

ANÁLISIS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL: UNA VISIÓN ALTERNATIVA

Jerico Fiestas-Flores, Cesar Higa, Ricardo Machuca, Eduardo Melgar y Diana Vigo

Abstract

En el derecho administrativo sancionador peruano, rige el principio de presunción de inocencia, el cual tiene dos componentes: (i) la carga de la prueba de cada uno de los elementos del tipo infractor le corresponde a la autoridad; y, (ii) solo se puede sancionar si la hipótesis de que éste ha cometido la infracción es la única que puede explicar los hechos probados del caso. Bajo la influencia del derecho administrativo, este principio es utilizado en el Perú, entre otros, por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) al momento de fiscalizar y sancionar contravenciones a la regulación ambiental.

Exigir en todos los casos que la autoