesto específicamente en el ordenamiento civil, no podría dejar de mencionarse en esa misma línea a, por lo menos, dos principios especiales del sistema preventivo ambiental que cumplen una función importante en dicho entorno.

Estos principios esenciales son el precautorio y el preventivo. Y si bien es sabido que ambos son tratados con especial esmero en las fundamentaciones doctrinarias que promueven su aplicación, no por ello puede dejar de apreciarse las limitaciones en cuanto a su aplicación, a partir de las cuales se puede predicar no pacíficamente su incompletud.

En ese sentido, si bien, por un lado, no pretendemos examinar con lujo de detalle dichos principios, ello no quita que debemos evaluarlos de cara a la convicción que ellos producen en el sistema judicial -que se supone debería informarnos suficientemente acerca de su aplicación práctica en situaciones de conflicto de intereses. En efecto, por lo menos el principio más discutible, esto es, el principio precautorio, si en un sentido, intrínsecamente hablando, no adolece de limitaciones considerables, en otro sentido no ha sido perfeccionado como corresponde en todos sus alcances, por las limitaciones precisamente en su interpretación que, de ordinario, dificultan su aplicación; y con ello se hace necesario el aprovechamiento de principios complementarios como serían el de la buena fe objetiva y de los deberes de protección contractuales.

1.1. El principio precautorio, en particular

El principio precautorio se constituye como un mecanismo estatal (administrativo o jurisdiccional) para prevenir ciertas situaciones de hecho, inmediata o potencialmente lesivas del medio ambiente; y, asimismo, actúa en un contexto de *incertidumbre científica* con relación a los posibles efectos de determinadas situaciones de hecho y/o actuaciones concretas que pudieran originar consecuencias graves o irreversibles en el medio ambiente, afectando, de este modo, el interés público o privado.

Con relación a la extensión material-geográfica del principio se puede decir que, si bien es cierto este fue aplicado originalmente para contrarrestar a la contaminación marina, actualmente puede afirmarse que su aplicación se extiende a cualquier incidencia ambiental que esté rodeada, precisamente, de incertidumbre¹⁹².

En nuestro ordenamiento ambiental¹⁹³ el referido principio se encuentra expuesto en la consecuencia jurídica del artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente; el mismo que vale la pena describir en su totalidad, antes de, por razones de análisis estructural, ser descompuesto en sus dos partes **fundamentales**: **“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”**¹⁹⁴.

Es el caso que, tomando en cuenta el artículo antes mencionado, este principio, que se encuentra diseñado como una norma jurídica –muy particular en su redacción sintáctica- contiene una *prohibición* expresa y un *mandato* implícito¹⁹⁵: la *prohibición* de no utilizar la *incertidumbre*

¹⁹² MÉNDEZ CHANG, Elvira, *El Principio Precautorio y su Aplicación a los Ensayos Nucleares Subterráneos Franceses en el Pacífico Sur*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, pág. 58.

¹⁹³ Cabe señalar que el principio precautorio no tiene un diseño uniforme en la legislación comparada; sin embargo, puede establecerse que tiene ciertos rasgos comunes (o incluso esenciales) que hacen posible un tratamiento general. Así, dicho principio se encuentra previsto en la Declaración de Río, sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, la cual establece en su Principio 15: **“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar** ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos **para impedir la degradación del medio ambiente”**. Como se puede advertir, la expresión « (...) en función a los costos (...)» no se encuentra incorporada en nuestra cláusula general precautoria; empero, puede sostenerse válidamente que dicha expresión podría ser equiparable a *medida eficiente*, que sí se encuentra prevista en dicha cláusula. Algo semejante sucede con la ausencia de la palabra «científica» en nuestra norma general; hecho que será materia de un breve comentario en el ítem referido a la incertidumbre científica de la presente investigación.

¹⁹⁴ Dicho principio se encuentra también descrito en el artículo III, numeral 8, de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, del 31 de Marzo de 2009, el cual señala que **“La ausencia de certeza absoluta sobre el peligro de daño grave o irreversible que amenace las fuentes de agua no constituye impedimento para adoptar medidas que impidan su degradación o extinción”**. Además, el referido principio se encuentra previsto en el Decreto Supremo N° 022-2001-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Ambiente, el cual lo incorpora como instrumento de Política Nacional Ambiental en su artículo 10º, literal f): **“La aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente”**. Es necesario destacar que el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) fue desactivado mediante la Resolución Ministerial N° 054-2008-MINAM, del 31 de octubre del 2008, **“(…) al haber concluido el proceso de función de dicha entidad con el Ministerio del Medio Ambiente (...)”**, de acuerdo a lo resuelto en su artículo primero.

¹⁹⁵ Ciertamente, la operación de lógica deductiva en el presente caso es bastante simple. Sin embargo, no está demás precisar, con Ricardo Guastini, y en relación a la construcción de normas implícitas, que **“(…) toda norma inexpressada es deducida de una o varias normas explícitas por medio de un razonamiento en el cual las normas explícitas constituyen las premisas y la norma inexpressada constituye la conclusión”**. GUASTINI, Ricardo, **“La interpretación de la constitución”**, en: *Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II*, Ara Editores, Lima, 2010, págs. 25-26.

científica como razón (argumento) para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente, y el *mandato* de, ante el peligro de daño grave o irreversible, se adopten medidas eficaces y eficientes para, en efecto, impedir la degradación del ambiente.

Frente a ello, debe decirse que el supuesto de hecho del artículo VII antes señalado contiene una condición de operatividad que, a través de una simple interpretación finalista puede fácilmente advertirse. Nos referimos a que no solo se debe verificar la existencia del peligro grave o irreversible, sino que, además, la *incertidumbre científica* sea, simultáneamente, una condición (necesaria) de operatividad de la norma y un no impedimento para adoptar las medidas de protección frente a cualquier probable escenario catastrófico. Ciertamente, no cualquier situación de hecho tendrá la cualidad de ser interpretada en un contexto de incertidumbre científica, sino solo aquellas que revistan ciertas características que mencionaremos en el presente trabajo.

Cabe señalar que el hecho que el principio precautorio esté vinculado al concepto de incertidumbre científica, ha traído como consecuencia algunos problemas de aplicación. Por ejemplo, en el sistema constitucional francés se sabe que:

*"Uno de los aspectos de la Carta [constitucional] que ha suscitado ya considerable problemas en medios empresariales y científicos ha sido sin duda la propuesta inicial del Presidente de la República de constitucionalizar el denominado principio de precaución. Se trata, en efecto, de un principio cuya aplicación efectiva resulta incierta, en parte porque va a quedar subordinado considerablemente a la voluntad de los poderes públicos; además de que difícilmente va a poder ser utilizado cuando existan algunas dudas de carácter científico"*¹⁹⁶.

De hecho, se informa que este principio es el que mayor debate –social y doctrinal- ha tenido para su implementación constitucional antes de su entrada en vigor¹⁹⁷.

Complementariamente a la problemática del principio precautorio en Francia, se advierten, además, algunas críticas al mismo, expuestas por cierta doctrina del *Common Law* que, de manera esquemática, podemos resumir del siguiente modo: a) No se puede estar seguro de si la precaución es una recomendación o una obligación¹⁹⁸; b) No contamos con una precisa definición del principio¹⁹⁹; c) El grado de riesgo

¹⁹⁶ RUIZ-RICO, Gerardo, "La constitucionalidad del derecho al medio ambiente en Francia: principios y derechos de la Charte de l'environnement", en: *Estudios de derecho ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 25.

¹⁹⁷ Ídem, pág. 26.

¹⁹⁸ MÉNDEZ CHANG, Elvira, Ob. cit., pág. 63.

¹⁹⁹ Ibídem.

ambiental que nos lleva a tomar medidas de protección es indeterminado²⁰⁰; d) Existe una falta de certeza sobre las ciencias, determinaciones o conocimientos científicos aplicables²⁰¹.

Aun con todo, puede decirse que:

"(...) del principio de precaución emerge otro «derecho instrumental», en virtud del cual se legitima la adopción de medidas cautelares –judiciales y administrativas- contra potenciales riesgos ambientales, aunque eso suponga la limitación en el ejercicio de otras libertades de naturaleza igualmente constitucional (libertad empresarial, de industria o de comercio)”²⁰².

Sin embargo, para que ello suceda se podría necesitar, en algunos casos especiales (vinculados a la protección de sistemas complejos²⁰³), contar con algunas condiciones de eficacia, sin las cuales no debería emitirse por parte de la autoridad competente ningún pronunciamiento preventivo. De este modo, y sin ánimo de ser concluyentes, se puede afirmar que estas condiciones son las siguientes:

a) Para casos complejos, la calificación de incertidumbre por parte – desde nuestro punto de vista- de la *autoridad científica*²⁰⁴: dicha calificación tiene como objeto la determinación más precisa de la existencia de cierto grado de incertidumbre sobre el acaecimiento de un daño grave o irreversible.

Esta primera verificación debe ser realizada solo por la autoridad competente, aunque nada obsta a que sea respaldada por cierto sector de la Comunidad Científica²⁰⁵; y, además, por ser una evaluación de carácter objetivo, debe contener un núcleo de resistencia frente a

²⁰⁰ Ibídem.

²⁰¹ Ídem, pág. 64.

²⁰² RUIZ-RICO, Gerardo, Ob.cit., 26-27.

²⁰³ Una aproximación somera al concepto de sistema complejo la podemos obtener de una disciplina vinculada lateralmente a la de la biodiversidad: la de los proyectos agrícolas. Rolando García señala que **“Los proyectos de desarrollo en regiones agrícolas deben tomar en cuenta una multiplicidad de problemas que involucran al entorno físico y biológico, la producción, la tecnología, la sociedad, la economía. Esta variedad de procesos constituyen un complejo que funciona como una totalidad organizada. La «complejidad» no está determinada aquí sólo por la heterogeneidad de las partes constituyentes, sino, sobre todo, por la interdefinibilidad y mutua dependencia de las funciones que desempeñan dentro de una totalidad”**. GARCIA, Rolando, Ob. cit., pág. 137.

²⁰⁴ Naturalmente, la única *autoridad científica* de que disponemos en nuestro medio es la que se compone en núcleos de investigadores que la propia universidad genera, y que actúan sobre especialidades concretas. Con relación a la vinculación entre la comunidad científica y la finalidad **de las universidades (latinoamericanas) Francisco Sagasti señala que “Las relaciones entre enseñanza e investigación en la universidad latinoamericana fueron materia de estudio durante el decenio de 1970. Autores tales como (...) pusieron énfasis en la necesidad de que la universidad fuera no sólo un centro de enseñanza superior, sino un espacio de creación científica y cultural, y que tuviera la capacidad en relacionar críticamente sobre la realidad nacional y hacer propuestas a la sociedad”**. SAGASTI, Francisco, *Ciencia Tecnología e Innovación. Políticas para América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Lima, 2011, pág. 107.

²⁰⁵ De hecho, el respaldo de la Comunidad Científica es un indicador (adicional) de certeza acerca de la incertidumbre científica.

hipótesis *ad hoc* que puedan fácilmente desvirtuar la situación de hecho incierta ya declarada por la referida comunidad.

b) La evaluación sobre la probabilidad de la existencia de daño grave o irreversible: Esta calificación le corresponde, propiamente, a la autoridad administrativa; la que, previamente, en casos complejos, debe haber tomado conocimiento de la declaración científica sobre incertidumbre, de tal forma que dicha autoridad administrativa no podrá amparar su inacción en la imposibilidad de conocer con certeza la inexorable ocurrencia del perjuicio.

De manera complementaria a lo expuesto, cabe señalar que el principio precautorio tiene una condición de inoperatividad frente a la ausencia de información sobre los posibles efectos de hechos que son objeto de análisis²⁰⁶.

Al respecto del factor información intentaremos esbozar, más adelante, algunos criterios (o lineamientos) para la evaluación legal de la incertidumbre científica que ha sido materia de pronunciamiento por parte de la autoridad científica, para que éste pueda ser utilizado como presupuesto objetivo en la aplicación del principio precautorio.

1.2. El principio precautorio y el principio de prevención

Si bien es cierto el principio precautorio y el principio de prevención²⁰⁷ pertenecen al mismo sistema preventivo de tutela ambiental, ambos ostentan diferentes condiciones de eficacia. El principio precautorio opera en un contexto de incertidumbre, y precisamente en este punto radica su mayor dificultad para, fundamentalmente, determinar su identificación real, ya que no necesariamente el proclamar que se está en un contexto

²⁰⁶ Con relación a este punto, coincidimos con Lanegra Quispe –quien, dicho sea de paso, apoyándose legítimamente en Cass Sunstein- ha agrupado los criterios generales para la aplicación del principio en cinco puntos, uno de los cuales constituye un criterio de inoperatividad. Dichos puntos son: **"a) El principio se aplica ante una situación de incertidumbre científica (...)** b) El principio no se aplica ante la simple ausencia de información sobre determinados hechos. (...) **c) La aplicación del principio precautorio se orienta a: i) evitar daños al medio ambiente, o ii) evitar daños a la salud o a otros bienes a través del daño al medio ambiente. (...)** **d) (...)** **Un primer requisito evidente es que la medida precautoria no puede generar más costos que los que originaría la situación a evitar, sobre la cual no hay precisamente certidumbre. Es por ello que hablamos de comparar medidas frente a escenarios factibles. Sunstein ha propuesto considerar la aplicación del principio a partir de cuatro factores: i) el nivel de incertidumbre que provoca una respuesta regulatoria; ii) la magnitud del daño anticipado que justifica la respuesta, iii) las herramientas que se elegirán cuando se aplique el principio (requisitos de divulgación, requerimientos tecnológicos, prohibiciones), y iv) margen de seguridad frente a la duda. (...)** **e) (...)** **resuelta la situación de incertidumbre, se tienen que adaptar las medidas, adecuándolas al consenso científico emergente, ingresando al campo de la prevención".** LANEGRA QUISPE, Iván, "La Regulación de la Incertidumbre: Un Análisis Crítico del Principio Precautorio", *Derecho & Sociedad*, Nº 35, Lima, 2010, pág. 102-103.

²⁰⁷ El principio de prevención se encuentra incorporado en el artículo VI del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente, el cual señala que "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".

de incertidumbre implica que, en la realidad, nos encontremos por fuerza en dicho escenario. El principio de prevención opera, más bien, en un contexto de riesgo.

Por supuesto que la no identificación real y extra-administrativa del principio precautorio va a traer una consecuencia que podría pasar inadvertida: una aplicación práctica (judicial, constitucional o administrativa) de dicho principio, en casos complejos, que no guarde correspondencia con la declaración de incertidumbre; lo que garantizaría, **eso sí, una verdadera "incertidumbre" (legal y económica) para el concesionario tanto como para el propio Estado.** Dicho esto, hay que tener en cuenta que:

"Dado el limitado conocimiento sobre el funcionamiento de los ecosistemas así como de sus complejas relaciones con los factores humanos, el derecho ambiental ha debido de considerar dos situaciones diferentes. Por un lado, en situaciones de certeza y de riesgo, procura tomar las medidas necesarias para impedir el daño, invirtiendo sobre aquellas acciones humanas que sabemos producirán efectos negativos o que tuvieran una probabilidad significativa de hacerlo. Es el campo del principio de prevención"²⁰⁸.

Es por esta razón que –a diferencia de lo que ocurre con el principio de prevención- convenimos en que la declaración de incertidumbre –solo para casos complejos- debe darse previamente a través de un órgano especializado que, no obstante no exista en este momento en nuestro sistema de tutela ambiental, pueda, en lo inmediato, con su implementación, actuar coordinadamente con el órgano fiscalizador en materia ambiental del Estado, y, naturalmente, pronunciarse con relación a la incertidumbre científica.

Ciertamente, para ello no hace falta la constitucionalización del principio, aunque se debe comentar que existen voces que, ante la dificultad aplicativa del mismo, señalan que la regulación constitucional de él facultará al agente potencialmente contaminante a solicitar un certificado de inocuidad de ciertas actividades para el equilibrio ecológico o la salud de las personas²⁰⁹.

Como se habrá advertido la aplicación del principio precautorio no resulta del todo sencilla, y más aun en situaciones complejas que ameritan una opinión especializada. Por ello, se hace necesario explicar –por supuesto, sin las convicciones del especialista- someramente lo relativo a la incertidumbre científica y, también, al riesgo, vinculados en uno y otro caso al principio precautorio y al principio de prevención, respectivamente.

²⁰⁸ LANEGRA QUISPE, Iván, Ob. cit., pág. 101.

²⁰⁹ RUIZ-RICO, Gerardo, Ob. cit., pág. 26.

a) La incertidumbre científica y el principio precautorio

No está demás precisar que, si bien es cierto nuestra cláusula precautoria no incorpora explícitamente la palabra «científica/o», u otra equivalente, que acompañe como propiedad semántica a la *certeza absoluta*, no nos cabe la menor duda que, en efecto, la interpretación adecuada es la que le otorga aquella propiedad a la certeza; y que –si se toma en cuenta la legislación comparada al respecto²¹⁰- no cabe otra interpretación.

Lo comentado no puede ser considerado como una novedad si se tiene en cuenta que la actuación conjunta (no necesariamente coordinada) del desarrollo científico (en general y ya fuera del contexto de la tutela ambiental) y la preeminencia del mercado -o su exacerbación- exigen la implementación de un sistema preventivo que sirva de contrapeso, por ejemplo, al uso indiscriminado de los descubrimientos y de la innovación tecnológica. Al respecto RODOTÀ señala que:

*"El emergente sistema jurídico de la innovación científica y tecnológica hace también espacio a la regulación de la duda y de la incertidumbre, ligada con la necesidad de eliminar, o de reducir de modo significativo, por lo menos, los riesgos individuales y colectivos de la innovación"*²¹¹.

Dicha aseveración puede ser aplicada perfectamente al contexto en que se desarrolla el principio precautorio²¹². La certeza absoluta, en el caso particular de este principio, está vinculada al contexto de incertidumbre

²¹⁰ Puede apreciarse en la legislación comparada no pocas alusiones a la incertidumbre científica de manera directa o indirecta. Con relación a ello, a continuación enunciamos las normas internacionales expuestas por Vera Esquivel, dentro de las cuales se encuentran formulaciones que determinan la trascendencia científica de la incertidumbre: "i) **Declaración Final de la Segunda Conferencia del Mar del Norte (1987)**. Esta declaración incluye de manera prístina el Principio Precautorio cuando señala que: «Una aproximación precautoria es necesaria cuando se requiera controlar el ingreso de sustancias, incluso antes de que se establezca un vínculo de causalidad por una absolutamente clara evidencia científica». (...) j) **Documento Final de la Conferencia sobre Contaminación Marina del Consejo Internacional Nórdico de 1989**. (...) «la necesidad de una aproximación precautoria efectiva intenta salvaguardar el ecosistema marino, eliminando y previniendo las emisiones contaminantes aunque no haya una relación de causalidad entre esta acción y el daño, debido a la falta de certeza científica». l) la **Declaración Ministerial de Bergen sobre Desarrollo Sostenible en la Región de la ECE de 1990**. (...) «las políticas deben basarse en el principio precautorio, de modo que ante las amenazas de un daño serio o irreversible, la falta certeza científica no debe ser usada como razón para posponer tomar medidas que eviten la degradación ambiental». m) La Segunda Conferencia del Clima (Ginebra, 1990) (...) «Cuando existan amenazas de un daño serio e irreversible, la falta certeza científica no debe ser usada como razón para posponer tomar medidas que prevengan las degradación ambiental». (...) o) **La Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992**. (...) «(...) la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces (...)». VERA ESQUIVEL, Germán, "El principio precautorio en el Derecho peruano", en: Revista de Derecho Administrativo, N° 6, Lima, 2008, pág. 92-93. La negrita es impuesta.

²¹¹ RODOTÀ, Stefano, "Derecho, ciencia, tecnología. Modelos y decisiones de regulación", traducción de Leysser León, en: DERECHO PUC, N° 57, Lima, 2005, pág. 116.

²¹² Rodotà afirma, posteriormente, que en el contexto de tensión entre los descubrimientos científicos y la exigencia de su utilización práctica "Nacen, entonces, los principios de precaución y de prevención, (...)". *Ibidem*.

científica, por lo que no solo es susceptible de una calificación legal que excluya otro tipo de calificaciones.

En ese sentido, se debe señalar que la "(...) la incertidumbre implica, en primer lugar, un desconocimiento sobre la probabilidad de que se produzcan los posibles resultados. Sabemos que algo puede ocurrir, pero **desconocemos la probabilidad de que ello suceda**"²¹³. Dicho desconocimiento lleva algunas veces a evaluaciones no adecuadas sobre **el acaecimiento de determinados hechos. Así, "Los juicios de la gente respecto de las probabilidades se basan en elementos heurísticos (en respuesta, quizás, al alto costo de las consultas y la decisión) que en muchos casos pueden ser muy provechosos, pero que a su vez tienden a errores sistemáticos"**²¹⁴. De este modo, dentro de estos métodos heurísticos relevantes para el Derecho se encuentra uno vinculado con la *disponibilidad* y que puede ser descrito del siguiente modo:

*"La gente tiende a pensar que los riesgos son más serios cuando un incidente es fácilmente imaginable o «disponible». Si es persistente, la heurística de disponibilidad producirá errores sistemáticos. Las evaluaciones de riesgo serán persistentemente sesgadas, en el sentido de que la gente pensará que algunos riesgos (el de un accidente nuclear, por ejemplo) son altos, mientras que otros (el de una ataque cardíaco, por ejemplo) son relativamente bajos. Las «cascadas de disponibilidad» pueden producir una gran demanda para el Derecho, como si se tratara del síndrome del «contaminante familiar del mes» en Derecho ambiental. Carecemos de una firma que entienda cómo ocurren las cascadas de disponibilidad y cómo deberían ser diseñadas las instituciones para producir respuestas apropiadas"*²¹⁵.

Para contrarrestar la disponibilidad es necesaria la intervención, precisamente, de una institución pública o privada (universidad, órgano, dependencia, etc., según corresponda) estatal; de modo que con la intención a ella se pueda evitar la motivación de conjeturas que buscan ser, por fuerza, contrastadas empíricamente. Hecho que, de suyo, es imposible, materialmente hablando, e inaceptable desde un punto de vista lógico y ético.

Un enunciado sobre incertidumbre no puede ser contrastable empíricamente, o por lo menos no podría serlo antes de la producción del escenario catastrófico o del perjuicio grave, como quiera que dicho enunciado es, por definición, hipotético²¹⁶ (aunque altamente probable) y

²¹³ LANEGRA QUISPE, Iván, Ob. cit., pág. 100.

²¹⁴ SUNSTEIN, Cass R., "Análisis conductual del Derecho", en: Themis, Nº 62, Lima, 2012, pág. 61.

²¹⁵ Ibídem.

²¹⁶ Cabe precisar que es el propio Karl Popper quien señala que "Todo conocimiento científico es hipotético o conjetural". POPPER, Karl, *El mito del marco común*, Paidós, Barcelona, 1997, pág. 97.

porque, además, hay ausencia de información semántica²¹⁷ sobre el mismo, la cual es una condición necesaria para establecer si podrá calificarse como verdadera o falsa una hipótesis científica, y si esta, además, podría ser contrastable o incontrastable²¹⁸, según los mecanismos científicos con que se cuente en el momento de evaluación sobre el posible acaecimiento del daño irreversible o grave.

b) Riesgo y el principio preventivo

Debe precisarse que, aunque en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, no se haga referencia directa a riesgo, este se encuentra previsto como criterio implícito en la norma en cuestión. Es por ello que el principio preventivo se aplica en casos donde se sabe de antemano cuáles serán los resultados de persistir con determinadas actividades potencialmente dañosas. Es por tal razón que puede decirse que **“Riesgo significa que no existe un solo resultado posible derivado de una determinada acción, pero sí sabemos cuáles son los posibles resultados, y también conocemos las probabilidades de que cada uno de ellos se produzca”**²¹⁹.

De este modo, al tener un control predeterminado de los posibles efectos de la persistencia de acciones de exploración o explotación de recursos naturales, puede convenirse en la aplicación del principio preventivo.

Cabe señalar que si el principio preventivo se aplica frente a situaciones de riesgo, con mayor razón será posible su aplicación a situaciones **extra riesgosas, por cuanto se sabe que la “La actividad típicamente extra riesgosa es aquella en que existe una importante posibilidad de un daño substancial”**²²⁰. En ese sentido, hay que tomar en cuenta que

*“(…) para ser extra riesgosas, una actividad requiere algo más que la certeza matemática de que el daño ocurrirá ocasionalmente. Es necesario que haya mucha seguridad de que el daño ocurra frecuentemente como resultado de esa actividad. Y de acuerdo al Restatement of Torts, es necesario además que no se trate de una «actividad cotidiana»”*²²¹.

²¹⁷ Cabe señalar que se considera incertidumbre científica a la falta de información semántica. MUÑOZ, Jacobo, Voz: “Creencia”, en: *Compendio de epistemología*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 161.

²¹⁸ Una hipótesis incontrastable es aquella que, por su propia naturaleza, no puede ser refutada o corroborada empíricamente. Con relación a ello Popper afirma que “(…) sólo admitiré un sistema entre los científicos o empíricos si es susceptible de ser contrastado por la experiencia. (...) Dicho de otro modo: no exigiré que un sistema científico pueda ser seleccionado, de una vez para siempre, en un sentido positivo; pero sí que sea susceptible de selección en un sentido negativo por medio de contrastes o pruebas empíricas: *ha de ser posible refutar por la experiencia un sistema científico empírico*”. POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1962, pág. 40.

²¹⁹ LANEGRA QUISPE, Iván, Ob. cit., pág. 100.

²²⁰ CALABRESI, Guido, “Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual”, en: *Ius et veritas*, N° 3, Lima, 1991, pág. 89.

²²¹ *Ibidem*.

Ciertamente, tanto en las actividades riesgosas como extra riesgosas, existe un vínculo ineludible entre la acción humana y el riesgo que determina la aplicación de sistemas de prevención en la esfera jurídica de quien esté en mejores condiciones de evitar el costo económico del daño. Pero, para que ello ocurra, se necesita, conjuntamente con la aplicación del principio preventivo, la implementación del sistema de responsabilidad civil²²², como desincentivo frente a la realización de actividades potencialmente dañosas.

1.3. Tratamiento del principio precautorio por parte del Tribunal Constitucional: Limitaciones conceptuales y de aplicación

Con relación al principio precautorio, en el fundamento 18 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional N° 0048-2004²²³, se precisa que:

"En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: (...) f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente".

Sin embargo, cabe precisar que esta declaración de principio no guarda – por lo menos no de manera significativa- relación jurídica alguna -como tampoco lógica- con el resultado del proceso, en el cual se determina que la demanda de inconstitucionalidad fuera declarada infundada²²⁴.

²²² De acuerdo con lo que hemos manifestado, se encuentra José Esteve, quien señala que, en efecto, **"Desde el momento en que hablamos de riesgos debidos a la acción humana**, su tratamiento jurídico es una cuestión ineludible al ser el objeto del Derecho la conducta humana y las relaciones sociales. Cuando esta actividad humana genera riesgos que lo son por su capacidad de producir daños, entonces parece que es la responsabilidad la institución adecuada para el **tratamiento jurídico del riesgo"**. ESTEVE PARDO, José, *Técnica, Riesgo y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999, pág. 31.

²²³ En la referida Sentencia se tiene por asunto: "Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N° 28258 -Ley de Regalía Minera-, de fecha 23 de junio de 2004, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa, por considerar que contiene vicios de inconstitucionalidad por la forma y el fondo". Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, 1 de abril de 2005.

²²⁴ Señala la sentencia en su parte resolutive: 1. Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad de autos. 2. Exhortar al Congreso para que: a) establezca los mecanismos legales pertinentes, a fin de garantizar que la recaudación de la regalía minera (...).

De otro lado, se puede advertir que en el fundamento 32 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2002-2006²²⁵, con relación al principio precautorio, se señala que:

"Asimismo cabe anotar que el principio precautorio o de precaución opera en situaciones donde se presenten amenazas de un daño a la salud o al medio ambiente y donde no se tenga certeza científica de que dichas amenazas puedan constituir un grave daño".

En este caso, a diferencia de lo que sucede en la Sentencia del Pleno Constitucional N° 048-2004, sí se advierte una relación lógica y, además, jurídica entre el principio precautorio y el resultado del proceso, aunque debe decirse que, en este caso particular, se va ordenar, por un lado, al Ministerio de Salud, a que implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas, a que cumpla con planes de acción para mejorar la calidad del aire en la ciudad de la Oroya, a que cumpla con relajar acciones tendientes a declarar el estado de alerta a la ciudad de la Oroya, y, de otro lado, se ordena a la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) a que cumpla con realizar acciones de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona de la Oroya²²⁶, etc.

En efecto, siguiendo el principio procesal que señala que debe existir correspondencia entre la parte material y la parte procesal²²⁷, la Sentencia señalada no exige, ni exhorta, ni recomienda a la empresa contaminante a ejecutar acciones de prevención o precaución; pero tampoco se recomienda a los órganos del Estado a encauzar su conducta dentro del marco de los principios antes señalados, lo que demuestra que se tienen ciertas reservas para la aplicación de los mismos.

Ahora, si bien es cierto la imposición de ciertas conductas preventivas no pueden extenderse a los agentes causantes de daño; desde nuestra perspectiva, se debe señalar que el principio precautorio no puede limitarse a imponer deberes solo al Ministerio de Salud, sino que debe extenderse a la imposición de deberes a cualquier agente causante del daño o del potencial perjuicio. Pero para que ello suceda es indispensable la participación de la autoridad administrativa que no tiene la limitación que en este caso ha tenido la autoridad judicial para pronunciarse sobre las limitaciones y los deberes que debería ejecutar la empresa contaminante. Es en este punto en el que los deberes de protección aportan un valioso complemento preventivo.

²²⁵ En la referida Sentencia se tiene por como problemática un Recurso de agravio constitucional contra una Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara improcedente una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental para el diseño de una estrategia de salud pública de emergencia en la ciudad de la Oroya, con fecha 06 de diciembre del 2002. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2002-2006-PC/TC, 12 de mayo de 2006.

²²⁶ De conformidad a lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2002-2006-PC/TC, 12 de mayo del 2006.

²²⁷ Este principio en Derecho procesal se conoce como el Principio de dualidad partes procesales.

De otro lado, es necesario señalar que existe otra Sentencia del Tribunal Constitucional, cuyo fundamento 11 y 12, respectivamente, señalan que:

*"Forma parte de ese denominado «principio de precaución», que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número (...) Precisamente, en ese deber de prevención que el derecho de contar con un medio ambiente sano y adecuado impone sobre los poderes públicos y dentro del cual hay que considerar al principio de precaución, es que el Tribunal estima que tales antenas y equipos, cuando no fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distante de las viviendas"*²²⁸.

En este caso la parte resolutive²²⁹ de la presente Sentencia guarda conexidad lógica y, además, jurídica con la parte considerativa antes expuesta. Sin embargo, es de verse que en la misma tampoco se hace referencia a los deberes de protección que debería haber desenvuelto la empresa demandada para tutelar los intereses de terceros ajenos a la prestación del servicio público.

De otro lado, de manera por demás contradictoria a la Sentencia del Tribunal Constitucional precedentemente mencionada, se localiza otra sentencia del referido órgano²³⁰, ulteriormente expedida, que, sin bien desarrolla conceptualmente el principio precautorio en algunos de sus desapegados párrafos²³¹, resuelve (interpreta), de manera inconsistente con el discurso aparentemente tuitivo del medio ambiente que se venía formado al interior de la parte considerativa de esta referida sentencia –dejando de lado, desde nuestro punto de vista, valiosos criterios lógicos propios de una saludable argumentación jurídica– declarar infundada la demanda²³².

Respecto de esta sentencia hay dos párrafos especialmente relevantes a partir de los cuales el profesor Juan ESPINOZA ha realizado una sugestiva objeción. Para, si se nos permite, ampliar y complementar los alcances de la referida observación reproducimos éstos dos párrafos de la mencionada sentencia –a los que vamos de denominar *premisa* y

²²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0964-2002-AA/TC, 17 de marzo de 2003.

²²⁹ La respectiva Sentencia declara **fundada la demanda** y "(...) ordena a (...) retirar los equipos y antenas ubicadas en (...), y que se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras sin contar con la autorización municipal correspondiente (...)". Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0964-2002-AA/TC, 17 de marzo de 2003.

²³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 4223-2006-PA/TC, 2 de junio de 2007.

²³¹ Se hace referencia al principio precautorio en los siguientes párrafos: 19, 23, 26, 27, 28 y 34.

²³² Sin embargo, existe un voto singular que se comentará más adelante.

conclusión- en los que el mencionado autor ha efectuado su propio énfasis (subrayado) que pasamos a replicar:

[Premisa]: *"En los fundamentos precedentes, se ha señalado que el principio precautorio se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables".* (El subrayado no es nuestro; es del autor).

[Conclusión]: *"Pero no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada".* (El subrayado no es nuestro; es del autor)

Respecto a esta resolución del Tribunal, Juan ESPINOZA ha advertido su desatino señalando que

"No se entiende qué parte del principio de precaución no fue «internalizada» por los miembros de la decisión de la mayoría: si la regla es que no obstante la duda de que si la actividad es peligrosa (o no) para el medio ambiente, justo porque se trata de precaver, se debe paralizar o eliminar la misma, en atención a evitar un daño mayor e irreparable (la salud de las personas), el parámetro del «indicio razonable y suficiente», en este caso, está demás. (...) ¿Quién tiene que asumir el costo de esa incertidumbre que, al parecer, no es tal por no tratarse de un «indicio razonable y suficiente»?"²³³.

De manera complementaria al sensato fallo doctrinario antes vertido, conviene señalar por lo menos tres defectos en la argumentación del Tribunal. En primer lugar, en lo que respecta a nuestra opinión, se debe señalar que a la expresión «indicio razonable y suficiente de su existencia» le son alcanzables perfectamente los argumentos que han sido recogidos por el voto singular de la misma sentencia²³⁴; en segundo

²³³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Editorial Rodhas, 7ma. Edición, Lima, 2013, pág. 809.

²³⁴ **Lo fundamental del voto singular destaca que** "En el presente caso, en la medida que está acreditado que (i) la antena está dentro de un área residencial y relativamente cerca de centros de salud y educativos; ii) la antena está construida de manera muy próxima a viviendas; iii) Nextel ha construido una antena en una zona que no es apropiada de acuerdo a las normas de

lugar, entre la premisa y la conclusión expuestas en los respectivos párrafos antes descritos se ha configurado una falacia denominada *argumentum ad ignorantiam*²³⁵, pues como se podrá advertir la [conclusión] sobre que el desmantelamiento de la antena de Nextel «sería una medida irrazonable y desproporcionada» en el fondo se sustenta, antes bien, en la imposibilidad de probar (argumentar o demostrar) que existan, como señala la [premisa], y con relación al riesgo, «indicios razonables y suficientes de su existencia», y no así en la ausencia de prueba o demostración; es decir, que no se ha diferenciado – como debería haberse hecho- la imposibilidad de probar de la *ausencia de prueba*.

De este modo, si la incertidumbre científica –como hemos venido interpretando- no debe ser considerada un obstáculo para la adopción de medidas precautorias, ¿por qué el Tribunal exige más de lo que la norma demanda, sin una argumentación jurídica u operación de implicación lógica para ello, y, lo que es aún más preocupante, sin tan siquiera haber hecho una prueba de verificación adicional? En tercer lugar, no se ha hecho una evaluación semántica-jurídica de los alcances de la expresión «indicios razonables y suficientes de su existencia»; aunque nosotros proponemos que dichos indicios, como ya lo mencionamos, son equivalentes a los esgrimidos por el voto singular. Sin embargo, si se quisiera exigir mayores indicios razonables ¿acaso no bastarían los casos de hipersensibilidad electromagnética y el curioso aumento de probabilidad de cáncer en zonas cercanas a antenas de telefonía? ¿Esto no constituye un indicio razonable?

Por todo ello, no es alentador el panorama que ensombrece a la interpretación y aplicación del principio precautorio, y por tal razón siendo los deberes de protección contractuales susceptibles de un tratamiento jurídico de mayor contenido sustancial y, por lo tanto, de mayor eficacia práctica, serían un complemento necesario frente a ciertas ausencias jurídico-conceptuales. Naturalmente, ello no quita que un mejor desarrollo de la argumentación jurídica podría contribuir de mejor manera al crecimiento (en contenido) de las resoluciones, en general.

1.4. El principio precautorio frente a la autoridad legal y a la autoridad científica

Como hemos visto, el principio precautorio tiene dos ámbitos de aplicación, de acuerdo al análisis del artículo VII de la Ley de Protección

urbanización; y, iv) la empresa, de acuerdo al punto anterior, no contaba con la debida autorización para la construcción de la antena, la aplicación del principio de precaución debió terminar con la expedición de una sentencia estimatoria, y no como finalmente se ha decidido en **mayoría**". Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 4223-2006-PA/TC, 2 de junio de 2007.

²³⁵ Dicho *argumento* es una falacia lógica que consiste en sostener una conclusión alegando que no existe argumento, evidencia o prueba que sostenga lo contrario.

del Medio Ambiente: el ámbito de la prohibición y el ámbito del mandato. En ambos casos se advierte la presencia de un concepto extrajurídico que ya ha sido considerado como relevante en la protección del medio ambiente: *la incertidumbre científica*.

Por ello, convenimos en que cualquier pronunciamiento sobre la aplicación del principio precautorio, debería atravesar por una serie de evaluaciones, dentro de la cuales se encontraría una que deberá diferenciar, cualitativa y cuantitativamente, la incertidumbre científica sobre la producción del daño, del riesgo cierto en la producción del perjuicio. Y ello debido a que podemos considerar que un supuesto de incertidumbre en un contexto de peligro grave o irreversible, debido a los efectos de ciertas actividades de exploración o extracción de recursos naturales, desborda el riesgo intrínseco de tales actividades.

Esta situación particular de disparidad ontológica –además de jurídica– entre riesgo e incertidumbre; y donde además el concepto de probabilidad tiene importancia decisiva, es necesario que exista un pronunciamiento²³⁶ con autoridad científica. Al respecto señala RUIZ-RICO que:

"(...) en el momento de su aplicación puntual o en cada caso concreto, el principio de precaución requerirá seguramente una «sintonía de criterios de aplicación» entre autoridades técnicas (o científicas) y políticas, que no siempre será sencillo alcanzar cuando no exista unanimidad –ni seguridad– sobre los efectos potenciales de decisiones que puedan afectar al medio ambiente”²³⁷.

En efecto, estamos frente a un presupuesto de operatividad de la norma en cuestión, básicamente científico; y, en tal sentido, para mayor rigurosidad en la aplicación del mismo, se requiere de un pronunciamiento que podríamos denominar «Declaración de incertidumbre» por parte de la Autoridad científica que podría ser respaldada o no por la *comunidad científica*²³⁸. Sin embargo,

²³⁶ Dicho pronunciamiento podría darse a través de las llamadas declaraciones de ciencia. Una declaración de ciencia es aquel acto jurídico que substancia una manifestación del saber técnico y/o científico que provocar, de suyo, efectos jurídicos en el ámbito administrativo y/o jurisdiccional.

²³⁷ RUIZ-RICO, Gerardo, Ob. cit., pág. 26. Agrega el referido autor que *"Estamos de acuerdo con quienes opinan que el principio de precaución hace aconsejable la mediación de una autoridad neutral e independiente que dirima cuestiones de naturaleza eminentemente científica, muy alejadas del tipo de controversias que resuelven los tradicionales operadores (jueces y tribunales), por otro lado supeditados a unas reglas procesales que pueden dificultar una intervención rápida a problemas que se presentan con el sello urgencia"*. Ídem.

²³⁸ La variable *comunidad científica* es un elemento importante en el desarrollo de las revoluciones científicas, pues dependientemente de si estamos en un periodo de desarrollo normal o extraordinario de la ciencia, la comunidad científica tendría finalidades de resolución de enigmas o anomalías, según corresponda. Señalamos esto como quiera que la incertidumbre científica podría ser considerada indistintamente como encubierta por cualquiera de las dos situaciones antes señaladas, y, por lo tanto, la opinión de la comunidad científica podría diferir del pronunciamiento de la autoridad científica, según en periodo de desarrollo científico en el que nos

consideramos que existe un razonable margen de discrecionalidad a favor de la autoridad administrativa, si fuera el caso que la declaración de incertidumbre, previsiblemente, pudiera constituir, antes que una necesaria contribución científica²³⁹ a la solución de un potencial problema ambiental, más bien, un obstáculo para una eficaz y, quizá, también eficiente toma de decisiones, bajo un análisis costo-efectividad²⁴⁰ (con consecuencias hipotéticas) frente a la potencial consecuencia dañosa.

Si se quiere ser estricto, deberíamos decir que todo ello dificultaría aún más la aplicación del principio precautorio, por lo que sería aconsejable comprender dentro del sistema preventivo civil-ambiental a los deberes de protección como un factor complementario para la tutela de la biodiversidad.

2. La perspectiva civil y los deberes de protección como base técnico-dogmática para la implementación de un sistema de tutela en materia ambiental

Hemos visto que, en principio, el sistema de protección ambiental consta fundamentalmente de dos *principios*: el precautorio y el preventivo. Sin embargo, es de verse que el primero de ellos, en primer lugar, presenta algunos inconvenientes en su aplicación y, de otro lado, no toma en cuenta la necesidad de la declaración de incertidumbre (en los casos

encontramos. Cabe mencionar que Thomas Kuhn respecto de las comunidades científicas ha precisado: “¿Cuáles son las características esenciales de esas comunidades? (...) el científico deberá interesarse por resolver problemas sobre el comportamiento de la naturaleza. Además, aunque esta preocupación por la naturaleza pueda tener una amplitud global, los problemas sobre los que el científico trabaje deberán ser de detalle. Lo que es más importante todavía, las soluciones que le satisfagan podrán no ser sólo personales, sino que deberán ser aceptadas por muchos como soluciones. Sin embargo, el grupo que las comparte no puede ser tomado fortuitamente de la sociedad como un todo, sino más bien de la bien definida comunidad de los colegas profesionales del científico”. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, México, 1971, pág. 259. El subrayado es nuestro.

²³⁹ Recibimos con moderación la importante opinión de Karl Popper, quien ha señalado que “(...) no se debería justificar ni defender el recurso a la autoridad de los expertos. Por el contrario, se debería reconocer como lo que es –una moda intelectual– y se debería atacar con el franco reconocimiento de lo que poco que sabemos y de cuánto de ese poco se lo debemos a personas que han trabajado en muchos campos al mismo tiempo. Y también se debería atacar con el reconocimiento de que la ortodoxia a que llevan las modas intelectuales, la especialización y el recurso a las autoridades, es la muerte del conocimiento, mientras que el aumento del conocimiento depende por completo del desacuerdo”. POPPER, Karl, *El mito del marco común*, Paidós, Barcelona, 1997, pág. 12.

²⁴⁰ Cabe precisar que si bien es cierto solo se cuenta con una opción regulatoria, esto es, la de imponer medidas de tutela administrativa de cara al principio precautorio, dicha opción puede implicar –en un segundo momento de la intención regulatoria– dos estrategias de intervención: con, o sin, la participación de la autoridad científica. En este delicado escenario, consideramos que el análisis costo-efectividad debería ser tomado en cuenta, pero, de manera prudente. Al respecto se ha señalado que “La idea en el análisis costo efectividad (ACE) es calcular los costos de las distintas opciones regulatorias identificadas para compararlas entre sí, pero sin tener que valorizar además los beneficios esperados, con lo cual se evita la complejidad de dar un valor específico a bienes como la vida o salud humana o bienes como un medio ambiente limpio”. QUINTANA, Eduardo, “Análisis del Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 36, Lima, 2011, pág. 20

complejos), tal y como lo hemos propuesto. Con relación a la imperfección del principio precautorio, afirma VERA ESQUIVEL que:

"(...) los contornos de este principio aun no están completamente definidos. A nivel internacional, tenemos pues definiciones «estrictas» y «menos estrictas» del principio. No se puede negar, por ello, que muchos Estados en la actualidad tienen una aproximación muy cauta al Principio Precautorio sobre todo cuando se refiere a actividades que puedan causar daño a la salud o al medio ambiente. Igualmente, está presente el tema que la resolución de los asuntos en que se aplica el Principio Precautorio pueden significar la adopción de medidas costo-eficientes o la realización de evaluaciones de impacto ambiental"²⁴¹.

Y recomienda además que "nuestro país y los países de América Latina deberían tener una posición cuidadosa con la aplicación de este Principio (...)"²⁴². Es por ello que, al advertir ciertas imperfecciones en el principio Precautorio tanto en su aspecto funcional como conceptual, proponemos que un complemento (lateral) a este mecanismo de protección preventivo ambiental, es el de los deberes de protección contractuales, pues estos se encuentran, en principio, en el origen de la celebración del contrato, y, por lo demás, lo acompañan hasta su etapa extintiva, sin necesidad de regularlos *ex ante*.

Además, dicha situación tiene la ventaja de que el concesionario debería ejecutar acciones tendientes a la tutela de los derechos no solo del Estado, considerado como parte de la relación obligatoria constituida como consecuencia de la celebración del acuerdo²⁴³, sino que, además, incluye la protección de terceros ajenos a la relación contractual que podrían verse afectados: comunidades, entes no personificados, el propio Estado, o cualquier otro agente con interés legítimo en la tutela de la biodiversidad o de las denominadas expectativas de desarrollo científico y/o tecnológico, que prefiguran, propiamente, en este último caso, un interés de incidencia colectiva o un derecho público subjetivo²⁴⁴.

Asimismo, desde la perspectiva que se obtiene analizando la función desincentivadora de la responsabilidad civil, se puede establecer que se está en mejores condiciones tuitivas si es que al concesionario del recurso natural explotado se le advierte (administrativamente) que debe ejecutar acciones preventivas no solo en merito a lo dispuesto en la Ley General del Ambiente, sino, además, porque de no hacerlo podría incurrir

²⁴¹ VERA ESQUIVEL, Germán, Ob. cit., pág. 101.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ Hay que recordar que nuestra hipótesis es aplicable también a los contratos mineros.

²⁴⁴ Señala Baldo Kresalja que "Superado el Estado liberal de derecho por el nuevo Estado social y democrático de derecho, los intereses difusos se configuran como una nueva categoría del derecho público: derechos públicos subjetivos. La irrupción en el ámbito jurídico de los derechos colectivos e intereses difusos supone una superación al enfoque individualista que fundamenta la teoría clásica de los derechos subjetivos, basada en el interés propio del individuo". KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, Ob. cit., pág. 77.

en un supuesto dañoso que revertiría en contra de los intereses económicos de la propia empresa concesionaria.

2.1. La protección directa de la biodiversidad (como bien eminente)

La biodiversidad²⁴⁵ es un sistema complejo que contiene aspectos no solo de carácter biológico, en sentido estricto, sino, también, aquellos relacionados al *ecosistema*²⁴⁶, en donde se desarrolla la variedad de seres vivos (extensa variedad, en el caso peruano), y los recursos genéticos, que incluyen las variantes genéticas pasibles de ser patentadas.

Los tres²⁴⁷ primeros aspectos (el biológico, el ecosistémico y el genético) pueden ser entendidos como una unidad sistémica (en algunos casos, probablemente emergente) que constituye el objeto de un derecho subjetivo público²⁴⁸, y que, a su vez, debe ser pasible de tutela en el período de ejecución contractual; pero, para que ello tenga lugar, se necesita de un factor objetivo o condición de operatividad, esto es, que la prestación obligacional (inexacta²⁴⁹ o defectuosa), en el ámbito del cumplimiento de un contrato, por ejemplo, de concesión pública, una de las partes se encuentre en una situación de proximidad física o temporal del referido objeto.

²⁴⁵ Existen algunas aproximaciones al concepto sustancial de biodiversidad, pero, a efectos de familiarizarnos con la referida expresión, consideramos que el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas de 1992 (que se encuentra vigente desde el 29 de Diciembre de 1993) contiene una definición jurídica amplia que puede ser utilizada como referencia conceptual en esta etapa de la presente investigación. **En el artículo 2º de dicho acuerdo se señala que: "Por diversidad biológica se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros sistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forma parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y los ecosistemas".**

²⁴⁶ Cabe precisar que el concepto de ecosistema es más amplio, e implica otros elementos vinculados tanto a la naturaleza como a la sociedad que no han sido mencionados. Por ello, convenimos en el hecho de que **"Adoptar el paradigma ecológico como modelo** interdisciplinar, como vínculo entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, implica que el concepto de *ecosistema* no solo se ofrezca, en la actualidad, como categoría primaria y central de la ecología, sino también como base de la consideración conjunta de los problemas de la naturaleza y la **sociedad". VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, "El objeto de la ecología y sus implicaciones en el orden ético", en: Justicia ecológica y protección de medio ambiente, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 15.**

²⁴⁷ El cuarto aspecto, referido a las variantes genéticas, debe verse desde la perspectiva de la biotecnología y las patentes.

²⁴⁸ El derecho a un medio ambiente equilibrado no solo puede considerarse como un derecho fundamental, sino que, además, constituye un derecho subjetivo público que ostenta el Estado y que, en ese sentido, lo constriñe complementariamente a actuar de conformidad precisamente al contenido sustancial de ese derecho. Sin embargo, no está demás señalar que hay quienes han convenido en señalar que la biodiversidad es objeto de derecho. Al respecto señala, por ejemplo, **Ruiz Müller que "En estas circunstancias, hoy por hoy, la biodiversidad se ha convertido en parte del mainstream de los discursos e intereses políticos, ambientales, sociales, culturales, gastronómicos y cada vez más, jurídicos. La biodiversidad y sus componentes se han convertido sin duda, en objeto de derecho". RUIZ MÜLLER, Manuel, "La biodiversidad como objeto de protección jurídica: los recursos genéticos, la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales", en: Themis Nº 56, Lima, 2008, pág. 110.**

²⁴⁹ En este contexto la expresión *inexacto cumplimiento del contrato* será reinterpretada como ineficiente cumplimiento.

Dicho inexacto cumplimiento de la prestación debida puede, en algunos casos, afectar directamente a la biodiversidad que, en este momento del desarrollo del derecho civil-ambiental, no admite una negación absoluta para ser considerado como un bien de carácter *eminente*²⁵⁰, lo que no significa que deba, por fuerza, ser susceptible de una explotación irrestricta o desmesurada, sino, más bien, de una tutela que preventivamente no permita violar los límites biológicos del propio sistema. Ello, en cierto modo, nos aleja del concepto de explotación económica para acercarnos, más bien, al de tutela soberana por parte del Estado, en donde, bajo una perspectiva bioeconómica, se tome en cuenta el costo de reposición antes que el costo de explotación, y en donde se vea expresada la demanda futura con cálculos económicos no tradicionales.

Ciertamente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, los bienes pueden clasificarse de distintas maneras. Por ejemplo, una de esas clasificaciones es aquella que distingue entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales. Sin embargo, no es la única clasificación posible, pues éstos, a su vez, pueden clasificarse en bienes privados y bienes públicos; o, para ser más precisos, en bienes de dominio privado y bienes de dominio público²⁵¹.

De este modo, si bien es cierto los bienes de dominio público²⁵² son aquellos que pertenecen a la esfera de protección, conservación y uso del Estado, "(...) **no todos los recursos naturales son de dominio público del Estado**, pero sí integran el ámbito del dominio eminente, que es la concepción que se desarrolla a partir de los atributos derivados de la **soberanía**"²⁵³. En ese sentido, la biodiversidad se constituye como un bien

²⁵⁰ Ha señalado Manuel Pulgar que con la entrada en vigencia de la Constitución del 1993 se generó la duda sobre si era posible, o no, otorgar derechos de propiedad a los particulares sobre **recursos naturales en su fuente. Señala el autor que "Esta discusión se zanjó cuando con ocasión del debate para la aprobación de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales el Dr. Jorge Avendaño Valdez anotó en relación a este tema, que el derecho del Estado sobre recursos naturales respondía al concepto del «dominio eminential», a partir del cual éste podía otorgar derechos a los particulares para el aprovechamiento, sin que en ningún caso ello implicara un desprendimiento del dominio. Esta posición quedó expresamente reflejada en el artículo 19º de la ley antes citada, (...)". PULGAR VIDAL, Manuel, "El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio", en: Revista de Derecho Administrativo, Nº 7, Lima, 2009, pág. 462.**

²⁵¹ Hay quienes afirman que "Los recursos naturales integran uno de estos grupos de bienes de dominio público y vienen a configurar lo que tradicionalmente se conoce como el dominio público natural. En esta categoría encontramos bienes como las aguas superficiales y las subterráneas, (...) **ciertas especies de flora y fauna silvestre, recursos minerales, (...)**". ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de derecho administrativo*, Marcial Pons, Tercera Edición, Madrid, 2013, pág. 497.

²⁵² De acuerdo al artículo 7º (Bienes de dominio público hidráulico) de la Ley Nº 29338, Ley de Recursos Hídricos, "Constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la presente ley el agua enunciada en el artículo 5º y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6º. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la **navegación**".

²⁵³ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, Ob. cit., pág. 179.

de dominio eminente, pero de naturaleza especial, si tomamos en cuenta los lineamientos bioeconómicos anteriormente enunciados.

Asimismo, desde el punto de vista del derecho internacional, la biodiversidad es objeto de protección por parte de la Convención sobre Diversidad Biológica adoptado en la Conferencia de Río, cuyo artículo 1º es importante mencionar:

"Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son las conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada".

En efecto, el artículo en cuestión contiene por lo menos tres mandatos claramente identificables. Sin embargo, es conveniente subrayar el que consideramos más importante (tomando en cuenta factores de tiempo, lugar y perspectiva), esto es, el de la conservación de la diversidad biológica²⁵⁴, pues esta constituye un sistema *abierto* compuesto por diversos microsistemas que se encuentran alojados en ella, y muy probablemente nos darán en el futuro respuestas a problemas (biológicos y extra biológicos) aún más complejos que los que tenemos en la actualidad, sin perjuicio, por supuesto, de establecer que su estudio, nos permite, hoy, recabar información significativa para –se supone– recomponer, conservar o mejorar nuestra posición, como un sistema también abierto, dentro de la propia naturaleza²⁵⁵. En tal sentido, se debe recordar que:

²⁵⁴ El Capítulo Segundo de la Ley General del Ambiente está dedicado a la diversidad biológica, y tiene como directiva ordenadora el contenido en el literal a) del artículo 97º de la referida Ley: **"La política sobre diversidad biológica se rige por los siguientes lineamientos: a) La conservación de la diversidad de ecosistemas, especies y genes, así como el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales de los que depende la supervivencia de las especies".**

²⁵⁵ No está de más recordar que el presente estudio tiene como uno de sus modestos objetivos reconstruir, conceptualmente, espacios interdisciplinarios que han sido descuidados en nuestro medio académico. Por ello, cabe recordar lo establecido por Norbert Wiener en los años cincuenta, en una referencia explícita al universo contingente y en un contexto en el cual la cibernética podría aportar algunas respuestas a un mundo que marcha inexorablemente hacia la extinción térmica. A través de dicho telón de fondo puede verse con mayor relieve los fundamentos de la defensa de la biodiversidad. Señala Wiener, con relación a la perspectiva de Gibbs sobre la probabilidad, que "(...) el universo, junto con todos los sistemas cerrados que contiene, tiende naturalmente a empeorar y a perder sus caracteres distintivos, a pasar del estado menos probable al estado más probable, de un estado de organización y diferenciación, en el cual existen rasgos y formas, a otro de caos e identidad. (...) Pero mientras el universo en su totalidad, si existe en cuanto tal, tiende a ese estado definitivo, existen enclavados locales [como la biodiversidad], cuya dirección parece opuesta a la del universo como un todo en los cuales hay una tendencia temporal y limitada a aumentar la complejidad de su organización. La vida

"(...) es necesario conocer, conservar y utilizar sustentablemente la biodiversidad y las características de los ecosistemas, transformándolas en uno de los ejes centrales de la estrategia de desarrollo. El Perú cuenta con enormes recursos de biodiversidad y tiene un potencial productivo extraordinario basado en ellos, pero es necesario identificar, registrar, clasificar y estudiar las propiedades de los organismos biológicos y sus ecosistemas, lo que requiere inversiones en investigación científica"²⁵⁶.

Todo ello podría lograrse bajo la figura de dominio eminential, a partir de cuyo concepto la Ley Orgánica²⁵⁷ facilitó el acceso de los particulares al aprovechamiento de los recursos naturales; sin embargo, ello en ningún caso implicaría la cesión por parte del Estado del dominio del recurso en estado natural o silvestre²⁵⁸; lo que resultaría conveniente precisamente para el Estado, siempre que se implementen las medidas regulatorias necesarias para su explotación racional²⁵⁹, pero, sobre todo bioeconómica, atendiendo de manera efectiva la demanda futura y, además, comprendiendo la tutela preventiva que nos encontramos diseñando; y como quiera que, desde una perspectiva objetiva, de se puede dejar de lado la idea de que "(...) la sostenibilidad es una inquietud que pone casi siempre el acento en la relación entre el presente y el futuro"²⁶⁰.

2.2. La protección indirecta de las expectativas de desarrollo científico y tecnológico

Se considera *expectativa* de hecho a aquella situación jurídica de ventaja inactiva preconstitutiva de un derecho subjetivo. En efecto, en el Derecho privado, la expectativa, en algunos casos, se encuentra vinculada a la condición suspensiva²⁶¹ (perspectiva estática) o a la circulación de la

encuentra asilo en uno de esos enclavados". WIENER, Norbert, *Cibernética y sociedad*, Editorial Sudamericana, Segunda Edición, Buenos Aires, 1969, pág. 14. [El énfasis es nuestro].

²⁵⁶ SAGASTI, Francisco, Ob. cit., pág. 187.

²⁵⁷ Se refiere a la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

²⁵⁸ PULGAR VIDAL, Manuel, Ob. cit., pág. 463.

²⁵⁹ Una opinión concordante con la explotación racional –que desde nuestro punto de vista debería complementarse- puede intuirse en lo expuesto por Ruiz Müller, cuando señala que "Es la biodiversidad y la diferenciación del Perú como país *diverso*, donde se encuentran sus reales ventajas competitivas y comparativas con miras a los retos que plantea el futuro. La explotación sostenible de los bosques, el apoyo inmediato a la biotecnología, es desarrollo de productos derivados de la biodiversidad, la promoción de las áreas protegidas y el turismo, son hacia donde deberíamos apuntar". RUIZ MÜLLER, Manuel, Ob. cit., pág. 124.

²⁶⁰ IGUÍNIZ, Javier, "Sostenibilidad ¿de qué desarrollo?", en: *Páginas*, Nº 229, Lima, 2013, pág. 28.

²⁶¹ Umberto Breccia y otros señalan que "A la idea de expectativa se acude también en los supuestos de hecho sujetos a término de eficacia, o sea en las hipótesis en las cuales –como se dice más o menos correctamente- con el decurso de un dado período de tiempo se debería llegar a la adquisición de un derecho". BRECCIA, Umberto, y otros, *Derecho civil, Tomo I, Volumen I, Normas, sujetos y relación jurídica*, Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pág. 424. En nuestro sistema se puede hablar de expectativas con relación a la situación jurídica que se genera en pendencia de la condición suspensiva, de acuerdo a lo establecido al primer párrafo del artículo 173º del Código Civil, el cual señala que "Pendiente al condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios".

chance urbanística²⁶² (perspectiva dinámica); en otros casos, se encuentra vinculada al derecho posesorio²⁶³; y, en otras situaciones de afectación de intereses, a la responsabilidad civil por pérdida de la chance²⁶⁴.

Si bien es cierto, dicha expectativa privada puede ser perfectamente individualizada -sea en su perspectiva estática o dinámica-, ello no obsta a que puede constituirse -ciertamente, de manera menos perfecta- en la esfera pública.

Así, desde tal perspectiva pública, dicha situación jurídica puede ser identificada con aquella que ostenta el propio Estado -e incluso cualquier sujeto de derecho o la sociedad en su conjunto- con relación al desarrollo de la ciencia y la tecnología²⁶⁵; y que puede, por ello, ser reproducido en cualquier segmento de la población como un interés legítimo en tal desarrollo²⁶⁶.

Si bien es cierto la expectativa de hecho se desarrolla, inicialmente, en el Derecho privado, tiene una fisonomía²⁶⁷ (estructura) que hace posible su

²⁶² Señala Barbara Mastropietro que *"Il cessionario de la chance, titolare di un' aspettativa edificatoria collegata al rilascio del titolo abilitativo edilizio, sembra trovarsi, infatti, mutatis mutandis, nella stessa situazione giuridica in cui si trova l' acquirente di un (diritto di) credito futuro, titolare, come pur si sostiene, di una situazione autonoma di aspettativa rispetto al futuro acquisto, che è eventuale e comunque differito e irretroattivo"*. La traducción libre es la siguiente: **"El cesionario de una chance, titular de una expectativa edificatoria vinculada a liberar el título edificatorio edilicio, parece encontrarse, de hecho, mutatis mutandis, en la misma situación jurídica en la cual se encuentra el comprador de un (derecho de) crédito futuro, titular, como realmente se afirma, de una situación autónoma de expectativa respecto a la futura compra, que es posible y, de cualquier forma, diferida e irretroactiva"**. MASTROPIETRO, Barbara, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pág. 123-124.

²⁶³ Un supuesto expectaticio es el denominado *jus possidendi* "(...) que consiste cabalmente en la posición que un sujeto adopta frente a una res, respecto de la cual se comporta como si (entiéndase bien) fuera titular de la propiedad o de otro derecho real, pero *sin serlo*". BRECCIA, Umberto, y otros, Ob. cit., pág. 426.

²⁶⁴ La pérdida de la chance es un típico caso de afectación de expectativas de hecho (económicamente valorable y jurídicamente relevante).

²⁶⁵ Pero, asimismo, se constituye como un deber del Estado, si se toma en cuenta lo establecido en el artículo 7º de la Ley Nº 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales: "Es responsabilidad el Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del **conocimiento científico tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva. (...)**". Asimismo, el artículo 123º de la Ley General del Ambiente señala que **"La investigación científica y tecnológica está orientada, en forma prioritaria, a proteger la salud ambiental, optimizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y a prevenir el deterioro ambiental, tomando en cuenta el manejo de los fenómenos y factores que ponen en riesgo el ambiente; (...)"**. El énfasis es nuestro, aunque no tendríamos porqué serlo.

²⁶⁶ Interés que se encuentra disociado, por supuesto, de la "categoría" socio-política denominada percepción pública, que, en nuestro medio, suele ser objeto de manipulaciones y encubrimientos que distorsionan el desarrollo humano en su sentido más amplio. En efecto, la percepción pública muchas veces se encuentra cargada de emotividad que no permite el sinceramiento de la agenda pública.

²⁶⁷ La expresión resultaría pertinente si se tiene en cuenta que ya Jhering había señalado que el **derecho "(...) es un organismo objetivo de la libertad humana"**. JHERING, Rudolf von, *La dogmática jurídica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 17. Y, en consonancia con ello, en ese mismo contexto, señaló que **"Todo organismo puede ser considerado desde un doble punto**

aplicación en la esfera pública, si se reúnen las condiciones necesarias para su aplicación. Estas condiciones, que prefiguran la existencia de un posterior derecho subjetivo, son, en primer lugar, una situación jurídica de ventaja inactiva, la aún inexistencia de un derecho subjetivo -constituido plenamente-, y la verosimilitud de que su afectación diera lugar a inicio de acciones jurídicas o administrativas tendientes a recomponer la situación jurídica preexistente a la producción de la afectación de dicha expectativa.

Dicho esto, se puede establecer que, en efecto, existen expectativas en el desarrollo científico y tecnológico²⁶⁸, que todo país en vías de desarrollo debería reclamar como propias; y que pueden, incluso, deducirse válidamente de las normas que implementan -por lo menos declarativamente- dicho desarrollo manera directa o indirecta.

Ciertamente, estas expectativas no constituyen un derecho subjetivo bien logrado o absoluto, como sí sucede en el caso de la posición jurídica que ostentan algunos sujetos de derecho respecto a la biodiversidad (como bien eminente), como es el caso, en principio, del Estado, de los sujetos de derecho plurisubjetivos²⁶⁹, de los entes no personificados, de los colectivos con personería jurídica²⁷⁰ y de los colectivos no personificados²⁷¹.

Cabe señalar que las expectativas de las que hablamos podrían estar vinculadas al desarrollo biotecnológico, y ello puede advertirse, por ejemplo, en el protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología, del Convenio sobre la Diversidad Biológica²⁷²

de vista: anatómico y fisiológico. El primero tiene por objeto los elementos de este organismo y **su acción recíproca, o sea su estructura: el segundo sus funciones**". Ídem, pág. 18. Se debe resaltar que desde nuestro punto de vista la perspectiva de Ihering no se contrapone a la idea de que en el derecho hay mucho de arbitrario y poco de orgánico. Explicación que se desarrollará en otra inspección jurídica.

²⁶⁸ Existen, sin duda, otros factores que determinan que se está en el camino correcto desde el punto de vista del desarrollo extraeconómico, y que están sobrentendidos.

²⁶⁹ Personas jurídicas de derecho público o privado.

²⁷⁰ Como es el caso de las Comunidades Campesinas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, el cual señala que "**Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, (...) , o las Comunidades Indígenas.**

²⁷¹ Colectivos que si existiesen, naturalmente no ostentarían el estatus jurídico de Comunidad Campesina ni de Comunidad Indígena; sin embargo, serían sujetos de derecho, siempre que, en la hipótesis planteada, se encuentren vinculados por una historia cultural, geográfica y lingüística común.

²⁷² **"De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos".** La negrita es impuesta.

En resumen, las expectativas de desarrollo científico y tecnológico dependen, en gran medida, de la conservación de la biodiversidad, pues ésta es el sustento material para, precisamente, la investigación en biotecnología. Con ello se contribuiría, quizá, de manera significativa –por lo menos en aquel aspecto- al desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Ciertamente, no podríamos asegurar que en este desarrollo se encuentran –por lo menos en germen- todas las soluciones a muchos problemas públicos, pero lo que sí podríamos asegurar es que no hacerlo traería consecuencias en el incremento de dichos problemas, además de efectos nefastos a un país que, por cierto, ya tiene la exigencia de desarrollar dichas políticas. En ese sentido, el Estado no de soslayar que

*"La ciencia y la tecnología son componentes esenciales para un plan de desarrollo económico y social sostenible de un país. Con la aplicación del conocimiento científico y tecnológico se resuelven problemas relacionados con la obtención y utilización de energía, alimentos, tierra cultivable, agua potable, entre otros, y se mejora la productividad y la competitividad, constituyéndose en la base del crecimiento económico necesario para una mejor distribución de la riqueza y una mayor gobernabilidad"*²⁷³.

De este modo, un gobierno que omita desarrollar programas efectivos para el desarrollo científico y tecnológico o enmascare dicho desarrollo con incrementos burocráticos partidarios en el seno de la Administración vinculada a dicho progreso, execrando injustamente el potencial creativo no partidario que es impunemente desplazado sin mayor explicación que la de resultados de concursos a todas luces irregulares, condenará a la sociedad y al individuo al oscurantismo, y en consecuencia, estos factores jamás podrán aspirar tan siquiera al estímulo del conocimiento y quedarán relegados al estado de una parasitaria simbiosis con el irracional hiper-consumismo tecnologizado, y, lo que es peor, con la injusticia y la ignorancia.

3. Sistema civil-ambiental de tutela preventiva y gestión ambiental

La regulación social es uno de los mecanismos con que cuenta el Estado a fin de ejercitar las políticas públicas en materia ambiental. De este modo, la regulación social en materia ambiental puede darse en el ámbito de las políticas públicas o en el de la gestión pública. Pero para que ello ocurra se requiere previamente estructurar el problema ambiental, precisar datos, construir estadísticas y, en algunos casos, someterse a las cifras.

²⁷³ MONTROYA, Modesto, *Políticas para impulsar la ciencia, la tecnología y la innovación tecnológica en el Perú*, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2011, pág. 77.

Sin embargo, no existe impedimento alguno para que dicha regulación pueda implementarse en casos específicos (*ad hoc*) en donde se vean comprometidos bienes de carácter público, como es el caso de la biodiversidad. Para que ello suceda se necesita de los instrumentos de gestión ambiental²⁷⁴, dentro de los cuales se encuentran los instrumentos de fiscalización ambiental que pueden desarrollarse en el marco de la aplicación de los principios preventivo y precautorio antes estudiados. Pero como hemos visto, estos principios no son suficientes, aunque se debe reconocer que las normas procedimentales que viabilizan la gestión ambiental no impiden que se incorporen elementos del Derecho Civil como es el caso de los deberes de protección.

Si bien es cierto, como quiera que por un lado aceptamos que lo importante es el aspecto técnico (y con ello nos acercamos al modelo racional de implementación de políticas públicas²⁷⁵), consideramos que dicho aspecto no puede ser el único a tomar en cuenta en nuestro medio, pues, por su propia naturaleza, éste mecanismo reclama de la incardinación de diversos esquemas²⁷⁶ que combinados, simultánea o sucesivamente, podrían ser útiles para solucionar algunos problemas ambientales. Y si bien es cierto ello es posible para casos específicos, nada obsta que bajo consideraciones semejantes se pueda establecer el mismo modelo de gestión para otros casos que guarden una vinculación sustancial con los primeros: diversos contratos de exploración o explotación en el periodo de ejecución contractual.

3.1. Externalidades, daño y responsabilidad civil-ambiental

Hay que recordar previamente que, como se sabe, las externalidades²⁷⁷ afectan la eficiencia económica del sistema, porque terminarán, en el

²⁷⁴ El artículo 17º, numeral 17.1, de la Ley General del Ambiente señala que "Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, (...) entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente ley".

²⁷⁵ Cabe señalar, sin embargo, que, de acuerdo con Lindblom, la formulación de políticas públicas no es un proceso claro, y, más bien, "El método «paso a paso» corre también el riesgo de caer en el supuesto de que la formulación de políticas se lleva a cabo mediante un proceso ordenado y racional, como el de escribir un artículo para un curso en la universidad con una introducción, un cuerpo principal y una conclusión, y con cada una de las partes consecutivas bien conectadas. El que las políticas públicas se elaboren de esta forma debería de ponerse en cuestión mas que **suponerse**". LINDBLOM, Charles, *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Porrúa, México, 1991, págs. 12-13.

²⁷⁶ Por ejemplo, el esquema planteado por Kelman revela que "El proceso trazado por políticas comienza a partir de ideas que tienen los ciudadanos acerca de acciones que quieren que el gobierno emprenda. Estas ideas se producen dentro de los procesos de gobierno. El resultado es un conjunto de acciones gubernamentales (o inacciones) que tienen efecto en la vida de la gente, **sea positivo o negativo**". KELMAN, Steven, *La política pública en el estado moderno*, Grupo editor latinoamericano, Buenos Aires, 1992, pág. 15.

²⁷⁷ Asimismo, se debe recordar que "Las externalidades pueden dividirse en positivas y negativas, dependiendo de que los individuos disfruten de beneficios adicionales que no han pagado o sufran costes adicionales que no han asumido". STIGLITZ, Joseph, *Principios de microeconomía*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994. pág. 639. Asimismo, cabe mencionar que "Existen muchos tipos de

corto o mediano plazo, afectando bienes públicos o privados; lo que constituye, de suyo, una falla en el mercado.

De este modo, "El hecho de que el mercado no recoja plenamente los costes y los beneficios de una transacción constituye un ejemplo clásico de fallo del mercado y un caso en el que podría desempeñar un papel importante el sector público"²⁷⁸. Ello, en efecto, determinaría bajo un análisis costo-beneficio²⁷⁹ la intervención del regulador, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional "(...) toda regulación debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos"²⁸⁰.

Frente a tal situación, debemos recordar que "Uno de los principales papeles económicos del Estado es corregir la ineficiencia que provocan las externalidades"²⁸¹, pues un sustancial rol del mismo debe estar marcado por la eficiencia como criterio científico²⁸²; de ahí que, desde el punto de vista civil, podemos señalar que el hecho de que no se internalice el costo económico del daño que podría producirse constituiría un caso de enriquecimiento ilícito o sin causa, puesto que será el medio

externalidades negativas, pero quizá los más evidentes sean los que dañan al medio ambiente y agotan con excesiva rapidez los recursos naturales". Ídem, 641.

²⁷⁸ Ídem.

²⁷⁹ De acuerdo con Eduardo Quintana "El análisis costo-beneficio (ACB) exige hacer una evaluación rigurosa de los costos de cada medida regulatoria para compararlos con el beneficio esperado, a fin de seleccionar aquella alternativa que previsiblemente esperada arrojará el máximo beneficio neto". QUINTANA, Eduardo, Ob. cit., pág. 19.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, párrafo 9, 22 de julio de 2003. No puede negarse que en nuestro país han habido voces que, contraponiéndose a lo señalado anteriormente, han sostenido que "En un sistema proteccionista y regulatorio, la actividad del Estado tiende a reemplazar las decisiones de los individuos en el mercado; es decir, la voluntad de los burócratas estatales reemplaza a la voluntad de los individuos con la consiguiente pérdida de libertad y eficiencia. La libertad supone dejar a los individuos tomar sus propias decisiones en un mercado en el que hay libertad para conseguir la información necesaria, y supone también que los individuos se hagan responsables por sus propias decisiones y que asuman los riesgos derivados de esas decisiones". NODA YAMADA, Carlos, "Eficiencia y Libertad: El Verdadero Rol del Estado II", En: Derecho y Sociedad, II Etapa, N° 13, Lima, 1998, pág. 222. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que para que puedan desarrollarse procesos de competencia eficientes en un escenario de libertad, es necesario que ésta pueda desplegarse ostensiblemente, y sin impedimentos generados por factores exógenos al mercado que perturben el despliegue de la toma de decisiones o infiltren elementos que distorsionen ilegal o ilegítimamente el resultado más eficiente. Frente a esas perturbaciones es el Estado quien debería asumir la regulación que corresponda, inclusive para regular su individual actuación-agencia cuando ésta es poco eficaz y perturbadora para el propio mercado.

²⁸¹ STIGLITZ, Joseph, Ob. cit., pág. 641.

²⁸² NODA YAMADA, Carlos, Ob. cit., pág. 224. La cita en sentido literal es: "El verdadero rol del Estado debe estar marcado por la eficiencia como criterio científico". Ciertamente, la expresión es persuasiva, aunque no del todo satisfactoria desde el punto de vista económico y lógico, pues intenta pasar como verdadero aquello que es importante (o más importante). En ese sentido, hay que resaltar que, aunque compartimos la idea que de una finalidad destacable del Estado se encuentra en lograr la eficiencia como parámetro científico, se debe establecer que dicho rol no es pasible de ser calificado como verdadero (o falso), pues el predicado verdadero, atribuible al concepto rol (agencia, desenvolvimiento, papel, etc.) no satisface completamente el contenido de dicha calificación en su relación semántica con el objeto-actividad del Estado.

ambiente y con ello el Estado (o la sociedad) y, asimismo, las generaciones futuras quienes deberán asumir dicho costo sin una razón de orden económico ni jurídico para ello, por lo que, en consecuencia, dicho costo económico debería internalizarse sea con el mecanismo de la prevención o con el pago de la prestación indemnizatoria. En el primer caso estamos frente a la aplicación de la figura de los deberes de protección y en el segundo caso frente a la provincia de la responsabilidad civil.

Así, dado el caso de la producción del evento dañoso, el concesionario debería tolerar, además de la sanción administrativa, el costo económico del daño ambiental²⁸³ que pudiera ocasionarse, en forma exclusiva y excluyente, por cuanto es de aplicación el sistema de prevención unilateral a la situación de vulnerabilidad y exposición física inmediata de la biodiversidad frente al control del hecho potencialmente dañoso que debería haber ejercido el concesionario.

Cabe señalar que, desde la perspectiva de la Ley General del Ambiente, la causa generadora del daño ambiental puede ser una actuación que contravenga o no una disposición jurídica; por lo que, sea como fuere, la inobservancia de los deberes de protección siempre serían considerados como hechos generadores del daño. Al respecto el artículo 142.2 de la **referida Ley dispone que "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". La negrita es nuestra.**

En efecto, si el concesionario, a sabiendas que le corresponde la ejecución de determinados deberes como resultado del principio de buena fe y del sistema de prevención unilateral, no ejecuta las acciones necesarias para evitar el daño –independientemente de si se contravino o no una disposición jurídica²⁸⁴- ello, sin duda, sí resultaría ineficiente tanto

²⁸³ De acuerdo con Guido Alpa – en el marco de un estudio realizado por el mismo sobre los orígenes del concepto daño ambiental- la noción de daño ambiental puede explayarse, entonces, en la noción de «daño causado al medio ambiente». El primer término señala, de inmediato, el debate actual en torno a las funciones de la responsabilidad civil y de las técnicas de sanción de los comportamientos ilícitos. El segundo término es indicativo de la temática de los intereses y de los bienes privados y públicos. Estamos, pues, frente a una noción en la que se entrecruzan dos importantes corrientes culturales, que han dejado una marca indeleble en el desarrollo de los estudios realizados en ese sector". ALPA, Guido, Ob. cit., pág. 1005.

²⁸⁴ En el ámbito de la responsabilidad civil contractual, la disposición jurídica a la que nos referimos podría –sin mayor problema- ser distinta a la prevista en el artículo 1362º del Código Civil, o, en su defecto, no existir. En el ámbito de nuestra responsabilidad civil extracontractual (artículo 1969º del Código Civil), no está demás señalar que, desde una perspectiva semejante a la esbozada en el ámbito contractual, es posible sostener, de acuerdo a cierta autorizada interpretación del ya citado artículo 2043º del Código Civil italiano, que "(...) el requisito de injusticia contemplado por el legislador entre los presupuestos de la responsabilidad civil hace que sea posible sostener un principio de gran valor equitativo: a saber, la existencia en nuestro ordenamiento del deber general de *neminem laedere*, de no ocasionar daño a los demás si no

para el Estado como para él mismo, si no se toman en cuenta las medidas necesarias para la prevención del perjuicio²⁸⁵; máxime si el artículo 142.2 contiene una cláusula abierta para la identificación material del hecho dañoso.

Ciertamente, si el concesionario no encausa su conducta a pesar que su situación jurídica es fácilmente identificable, el escenario (económico) posible nos colocaría en un contexto de dialogo (si cabe el término) con una parte no racional de la relación obligatoria; lo que, de suyo, no es aceptable desde el punto de vista de un simple análisis costo-beneficio, o desde el enfoque pragmático de la simple consecución de acuerdos²⁸⁶.

Es por ello que podemos considerar que, en este punto, la prevención en términos de consustanciar los deberes de protección contractuales podría resultar siendo la medida más eficiente para la protección del medio ambiente; y más aún porque en las condiciones de conocimiento sobre los posibles efectos dañosos (aun en un escenario de incertidumbre científica) se sabe: *"La naturaleza especial del daño contractual (...) determinará que: c.1) La indemnización sea concebida tanto de naturaleza resarcitoria como sancionatoria. Se persigue reparar un daño, pero se hace depender la extensión de la indemnización de la mayor o menor culpabilidad del causante, (...)"*²⁸⁷.

Es decir, y en última instancia, el potencial resarcimiento –y por lo tanto, la desincentivación de ciertas conductas ineficientes- dependerá del grado de diligencia con el que se desenvuelva la prestación debida, y, como consecuencia de ello, también del grado de compromiso con el que se desarrolle el deber de seguridad del potencial agente causante del daño –concesionario, en nuestro caso-.

existe una causa idónea de justificación, aun cuando el hecho lesivo no estuviera previsto en una norma prohibitiva específica". SCHLESINGER, Piero, "La injusticia del daño en el ilícito civil", traducción de Leysser León, en: Themis N° 39, Lima, 1999, pág. 319.

²⁸⁵ Ello se hace más evidente en el caso de las Poblaciones Indígenas, debido a que el Convenio N° 169 (OIT) -referido precedentemente- en el numeral segundo de su artículo 15° señala que "(...) Los pueblos interesados [en la prospección o explotación de los recursos en sus tierras] deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

²⁸⁶ Richard Rorty ha señalado que "Si dejamos de pensar en la razón como una fuente de autoridad, y pensamos en ella simplemente como un proceso de consecución de acuerdos mediante la persuasión, entonces la dicotomía platónica y kantiana entre razón y sentimientos [deseos] comienza a desvanecerse". Por ello, dentro de las propuestas pragmáticas de Rorty hay una que explica: "(...) aconsejar a la gente que sea racional es simplemente sugerirles que en algún sitio entre las creencias y deseos compartidos deben existir suficientes recursos para permitir un acuerdo sobre como coexistir sin violencia". RORTY, Richard, "La justicia como libertad ampliada", en: Pragmatismo y política, Ediciones Paidós, Barcelona, 1998, pág. 121-122.

²⁸⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, Ob. cit., pág. 261. Cabe señalar que la cita expuesta corresponde al hecho de que el autor mencionado da cuenta de la visión dogmática que se tiene en materia de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento civil; y que es precisamente por ello materia de examen y crítica por el referido autor.

3.2. Los deberes de protección contractuales y su relación con la gestión preventiva en materia ambiental

Hay que tomar en cuenta que uno de los problemas fundamentales que atravesamos como sociedad es aún no haber definido la agenda política en materia de ciencia y tecnología, y quizá por ello no hemos definido con detalle en qué medida los pronunciamientos científicos vinculados a las decisiones en políticas públicas deberían ser considerados como pruebas de verdad definitiva o, simplemente, como instrumentos necesarios pero no suficientes para el desarrollo de políticas públicas o gestión en materias vinculadas precisamente a la ciencia y a la tecnología, como es el caso del medio ambiente²⁸⁸.

Tomar decisiones en materia de gestión pública –en ciencia y tecnología– en un contexto como el nuestro no resulta del todo sencillo; y más aún cuando se sabe, de acuerdo con MAJONE, que:

*"Cuando se intersecan la ciencia, la tecnología y la política entran en grave conflicto diferentes actitudes, perspectivas y reglas de la argumentación. Los criterios científicos de verdad chocan con las normas legales de las evidencias y con las nociones políticas de lo que constituye una base suficiente para la acción"*²⁸⁹.

De ahí que, si bien es cierto, hemos convenido que en casos complejos sea la autoridad científica quien emita la declaración de incertidumbre, también hay que señalar que la autoridad legal frente a la referida declaración, no debería dejar de lado el aspecto deliberativo que, en este caso, se constriñe a específicos ámbitos de análisis sobre la aplicación o no del principio precautorio.

En efecto, frente a este problema se pueden plantear un sin número de soluciones posibles, desde el ámbito administrativo, político, de gestión ambiental, como quiera que, de acuerdo a lo ya mencionado, nos enfrentamos a un sistema complejo y multidisciplinario.

Debemos recordar en este punto que, de acuerdo a la interpretación que hemos sostenido del contrato, como un instrumento que contiene dos aspectos (contenido y términos contractuales) que nos permite establecer que dicha figura puede ser intervenida en el ámbito de los deberes de **protección, es que "Aunque son cada vez más los que están de acuerdo en que es necesario la intervención del Estado para preservar el medio**

²⁸⁸ Por ello, compartimos la siguiente opinión de Lanegra Quispe: **"Las sociedades contemporáneas deben lidiar con un difícil dilema: usar la ciencia y la tecnología que poseen a pesar de la falta de certeza sobre los efectos de su aplicación, o no hacerlo y renunciar a sus posibles beneficios evitando al mismo tiempo eventuales daños"**. LANEGRA QUISPE, Iván, Ob. cit., pág. 99.

²⁸⁹ MAJONE, Giandomenico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pág. 38.

ambiente, el grado y el tipo de intervención continúan siendo objeto de debates”²⁹⁰

Sin embargo, antes de proponer alternativas de solución, es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional ha establecido –de manera general- que es posible la intervención del Estado cuando esta está plenamente justificada. Así, el referido órgano precisa que:

"c) aunque la discusión central que se ha planteado en el presente proceso gira en torno a determinar si el régimen normativo establecido en la norma cuestionada lesiona o no la libertad contractual y la inmutabilidad de los términos contractuales, este Colegiado considera que ello parte de un supuesto que de antemano debe descartarse: que los contratos en cuanto tales impiden, en lo absoluto, todo tipo de intervencionismo estatal; (...) h) debe quedar establecido, en todo caso, que cuando este Colegiado considera que la norma cuestionada es compatible con la Constitución y particularmente con el derecho de contratación, no está diciendo que todas las intervenciones del Estado sean constitucionalmente válidas, sino solamente puntualizando que, en el caso concreto, no se observa un proceder irrazonable, sino plenamente justificado”²⁹¹.

Seguidamente, la referida sentencia señala, en sustento la intervención del Estado, que el derecho a la contratación debe realizarse son fines lícitos:

²⁹⁰ STIGLITZ, Joseph, *La economía del sector público*, Antoni Bosch Editor, Tercera edición, Barcelona, 2000, pág. 248. Fuera del ámbito de la regulación social y en materia de regulación económica, específicamente en un estudio sobre el servicio universal en el sector eléctrico nacional, se ha señalado acertadamente, con relación a la crisis del Estado de Bienestar que “En buena cuenta, se trata de un replanteamiento del rol que cumple el Estado dentro de la economía, se busca que el Estado ceda el camino a los particulares para que éstos ejerzan su derecho de libertad de empresa e iniciativa privada. Empero, no es una cesión completa o absoluta porque el Estado debe señalar cuáles son las reglas y obligaciones mínimas que deben cumplir, a fin de velar por el bienestar del interés general”. CAIRAMPOMA, Alberto, “El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 12, Tomo II, Lima, 2012, pág. 177.

²⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA/TC, 30 de enero de 2004. De acuerdo con la mencionada sentencia, el objeto de la demanda consiste en que se declare inaplicable a determinadas Cooperativas de Trabajo la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626, “Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores”, de fecha 08 de enero del 2002, con la finalidad de que se respeten los términos contractuales de los acuerdos ya celebrados con la empresa usuaria, con anterioridad a la vigencia de la norma cuya inaplicación se solicita; señalando, además, que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la contratación, a la inmutabilidad de los términos contractuales y a la libertad de empresa. Tal segunda disposición señala que “Las empresas usuarias que hayan celebrado contratos de intermediación laboral fuera de los supuestos previstos en la presente Ley gozarán de un plazo de 90 (noventa) días naturales a partir de la publicación de la presente Ley para proceder a la adecuación correspondiente. Vencido el plazo anterior, si no se hubieran adecuado a las normas establecidas por la presente, se entenderá que los trabajadores destacados fuera de los supuestos de esta norma tienen contrato de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio del destaque, sin perjuicio de la sanción correspondiente tanto a esta empresa como a la respectiva entidad”. La negrita es impuesta.

"d) si bien el artículo 62º de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que la partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2º inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravenga leyes de orden público"²⁹².

Informa, adicionalmente, la sentencia en mención que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que, más bien, tiene dos tipos de límites:

"Por consiguiente, (...) es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, (...) permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a la normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos"²⁹³.

Ciertamente, uno de esos límites explícitos, que no ha sido mencionado la referida sentencia, es aquel vinculado a la no afectación de las normas imperativas. En efecto, un caso de norma de este tipo –como oportunamente ha sido comentado– es la clausula normativa general prevista en el artículo 1362º del Código Civil, por lo que, en principio, no podría contravenirse los deberes de protección y, en segundo lugar, el Estado estaría obligado²⁹⁴ a ejercitar las acciones necesarias para reconducir la actividad empresarial dañosa por el cauce de la licitud de su propia conducta; lo que resulta, en efecto, plenamente justificado y razonable.

De este modo, en el caso de la presente investigación, una de las posibles soluciones a la afectación de la biodiversidad está en el diseño de la norma jurídica que incorpore precisamente a los deberes de protección como parte de la carga obligatoria del agente causante del daño, en un contexto de desenvolvimiento del contrato de concesión, para que aquel ajuste su conducta a lo dispuesto por dichos deberes.

²⁹² *Ibídem*. El artículo 2º, inciso 14) de la Constitución establece que "Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público".

²⁹³ *Ibídem*.

²⁹⁴ Cabe precisar que en la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada se ha precisado que "g) (...) Ya que ello se ha venido observando a raíz del proceder de las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, el Estado no solo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador". La negrita es impuesta.

En sentido estricto, aunque no se necesite una norma específica para construir una obligación en la esfera jurídica del concesionario del contrato de explotación de recursos naturales, puede utilizarse la función normativa del Estado para la elaboración de la norma jurídica que contenga a los deberes de protección, o, para ser más estrictos, que constriña al concesionario a desarrollar dichos deberes, bajo el esquema de una norma sancionadora.

Dentro de las potestades que ostenta la Administración estatal en el sector ambiental se encuentra la función normativa, prevista en el literal a) (segundo párrafo) del artículo 11.2° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental²⁹⁵. Y, más allá de las posibles interpretaciones que puedan realizarse sobre dicha norma, consideramos que es la base legal para la creación de la *norma regulatoria* que encauce a los deberes de protección contractuales, como se mencionó, dentro del esquema sancionador. No hacerlo, determinaría la afectación de los artículos 58° y 65° de la Constitución.

De este modo, y con relación al artículo 58° antes mencionado, se debe resaltar que el Tribunal Constitucional ha señalado:

*"Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva"*²⁹⁶.

La referida sentencia expresa posteriormente:

"(...) el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la económica es la «no regulación», es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y la solidaridad [sic] un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto

²⁹⁵ El mencionado dispositivo señala: "El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones: a) Función Normativa: (...) En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas". El énfasis es nuestro.

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, párrafo 7, 22 de julio de 2003.

desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad”²⁹⁷

Bajo la misma premisa señala finalmente que

“(...) la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones ex ante –regulaciones previas-, o ex post- sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atender contra los valores de un mercado eficiente y humano-”²⁹⁸.

De otro lado, se produciría además una afectación del mandato contenido en la segunda parte del artículo 65° de la Constitución²⁹⁹, que no se constriñe solo a la tutela de los consumidores y usuarios de determinados bienes o servicios, sino que, desde nuestro punto de vista, se extiende a cualquier situación en donde se pueda afectar la salud y la seguridad de la población, y asimismo a un derecho al medio ambiente saludable³⁰⁰, que sería, en este caso, una composición posible desde el punto de vista no solo de la tutela de intereses individuales, sino, también, de la tutela de intereses colectivos.

Ciertamente, existe un deber especial de protección del Estado que emerge del artículo antes mencionado –distinto a los deberes de protección contractuales- cuya función radica en la protección de los derechos fundamentales. Al respecto el sexto considerando de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0858-2003-AA/TC, ha precisado que

“(...) el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto,

²⁹⁷ Ídem, parágrafo 8.

²⁹⁸ Íbidem.

²⁹⁹ La parte correspondiente del artículo 65° de la Constitución señala que “Asimismo vela, [El Estado], en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

³⁰⁰ Con relación a la sentencia de las Sezioni Unite n. 5172 del 6 de septiembre de 1979 ha señalado Guido Alpa que “(...) la protección adquiere un «contenido de sociabilidad y de seguridad, por el cual el derecho a la salud, más que como mero derecho a la vida y a la incolumidad física (o además de ello), se configura como un derecho al medio ambiente saludable”. ALPA, Guido, Ob. cit., pág. 1011. El énfasis es nuestro. Parte de la sentencia en mención es citada por Guido Alpa, la cual señala que “(...) la protección jurídica «no se limita a la incolumidad física del ser humano, visto como inmóvil y aislado en su morada [...], sino que se extiende [...] a la vida en sociedad del ser humano, en los lugares de las distintas agrupaciones en las que ella se organiza, y se extiende también, con miras a su efectividad, a la preservación, en dichos lugares, de las condiciones indispensables, o cuando menos propicias, para la salud»”. Ídem. El énfasis es nuestro.

tiene, en relación con los derechos fundamentales, un «deber especial de protección»³⁰¹.

En ese sentido, en la misma sentencia (en su fundamento octavo) se ha mencionado que el deber especial de protección

"(...) es, en principio, indeterminado, e impone a los órganos del Estado, in suo ordine, que establezcan o adopten todas las medidas necesarias y adecuadas destinadas a preservar, proteger e, incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente protegidos, cuando éstos han sido vulnerados o puestos en peligro por obra de terceros"³⁰².

En efecto, para establecer dichas medidas necesarias, se puede dar uso de dos modelos de exigibilidad de cumplimiento de la regulación (de observancia y de disuasión)³⁰³ para la implementación de la función normativa que desarrolle los deberes de protección y que se podrían aplicarse sucesivamente³⁰⁴ frente a situaciones de incertidumbre científica, como quiera que el derecho humano al medio ambiente sano es, precisamente, un derecho fundamental.

Hay que tomar en cuenta que nuestro enfoque preventivo de la configuración dañosa guarda vinculación con la exigibilidad de la regulación, precisamente, de los deberes de protección, así como, en términos de costos³⁰⁵, frente a un escenario de incertidumbre científica con relación al daño que pudiera acaecer.

3.3. Ventajas en la aplicación de los deberes de protección contractuales. Los límites y alcances de su regulación previa

En el actual escenario de las contrataciones realizadas entre los concesionarios y el Estado, podemos localizar dos situaciones contractuales que hay que tomar en consideración, debido a que éstas tienen efectos relevantes respecto a la regulación *ad hoc* (ex pos) que estamos proponiendo. Dichas situaciones se advierten asociadas tanto a los contratos ya celebrados como también a aquellos que están por celebrarse.

³⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, 24 de marzo de 2004.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ **Los dos modelos antes mencionados son los siguientes:** "El modelo de observancia enfatiza el uso de medidas de mínima persecución con el fin de buscar el cumplimiento de la ley. Puede ser, por tanto: Persuasiva: cuando los funcionarios educan, coaccionan y convencen, siendo más flexible y acomodaticia. Insistente: cuando es menos flexible y los funcionarios van incrementando la presión pues la observancia no se está produciendo en el tiempo esperado (...). El modelo de disuasión, más bien, enfatiza el uso de medidas penales y persecutorias con el fin de motivar la no realización futura de infracciones". ALZA, Carlos, Ob. cit., pág. 253.

³⁰⁴ Carlos Alza precisa "(...) que los modelos de observancia y disuasión no son contrarios ni excluyentes". *Ídem*, pág. 254.

³⁰⁵ Cabe mencionar que "Los enfoques preventivos se aplican cuando los costos de rectificar un estado de cosas dañoso podrían ser muy grandes, o cuando el daño potencialmente catastrófico podría aumentar". *Ídem*, pág. 255.

La primera situación jurídica –y desde nuestro punto de vista la más importante, pues a este particular tipo de contratos se dirige nuestra investigación- se encuentra ligada a los contratos de concesión ya celebrados. Al respecto, debemos recordar que, de acuerdo al **“Reporte de conflictos sociales N° 113” de la Defensoría del Pueblo**³⁰⁶, existen no pocas situaciones de conflicto ambiental relacionadas a la actividad minera y carburífera, principalmente. Y si bien no es posible atribuirse dicha situación de conflicto, en todos los casos, a las estipulaciones contractuales preexistentes, no obstante, podemos sostener válidamente que muy probablemente de haberse regulado cláusulas más efectivas y previsibles, para los casos correspondientes, no tendríamos el *resultado*³⁰⁷ poco alentador que se advierte en el referido informe.

Ciertamente, ello no descarta que las estipulaciones contractuales no sean, en algunos casos, del todo protectoras, como quiera que las partes del contrato no son generalmente eficientes agentes de intercambio, y debido a que tampoco se encuentran desarrollando acuerdos altamente eficientes si se supone un contexto de mercado ideal. De este modo, es posible sostener, en este punto, que podría existir una ventaja comparativa de los deberes de protección (respecto de terceros), frente al sistema de tutela preventivo (típico), en hipótesis regulatorias que se desplieguen con posterioridad a la celebración del contrato.

Una segunda situación jurídica -que vale la pena comentar- es aquella en donde se puede regular en el programa contractual los deberes de protección; lo que, en teoría, dejaría menos insatisfechos no solo a ambas partes, sino, también, a los terceros (anónimos) interesados en el cumplimiento funcional del acuerdo, siempre que se entienda que los deberes de protección lo son respecto del tercero -quien se podría ver afectado en un interés propio, pero ligado a un interés público ambiental³⁰⁸-, y no del medio ambiente³⁰⁹.

³⁰⁶ Ya examinado en el Título II de la Sección I del presente estudio. En dicho reporte se establece que los conflictos socioambientales activos y latentes registrados en julio del 2013 corresponden al 72.3 % (107 casos). DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, Ob. cit., pág. 13.

³⁰⁷ Ahora bien, no cabe duda que, en parte, dichos resultados se deben a ineficiencias causadas por el propio Estado en su condición de, según corresponda, agente negociador, regulador, fiscalizador, o promotor de la inversión (y es de suponerse que dicha deficiencia transita –en los casos que corresponda- desde la negociación hasta la ejecución de contratos para la explotación de recursos).

³⁰⁸ Las comunidades campesinas o nativas son un buen ejemplo de tercero con interés no solo individual sino, también, supraindividual (en la biodiversidad), en la conservación del medio ambiente.

³⁰⁹ En el supuesto que se entienda que los deberes de protección se programan en función del medio ambiente, en general, y no de los terceros, dicha reglamentación no incluiría bajo dicho régimen, en primer lugar, a los terceros (en general) que podrían verse afectados frente a actividades que están reguladas dentro del contrato, y que conforman su legítima disciplina, pues la regulación tuitiva se desenvuelve respecto del medio ambiente y no de aquellos.

Sin embargo, si se diera el hipotético caso de una regulación legítima de los deberes de protección (de terceros, antes que del medio ambiente, en general) a cargo de las partes, ello implicaría costos excesivos (de transacción) que probablemente ninguna de las partes estaría dispuesta a conceder, aunque no puede negarse que dicha regulación en esta segunda situación contractual sería la mejor opción frente a daños no previsibles que involucren la esfera ambiental.

Con esta precisión, se debe tomar en cuenta que una reglamentación contractual que no implique costos excesivos **"(...) se realizaría** sólo en una situación próxima a un mercado ideal, en el cual los contratantes tengan un perfecto conocimiento de todos los datos de la producción y se **comporten de modo perfectamente racional, (...)**³¹⁰.

Aún con todo, y con esta salvedad que hemos precisado de que la regulación de los deberes de protección sería posible en un escenario casi ideal, dicha posibilidad de regulación no debería ser descartada. Si es así, ello constituiría (en teoría, como ya se mencionó) una mejor garantía para la tutela preventiva del medio ambiente, pues éste diseño -aunque no del todo probable- consumiría una función semejante a la que le estamos atribuyendo al órgano de fiscalización ambiental, siempre que el tercero supiera de antemano que, en efecto, existe dicha cláusula remota que disciplina una tutela de sus intereses, cuando éstos están vinculados a la biodiversidad, por ejemplo.

Hay que señalar, además, que si bien los deberes de protección frente a terceros podrían agotarse en estipulaciones contractuales que razonablemente puedan incluirlos, hay que recordar que por definición éste tercero no ha tenido -no podría ser de otro modo- la opción de incorporar todos sus intereses (individuales y socioambientales) previamente dentro del programa contractual; lo que haría infructuoso hacer un cálculo previo sobre el resarcimiento de los mismos por la vía contractual en hipótesis dañosas, como quiera que el recurso a la información en estos casos incrementaría los costos de transacción, lo que determinaría a su vez que los incentivos no sean los mismos al del acuerdo primigenio con exclusión del tercero, y por lo tanto haría más oneroso dicho contrato.

Aún con todo, dicha situación hipotética también resultaría en algo ventajosa respecto del sistema típico, pues a éste diseño le sigue, en caso de incumplimiento de la cláusula antedicha, la aplicación del sistema de responsabilidad civil contractual, que es lo suficientemente persuasivo para desencadenar un reordenamiento de la conducta del concesionario a favor de la tutela preventiva de los intereses del tercero, aunque éste no

³¹⁰ TRIMARCHI, Pietro, Ob. cit., pág. 92.

lo sepa; intereses que siempre estarán alineados con el interés público en caso de la tutela de la biodiversidad.

En realidad, cabe anotar que los terceros extraños a la relación contractual son los agentes que eventualmente están en mejores condiciones –incluso, mejor que el propio Estado- de poder detectar situaciones de riesgo respecto de sus propios intereses tanto individuales como colectivos –en donde podrían catalogarse, también, bienes naturales en estado silvestre pasibles de tutela a través de los deberes de protección-, estimulados por comunicaciones preventivas que realice el órgano competente del propio Estado, en paralelo, por supuesto, con la implementación de las medidas sancionadoras, si fuera el caso.

En consecuencia, si bien es cierto que, dentro de un sistema de prevención unilateral es determinante que ciertos tipos de daños puedan ser previsibles y, en ese sentido, se pueda actuar de conformidad a un parámetro objetivo de conducta, de otro lado, es imposible predecir todos los daños que podrían acaecer frente a terceros, pues éstos no pueden regularse pormenorizadamente *ex ante*. Si fuera el caso que pudieran tipificarse preventivamente todo tipo de daños no tendría mucho sentido la apelación al principio precautorio o preventivo, pues la dificultad que ofrece su aplicación particularmente en el caso del primero de los nombrados permite aseverar que los deberes de protección pueden ser, si bien no un sustituto del sistema de tutela ambiental, sí un instrumento (civil) coadyuvante del referido sistema típico.

En efecto, siempre es posible que, más allá de las estipulaciones, puedan existir situaciones sobrevinientes no calificadas en el momento de la celebración del contrato que sean pasibles de tutela no por la vía de la estipulación contractual, sino por la vía de la cláusula genérica del principio de buena fe.

Asimismo, se debe tener presente que otra de las ventajas de la regulación *ad hoc* se advertiría en hipótesis de una aparente *culpa leve*³¹¹ por parte del concesionario. Así, cuando los daños propiamente contractuales se deben a dicha culpa, formalmente hablando el resarcimiento se extiende hasta los daños previsibles –y no así hasta los daños imprevisibles³¹².

Precisamente, éstos últimos tipos de daños son pasibles de ser cubiertos por la cláusula genérica de buena fe, pues no podría sostenerse que, a sabiendas de la implementación normativa posterior de dichos deberes,

³¹¹ De acuerdo al artículo 1320º del Código Civil “Actúa con culpa leve quien omite la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

³¹² El tercer párrafo del artículo 1321º del Código Civil señala que “(...) Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

por parte del órgano competente, se quiera ocultar en el disfraz de la *culpa leve* la conducta del concesionario, pues ésta, al implicar la omisión de la diligencia ordinaria requerida, no podría sustentarse pacíficamente en dicha culpa, como quiera que quien omita el comportamiento diligente a sabiendas que no debe omitirlo (pues ya ha sido conminado a ajustar su conducta a favor de los deberes de protección del tercero), incurre más bien en culpa grave³¹³.

Ello, como se puede apreciar, constituiría un supuesto que cubriría en términos resarcitorios hasta los daños imprevisibles, si es que aceptásemos la disciplina de la regulación posterior de tales deberes. Esta es otra ventaja comparativa de los deberes de protección respecto de los principios precautorio y preventivo.

Es por ello que, en breve, la construcción de la norma a través de la gestión *ad hoc* cumple algunas funciones importantes que no pretenden ser definitivas. La primera de ellas es incentivar en sede judicial una construcción jurídica acorde con los verdaderos lineamientos que propugna el referido principio³¹⁴; en segundo lugar, contribuir a la tutela preventiva de situaciones que no han sido posibles de prever en el momento de la celebración del contrato de concesión; en tercer lugar, estimular el sistema de prevención unilateral de cara a la responsabilidad civil, pues con la identificación de las omisiones o negligencias de parte del concesionario, éste se pone en franca evidencia frente al sistema sancionador como al de la responsabilidad civil, por cuanto los deberes de protección son exigibles aún cuando no se necesite tipificación para ello. Y finalmente, contribuir al incremento de la exigibilidad de las normas jurídicas a través del sistema persuasivo, antes que el coercitivo.

Como ya ha sido mencionada, nuestra mejor hipótesis para la aplicación de los deberes de protección, a través de una regulación *ad hoc*, se da en aquel supuesto de contratos ya celebrados, por lo que no sería fácil sostener que dichos contratos son del todo invulnerables.

3.4. El contrato invulnerable, y la gestión ambiental *ad hoc* para la tutela preventiva de la biodiversidad y la biotecnología

Como se podrá deducir, existe una vinculación entre la biodiversidad y la biotecnología, que es un reflejo concreto de la relación existente entre el medio ambiente y el artefacto, entre naturaleza y cultura. Es inevitable

³¹³ De acuerdo al artículo 1319º del Código Civil "Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación".

³¹⁴ Como hemos señalado en la Sección primera, el hecho de que la buena fe objetiva no haya sido conceptualizada en nuestro medio -por lo menos no a nivel jurisdiccional-, si bien podría deberse a la ausencia de conocimientos sobre interpretación de ciertas figuras jurídicas, también es cierto que contribuye a dicho despropósito la forma cómo funciona nuestro sistema jurisdiccional, y con él el operador judicial: casi siempre subordinado a la catalogación de supuestos de hecho y poco proclive a la creatividad.

que ello suceda, y más aún en países que, como el nuestro, ostenta una posición privilegiada en materia de biodiversidad; hecho que puede ser aprovechable tanto por las actuales generaciones como por las generaciones futuras, siempre que dicha riqueza biológica sea, en principio, no afectada de forma irreversible y, asimismo, sea pasible de insertársele mayor valor agregado a través del desarrollo de la biotecnología. Francisco SAGASTI señala que:

*"Los planteamientos acerca de darle mayor valor agregado a los recursos naturales pueden extenderse hacia la creación de capacidades en ciencia, tecnología e innovación que integren el uso sustentable y eficiente de los recursos naturales con la producción de conocimientos científicos y tecnológicos de avanzada"*³¹⁵.

Bajo estas premisas, y de acuerdo a la legislación existente³¹⁶, es que el Estado tiene la obligación de invertir en investigación científica sobre la biodiversidad, con fines tecnológicos³¹⁷ y biotecnológicos³¹⁸, principalmente por las razones que de manera resumida a continuación explicaremos.

En primer lugar, por razones económicas³¹⁹; debido a que no aprovechar (racionalmente) el recurso diversidad biológica para éstos fines biotecnológicos constituiría un desperdicio injusto³²⁰. Ello trae,

³¹⁵ SAGASTI, Francisco, Ob. cit., pág. 184.

³¹⁶ El artículo 9º de la Ley Nº 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, señala que **"El Estado promueve la investigación científica y tecnológica** sobre la diversidad, calidad, composición, potencialidad y gestión de los recursos naturales. Promueve asimismo la información y el conocimiento sobre los recursos naturales. Para estos efectos, podrán otorgarse permisos para investigación en materia de recursos naturales incluso sobre recursos materia de aprovechamiento, siempre que no perturben el ejercicio de los derechos **concedidos por títulos anteriores"**.

³¹⁷ Si bien es cierto no podemos descartar las incidencias (positivas o negativas) que podría tener el desarrollo biotecnológico en diversos ámbitos del quehacer humano, sabemos, hoy, que la tecnología (debidamente regulada) no debería afectar el desarrollo humano, sino, muy por el contrario, debería, las más de la veces, incrementarlo. Por ejemplo, en materia de regulación e innovación tecnológica en el ámbito del servicio público de telecomunicaciones, coincidimos con el hecho de que **"La capacidad de comunicación entre los seres humanos no ha sido la excepción,** con los importantes desarrollos científicos y tecnológicos que han beneficiado a las **telecomunicaciones"**. MOSCOL, Alejandro, **"Regulación e Innovación Tecnológica: apuntes para una revisión de la Protección al Consumidor en los Servicios Públicos de Telecomunicaciones"**, Revista de Derecho Administrativo, Nº 10, Tomo II, Lima, 2011, pág. 175.

³¹⁸ De acuerdo al artículo 105º de la Ley General del Ambiente **"El Estado promueve el uso de la biotecnología de modo consistente con la conservación de los recursos biológicos, la protección del ambiente y la salud de las personas"**.

³¹⁹ Klaus Jaffé señala que **"La consecuencia más importante de la aparición del método científico experimental fue el acelerado desarrollo de la tecnología que a su vez disparó la Revolución Industrial provocando un crecimiento económico exponencial"**. JAFFÉ, Klaus, *¿Qué es la ciencia? Una visión interdisciplinaria*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, pág. 31.

³²⁰ Recordemos el principio de análisis económico del derecho según el cual en una sociedad con bienes escasos el desperdicio es injusto. En sentido complementario, hay que tomar en cuenta que, de acuerdo con Francisco Sagasti, **"La gran variedad de ecosistemas y la extraordinaria biodiversidad que tiene el Perú, consecuencia de sus difícil geografía, constituye un escenario privilegiado para realizar una amplia gama de actividades productivas que requieren de**

naturalmente, una consecuencia adicional consistente en el desaprovechamiento de los potenciales capitales que podría ser derivados de la explotación de las patentes de invención³²¹.

En segundo lugar, por motivaciones propiamente científicas; ya que dicha inacción nos colocaría en una situación de desventaja comparativa respecto al resto de países de la región, y desincentivaría, aún más, el estudio de las ciencias básicas y naturales, tan necesarias en un país que ostenta los insumos necesarios para dichas investigaciones.

En tercer lugar, por razones educativas; pues, no promover la investigación en materia de biodiversidad constituiría un desprecio (implícito) no solo del conocimiento biológico y científico, sino también de las competencias personales que podrían potencializarse con el estudio de disciplinas que generarían un mayor rendimiento educativo y, además, cultural en nuestro medio.

En cuarto lugar, por razones éticas, debido a que el desarrollo científico y tecnológico tiene como fuente, desde nuestro punto de vista, un imperativo moral (implícito) consistente en contribuir a que las generaciones presentes, así como las futuras, puedan utilizar la herramienta racional sin escepticismo. Ello implica un tratamiento no fanático de la ciencia y la tecnología, ya que, desde el racionalismo crítico se puede incrementar la posibilidad de control social y jurídico de estos mismos desarrollos; lo que redundará en el mediano plazo en la construcción de un mejor ciudadano.

En quinto lugar, por fundamentos sociales; ya que se sabe que en los países con un nivel de desarrollo científico significativo acaece, como consecuencia de ello, un valor agregado en el aspecto social y cívico.

En sexto lugar, por razones históricas; porque de lo que se trata en este periodo de nuestra historia es de contrarrestar la poca efectividad que hemos tendido en el pasado con relación a la investigación científica por causas vinculadas, desde nuestro punto de vista, fundamentalmente, a la herencia colonial³²².

condiciones biofísicas distintas y utilizan diferentes especies biológicas". SAGASTI, Francisco, Ob. cit., pág. 187.

³²¹ Hay que tomar en cuenta que "La investigación científica y tecnológica da lugar a innovaciones e inventos. (...) hay una relación directa entre el número de solicitudes de patentes y los valores del PBI: los países que cuentan con los mayores números de solicitudes de patentes son los que tienen los mayores valores del PBI". MONTOYA, Modesto, Ob. Cit., pág. 77. Tomamos con mesura la dicha aseveración pues el PBI no siempre refleja resultados adecuados en términos de desarrollo humano; sin embargo, resulta necesario admitirla preliminarmente como un primer esfuerzo –pero no el único- para dicho desarrollo.

³²² Cabe añadir, sin embargo, que, en el contexto latinoamericano, existe un diagnóstico sobre las posibles causas que han determinado el escaso avance que se ha tenido hasta la fecha en investigación científica. Precisamente, Francisco Sagasti hace mención a algunas de las explicaciones que con relación a ello existen: "una herencia cultural que se remonta a la época

En séptimo lugar, por asuntos de defensa nacional³²³; puesto que la inobservancia de dicho deber podría tener, en el mediano o largo plazo, efectos negativos en un escenario de conflicto internacional, ya que se sabe perfectamente que el desarrollo científico y tecnológico constituyen un efectivo desincentivo para cualquier intento de agresión extranjera, cuando este desarrollo ha tenido un efecto en el campo del desarrollo armamentista (con finalidades disuasivas).

Frente a todo lo expuesto, debemos reconocer, en primer lugar, que estamos en un ámbito multidisciplinario; y, en tal sentido, mal haríamos en buscar soluciones a la problemática del medio ambiente solo desde el marco de la especialización, esto es, solo desde la disciplina ambiental; y más aún porque la biodiversidad constituye un sistema complejo, por lo que su tratamiento exige la colaboración, por fuerza, de otras disciplinas (jurídicas o extrajurídicas).

Por ello, consideramos que los contratos para la explotación de recursos naturales, e inclusive los contratos ley, no son del todo invulnerables, sino que, como hemos sostenido, antes bien, pueden ser susceptibles de una regulación posterior, en este caso, por parte de la Autoridad Administrativa que, en virtud de sus propias competencias fiscalizadoras puede -a nivel persuasivo- determinar la elaboración más detallada de los deberes de protección para la simple ejecución por parte del concesionario de dichos comportamientos en el marco, ya, de un contrato regulado socialmente.

colonial y que no puso énfasis en la utilización práctica del conocimiento científico y tecnológico; la subordinación de las economías de la región que dependieron excesivamente de la inversión extranjera para obtener capital y tecnología; una desconexión entre los enclaves de inversión extranjera y las universidades e instituciones locales de investigación; unas variantes de la «maldición de los recursos naturales», que mantuvieron a América Latina como proveedora de materias primas fáciles de extraer y procesar, sin poder aumentar el contenido tecnológico de sus exportaciones; convulsiones de carácter político que impidieron continuar esfuerzos para consolidar capacidades científicas y tecnológicas; y una supuesta indiferencia de las autoridades políticas, tanto militares como civiles, que no fueron capaces de apreciar a tiempo el papel clave que juega la ciencia, tecnología e innovación en la sociedad del conocimiento que estamos viviendo en la actualidad". SAGASTI, Francisco, Ob. cit., pág. 15.

³²³ Klaus Jaffé señala que "La historia nos enseña que la ciencia define victorias. Las batallas de Austerlitz, Trafalgar e Hiroshima fueron ganadas por quienes manejaban el conocimiento científico más avanzado del momento y con mayor efectividad". JAFFÉ, Klaus, Ob. cit., pág. 31. Remarcamos que la ciencia y la tecnología deberían cumplir, desde nuestro punto de vista, en el campo de la defensa, una función básicamente disuasiva, preventiva, defensiva y correctiva; más no así ofensiva.

Conclusiones

- La estructura obligatoria debe constituirse satisfactoriamente en todos los escenarios obligacionales relevantes: desde el derecho privado hasta el derecho público.
- En términos funcionales, los deberes de protección contractuales constituyen especiales imposiciones (no coercitivas) que acompañan el desenvolvimiento de la relación obligatoria desde su nacimiento hasta su extinción.
- Los deberes de protección se diferencian de los deberes de diligencia en el sentido que los primeros buscan la conservación de los derechos fundamentales y patrimoniales, tanto del acreedor como de los terceros, mientras se da el cumplimiento de la prestación debida; en cambio, los segundos colaboran con la ejecución efectiva de dicha prestación, y, por lo tanto, están referidos al interés específico del acreedor, que se origina en la celebración del acuerdo.
- La función que se le otorga a los deberes de protección no se ha limitado a la tutela de los intereses específicos del acreedor, sino que se ha ampliado al de la protección de los intereses de los terceros cercanos, física y/o temporalmente hablando, al desarrollo de la prestación debida.
- El tercero, extraño a la relación contractual, ostenta un derecho tan constituido como la propia expectativa de hecho, asimilable, en primer término, a su situación jurídica de proximidad al desarrollo de la relación obligatoria; por lo que, la tutela de dicha posición tendrá, en determinado supuesto, un mayor respaldo en términos de tutela preventiva.
- Los deberes de protección contractuales implican ciertas conductas de conservación y/o tutela a favor del acreedor de la relación obligatoria, que constriñe a quien ostenta dicha situación jurídica a conservar y/o proteger los intereses patrimoniales, tanto como los intereses extra-obligacionales, del tercero.
- Las reglas de la buena fe son un consistente conjunto de comportamientos que pueden tomarse en cuenta (*ex ante*) como de

obligatorio cumplimiento, y que, atendiendo a su naturaleza, no se encuentran diseñadas de manera expresa en el ordenamiento jurídico; lo que no constituye un impedimento para su identificación.

- Los deberes de protección no resultan de una arbitrariedad legislativa al implementar el artículo 1362º del Código Civil o de la inapropiada interpretación del referido artículo, sino que son producto de una reconstrucción apropiada de una decisión legislativa que permite darle a las partes de la relación contractual –sea ésta pública o privada- mayores seguridades en el cumplimiento de las respectivas prestaciones.
- No pueden existir (actuando simultáneamente) dos o más figuras generales del contrato (una privada y una pública), como no pueden existir dos o más figuras generales sobre las obligaciones o el acto jurídico.
- No puede sostenerse válidamente que no exista una parte general del contrato que informe (bajo el ropaje del contrato privado previsto en el Libro VII de nuestro Código Civil) a todas la demás figuras contractuales dispersas en todo el sistema jurídico contractual, independientemente de si éstas figuras se encuentra en la esfera privada o pública.
- Al contrato público se le pueden aplicar las mismas normas que le son aplicables al Contrato (en general). El artículo 1362º del Código Civil sería una de esas normas que le serían aplicables, y, con ello, la teoría de los deberes de protección contractuales en el ámbito del contrato de concesión para la explotación de recursos naturales.
- El *principio* de buena fe es complementario al de los principios de tutela del medio ambiente, e informa, sin restricciones, a todo el sistema jurídico con relación a los alcances y limitaciones de las conductas obligacionales y deberes (genéricos o específicos), consecuenciales al contrato, según sea la naturaleza jurídica del escenario jurídico en que se pretenda aplicar.
- Los deberes de protección, que tienen el sustento de la buena fe para su aplicación práctica, seguirían la misma suerte en el ámbito de la contratación pública (específicamente del contrato de concesión para la explotación de recursos naturales), por cuanto existen intereses públicos extracontractuales que pueden ser mejor tutelados (preventivamente), siempre que la empresa beneficiada tuviera en cuenta el contenido semántico de dicho principio y su relevancia en todo el *iter* contractual.
- De otro lado, la heteronomía pública determina el nacimiento de los deberes de protección contractuales que, en nuestro caso, se construyen en base al deber de buena fe objetiva impuesto en el artículo 1362º del Código Civil.

- La *estructura del contrato* contiene no solo aspectos pre-jurídicos o jurídicos explícitos, sino, también, aspectos jurídicos implícitos, que determinan, articuladamente, la relevancia y la eficacia no solo de las obligaciones, sino, además, de ciertos deberes, cualquiera sea su género u origen. Dentro de los aspectos explícitos (pre-jurídicos) se tiene, por ejemplo, la autonomía privada (relativa, en el caso del contrato administrativo), los presupuestos subjetivos, etc; y dentro de los aspectos jurídicos explícitos se encuentran el deber de *diligencia*, la causa (*función administrativa*), el objeto y la manifestación de la voluntad (a través de *actos separables en el contrato administrativo*).
- Con la expresión *términos contractuales* previstos en el artículo 62° de la Constitución se determina que el contrato admita un contenido *implícito*, en donde se constituyen, y también reconstruyen, válidamente, los deberes de protección como categoría distinta a la de los, precisamente, términos contractuales.
- El contenido del contrato comprende a los términos contractuales y a los deberes de protección; dichos deberes tienen una naturaleza heteronómica y, por ello, son susceptibles de ser regulados o delimitados, de acuerdo, precisamente, a intereses de carácter público (externos al contrato), pero vinculados internamente con él.
- En el espacio público del contrato administrativo, el artículo 62° de la Constitución no tiene mayor trascendencia, pues este protege solamente **la "santidad" del espacio privado o la invulnerabilidad de dicho espacio.**
- El artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, contiene una *prohibición* expresa y un *mandato* implícito: la *prohibición* de no utilizar la *incertidumbre científica* como razón (argumento) para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente, y el *mandato* de, ante el peligro de daño grave o irreversible, se adopten medidas eficaces y eficientes para, en efecto, impedir la degradación del ambiente.
- El principio precautorio opera en un contexto de incertidumbre, y precisamente en este punto radica su mayor dificultad para, en principio, determinar su identificación real, ya que no necesariamente el proclamar que se está en un contexto de incertidumbre implica que, en la realidad, nos encontremos en dicho escenario.
- Convenimos en que la declaración de incertidumbre –solo para casos complejos- debe darse a través de un órgano especializado que, no obstante no exista en este momento en nuestro sistema de tutela ambiental, puede, en lo inmediato, con su implementación, actuar coordinadamente con el órgano fiscalizador en materia ambiental del Estado, y pronunciarse con relación a la incertidumbre científica.

- Un enunciado sobre incertidumbre no puede ser contrastable empíricamente, o por lo menos no podría serlo antes de la producción del escenario catastrófico o del perjuicio grave, como quiera que dicho enunciado es, por definición, hipotético (aunque altamente probable) y porque, además, hay ausencia de información semántica sobre el mismo, lo cual es una condición necesaria para establecer si podrá calificar como verdadera o falsa una hipótesis científica, y si ésta, además, podría ser contrastable o incontrastable, según los mecanismos científicos con se cuenta en el momento de evaluación sobre el posible acaecimiento del daño irreversible o grave.
- Desde la perspectiva que se obtiene analizando la función desincentivadora de la responsabilidad civil, se puede establecer que se está en mejores condiciones tuitivas si es que al concesionario del recurso natural explotado se le advierte (administrativamente) que debe ejecutar acciones preventivas, no solo en merito a lo dispuesto en la Ley General del Ambiental, sino, además, porque de no hacerlo podría incurrir en un supuesto dañoso que revertiría en contra de los intereses económicos de la propia empresa concesionaria.
- La biodiversidad es un sistema complejo que contiene aspectos no solo de carácter biológico, en sentido estricto, sino, también, aquellos relacionados al ecosistema, en donde se desarrolla la variedad de seres vivos (extensa variedad en el caso peruano), y los recursos genéticos, que incluyen las variantes genéticas pasibles de ser patentadas.
- El inexacto cumplimiento de la prestación debida puede, en algunos casos, afectar directamente a la biodiversidad que, en este momento del desarrollo del derecho civil ambiental, no admite una negación absoluta para ser considerado como un bien de carácter eminente.
- Las expectativas en el desarrollo de la ciencia y la tecnología no constituyen un derecho subjetivo bien logrado o absoluto, como sí sucede en el caso de la posición jurídica que ostentan algunos sujetos de derecho respecto a la biodiversidad (como bien eminente).
- El potencial resarcimiento dependerá del grado de diligencia con el que se desenvuelva la prestación debida, y, como consecuencia de ello, también del grado de compromiso con el que se desarrolle el deber de seguridad del potencial agente causante del daño –concesionario, en nuestro caso-.
- Hay que tomar en cuenta que nuestro enfoque preventivo de la configuración dañosa guarda vinculación con la exigibilidad de la regulación social, precisamente, de los deberes de protección, así como, en términos de costos, frente a un escenario de incertidumbre científica con relación al daño que pudiera acaecer.

- Como se podrá deducir, existe una vinculación entre la biodiversidad y la biotecnología, que es un reflejo concreto de la relación existente entre el medio ambiente y el artefacto, entre naturaleza y cultura.
- Las expectativas de desarrollo científico y tecnológico dependen, en gran medida, de la conservación de la biodiversidad, pues ésta es el sustento material para, precisamente, la investigación en biotecnología. Con ello se contribuiría, quizá, de manera significativa –por lo menos en aquel aspecto- al desarrollo de la ciencia y la tecnología
- El Estado tiene la obligación de invertir en investigación científica sobre la biodiversidad, con fines tecnológicos y biotecnológicos, principalmente por las razones económicas, científicas, éticas, educativas, etc.
- Consideramos que los contratos para la explotación de recursos naturales, e inclusive los contratos ley, no son del todo invulnerables, sino que, pueden ser susceptibles de una regulación posterior por parte de la Autoridad Administrativa que debe determinar la elaboración más detallada de los deberes de protección para la simple ejecución por parte del concesionario de dichos comportamientos en el marco, ya, de un contrato regulado socialmente.



Bibliografía

LIBROS

1. ALPA, Guido, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Traducción de Leysser León, Jurista Editores, Lima, 2006.
2. ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, 4ta. edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
3. BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol I, Traducción y notas por Ramón García de Haro de Goytisolo, Bosch, Barcelona, 1955.
4. BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
5. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Traducción de José Luis de los Mozos, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
6. BOBBIO, Norberto, *Derecho y Lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, México, 1965.
7. BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
8. BRECCIA, Umberto, y otros, *Derecho civil*, Tomo I, Volumen I, Normas, sujetos y relación jurídica, Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
9. BUGNE, Mario, *EL DERECHO como técnica social de control y reforma*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 1996.
10. BUNGE, Mario, *Ser, saber, hacer*, Paidós, México, 2002.
11. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, AbeledoPerrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 2009.
12. CHIRINOS, Carlos; RUIZ, Manuel, *Concesiones sobre Recursos Naturales: una oportunidad para la gestión privada*, Sara Mateos, Lima, 2002.
13. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Palestra Editores. Lima. 2001.
14. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Volumen primero, Introducción a la teoría del contrato*, Sexta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
15. DÍEZ-PICAZO, Luis, Introducción al libro de Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.
16. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Editorial Rodhas, 7ma. Edición, Lima, 2013.
17. ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de derecho administrativo*, Marcial Pons, Tercera Edición, Madrid, 2013.
18. ESTEVE PARDO, José, *Técnica, Riesgo y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.
19. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, segunda edición ampliada, Madrid, 1992.
20. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, Civitas Ediciones, Duodécima edición, Madrid, 2004.
21. GIORGIANNI, Michele, *La obligación*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.
22. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Tercera Edición, Madrid, 1999.
23. GUASTINI, Riccardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010.

24. JAFFÉ, Klaus, *¿Qué es la ciencia? Una visión interdisciplinaria*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008.
25. JARIA i MANZANO, Jordi, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
26. JHERING, Rudolf von, *La dogmática jurídica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.
27. KELMAN, Steven, *La política pública en el estado moderno*, Grupo editor latinoamericano, Buenos Aires, 1992.
28. KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
29. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, México, 1971.
30. LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
31. LINDBLOM, Charles, *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Porrúa, México, 1991.
32. MAJONE, Giandomenico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
33. MASTROPIETRO, Barbara, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
34. MÉNDEZ CHANG, Elvira, *El Principio Precautorio y su Aplicación a los Ensayos Nucleares Subterráneos Franceses en el Pacífico Sur*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.
35. MERINO, Beatriz y LANEGRA, Iván, *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El desafío del diálogo intercultural en el Perú*, CENTRUM Católica, Lima, 2013.
36. MONTOYA, Modesto, *Políticas para impulsar la ciencia, la tecnología y la innovación tecnológica en el Perú*, Fondo Editorial de la UNMSM, Lima, 2011.
37. MOSTERÍN, Jesús, *Filosofía de la cultura*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
38. NORTH, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
39. OSPINA GÓMEZ, Jaime, *La naturaleza jurídica del contrato de la administración pública*, Editorial de la Revista "Derecho Colombiano LTDA", Bogotá, 1975.
40. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Jurista Editores. Lima. 2002.
41. PISCOYA HERMOZA, Luis, *Lógica general*, Ediciones del Vicerrectorado Académico, UNMSM, Tercera Edición, Lima, 2007.
42. POPPER, Karl, *El mito del marco común*, Paidós, Barcelona, 1997.
43. POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
44. ROPPO, Vincezo, *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.
45. SAGASTI, Francisco, *Ciencia Tecnología e Innovación. Políticas para América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Lima, 2011.
46. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato*, Traducción de Fernando Hiestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
47. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición traducción y notas de Leysser L. León. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004.

48. STIGLITZ, Joseph, *La economía del sector público*, Antoni Bosch Editor, Tercera edición, Barcelona, 2000.
49. STIGLITZ, Joseph, *Principios de microeconomía*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
50. STRAUSS, Leo, *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*. Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
51. TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2002.
52. VICENTE GIMENEZ, Teresa, *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*. Editorial Trotta, Madrid, 2002.
53. VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1952.
54. WIENER, Norbert, *Cibernética y sociedad*, Editorial Sudamericana, Segunda Edición, Buenos Aires, 1969.
55. ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato-Ley*, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

ARTÍCULOS EN REVISTAS O TRABAJOS COLECTIVOS

1. ALZA, Carlos, "¿Y Después de la Ley Qué? La exigibilidad del Cumplimiento de la Regulación", en: *Derecho & Sociedad*, Nº 30, 2008.
2. AMADO, Daniel y MIRANDA Luis, "Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt servanda del artículo 62º de la constitución a los contratos regulados por el derecho público", en: *Themis*, Nº 40, Lima, 2000.
3. ARIÑO Y ASOCIADOS, "Estudio introductorio", en: *Comentarios de la ley de contratos de las administraciones públicas*, Tomo I, Editorial Comares, S.L., Granada, 2002.
4. AVENDAÑO, Jorge, "La propiedad como derecho de los inversionistas y su protección a través de los convenios de estabilidad jurídica", en: *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Volumen I, Palestra Editores, Lima, 2008.
5. BACA ONETO, Víctor, "La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica", en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008.
6. BARASSI, Lodovico, "Il contratto di lavoro nel diritto pubblico", en: *Rivista di Diritto Civile*, anno V, 1913.
7. BENATTI, Franceso, "Observaciones en torno de los «deberes de protección»", Traducción a cargo de Renzo Saavedra Velazco, en: *Materiales de enseñanza del curso de Responsabilidad civil*, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007-2.
8. BETANCOURT BOSSIO, Pedro Abel, "El acceso a la justicia ambiental en el Perú", en: *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México D.F., 2000.
9. BREYER, Sthepen, "Analizando el fracaso de la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma", en: *Themis*, Nº 52, Lima, 2006.
10. CAIRAMPOMA, Alberto, "El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la

- Unión Europea", en: Revista de Derecho Administrativo, N° 12, Tomo II, Lima, 2012.
11. CALABRESI, Guido, "Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual", en: Ius et veritas, N° 3, Lima, 1991.
 12. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, "La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú", en: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Palestra Editores, Lima, 2000.
 13. Comisión de Investigaciones de Politai, "Los efectos de la fragmentación en las organizaciones indígenas y la dinámica política e institucional de la consulta previa en el Perú a un año de su aprobación", en: POLITAI, Revista de Ciencia Política, N° 5, Lima, 2012.
 14. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "El régimen de los contratos estatales en el Perú", en: Revista de Derecho Administrativo, N° 2, Lima, 2006.
 15. DANÓS, Jorge, "Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú", en: Ius et Veritas, N° 46, 2013.
 16. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental", en: *Derecho civil patrimonial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
 17. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, "Reporte de conflictos sociales N° 113", Julio, 2013.
 18. DI MAJO, Adolfo, "El sistema de tutelas en el Derecho Civil", en: Ius et veritas, N° 31, Lima, 2005.
 19. Díez CALZADA, José, Voz: "Estructuralismo", en: *Compendio de epistemología*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
 20. ESCOBAR ROZAS, Freddy, "Contribución al estudio de la relación jurídica -intersubjetiva-", en: Themis N° 38, Lima, 1998.
 21. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "La centralidad del derecho civil en el derecho privado (a propósito del principio de supletoriedad)", en: *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
 22. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "*La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto*", en: Themis N° 27, Lima, 1994.
 23. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad", en: *Derecho civil patrimonial*.
 24. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", en: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
 25. GONZALES, Gorki, "Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción", en: *Ensayos de interés público*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
 26. GUASTINI, Ricardo, "La interpretación de la constitución", en: *Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II*, Ara Editores, Lima, 2010.

27. GUZMAN NAPURI, Christian, "Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa", en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, Lima, 2009.
28. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho", en: *Estructuralismo y Derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1973.
29. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho", en: *Estructuralismo y Derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1973.
30. HERNANDO NIETO, Eduardo, "Justicia procedimental: ¿justicia correcta?", en: *Proceso & Justicia* N° 4, Lima, 2003.
31. HERNANDO NIETO, Eduardo, "El liberalismo y los límites del Derecho ambiental", en: *Derecho y ambiente. Aproximaciones y estimativas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
32. IGUÍNIZ, Javier, "Sostenibilidad ¿de qué desarrollo?", en: *Páginas*, N° 229, Lima, 2013.
33. LANEGRA QUISPE, Iván, "La Regulación de la Incertidumbre: Un Análisis Crítico del Principio Precautorio", en: *Derecho & Sociedad*, N° 35, Lima, 2010.
34. LE TOURNEAU, Philippe, "Breves comentarios críticos sobre la «responsabilidad contractual» el Anteproyecto de Reforma del derecho de la responsabilidad", en: *Revista Jurídica Thomson Reuters*, N° 21, Traducido por José Luis Gabriel Rivera, Lima, 2013.
35. LEON, Leysser, "La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparativos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual", en: *Themis*, N° 49, Lima, 2004.
36. MASTROPIETRO, Barbara, "L' attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico", en: *Rassegna di Diritto Civile*, 2012, 4.
37. MEJIA GUEVARA, Joseph, "El perfil dogmático de la pérdida de la chance en la responsabilidad civil contractual (a propósito de una operación en bolsa)", en: *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, Editorial Rodhas, Lima, 2006.
38. MÉLICH ORSINI, José, "El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato", en: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Palestra Editores, Lima, 2000.
39. MERINO, Beatriz, DE LOS HEROS, Alfonso, y otro, "La inversión privada a la luz del Decreto Legislativo N° 757", [entrevista], en: *Themis*, N° 61, Lima, 2012.
40. MOSCATI, Enrico, "Los remedios contractuales a favor de terceros", Traducción de Renzo Saavedra Velazco, en: *Materiales de Enseñanza del Curso de Responsabilidad Civil*, PUCP, Tomo I, 2007-2.
41. MOSCOL, Alejandro, "Regulación e Innovación Tecnológica: apuntes para una revisión de la Protección al Consumidor en los Servicios Públicos de Telecomunicaciones", en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10, Tomo II, Lima, 2011.
42. MUÑOZ, Jacobo, Voz: "Creencia", en: *Compendio de epistemología*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
43. NODA YAMADA, Carlos, "Eficiencia y Libertad: El Verdadero Rol del Estado II", en: *Derecho y Sociedad, II Etapa*, N° 13, Lima, 1998.

44. OGUS, Anthony, "Estructuras e instituciones regulatorias", en: Themis N° 54, Lima, 2007.
45. PENNASILICO, Mauro, "Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'escusazione dei contratti della pubblica amministrazione", en: Rassegna di Diritto Civile, 4, 2007.
46. PULGAR VIDAL, Manuel, "El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio", en: Revista de Derecho Administrativo, N° 7, Lima, 2009.
47. QUINTANA, Eduardo, "Análisis del Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos", en: Derecho & Sociedad, N° 36, Lima, 2011.
48. RODOTÀ, Stefano, "Derecho, ciencia, tecnología. Modelos y decisiones de regulación", Traducción de Leysser León, en: DERECHO PUC, N° 57, Lima, 2005.
49. RORTY, Richard, "La justicia como libertad ampliada", en: Pragmatismo y política, Ediciones Paidós, Barcelona, 1998.
50. RUIZ MÜLLER, Manuel, "La biodiversidad como objeto de protección jurídica: los recursos genéticos, la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales", en: Themis N° 56, Lima, 2008.
51. RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Las competencias autonómicas en medio ambiente (especial consideración de los proyectos de reforma estatutaria)", en: *Derecho ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
52. RUIZ-RICO, Gerardo, "La constitucionalidad del derecho al medio ambiente en Francia: principios y derechos de la Charte de l'environnement", en: *Estudios de derecho ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
53. SCHLESINGER, Piero, "La autonomía privada y sus límites", *Proceso & Justicia*, en: Revista de Derecho Procesal, N° 3, Lima, 2002.
54. SCHLESINGER, Piero, "La injusticia del daño en el ilícito civil", traducción de Leysser León, en: Themis, N° 39, Lima, 1999.
55. SCOGNAMIGLIO, Renato, "Responsabilidad contractual y extracontractual", traducción de Leysser León, en: *Ius et veritas*, N° 22, Lima, 2001.
56. STIGLITZ, Joseph, "Recursos naturales, desarrollo y democracia", en: *Recursos naturales, desarrollo y democracia*, XI Dialogo Democrático, Lima, 2008.
57. SUNSTEIN, Cass R., "Análisis conductual del Derecho", en: Themis, N° 62, Lima, 2012.
58. TABOADA, Lizardo, "Mecanismos jurídicos de la contratación moderna", en: *Derecho & Sociedad*, N° 13, Lima, 1998.
59. TRIMARCHI, Pietro, "Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual", en: Themis, N° 29, Lima, 1994.
60. VERA ESQUIVEL, Germán, "El principio precautorio en el Derecho peruano", en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Lima, 2008.
61. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, "El objeto de la ecología y sus implicaciones en el orden ético", en: *Justicia ecológica y protección de medio ambiente*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
62. VIGURÍ, Agustín, "Las acciones en defensa de intereses colectivos en el ámbito del medio ambiente", en: *Defensa jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Alfabetas Artes Gráficas, Santiago, 1999.

63. ZUSMAN, Shoschana, "La buena fe contractual", en: Themis N° 51, Lima, 2005.

TESIS

1. MORALES HERVIAS, Rómulo, *Las patologías y los remedios del contrato*, Tesis, Escuela de Graduados, PUCP, Lima, 2010.

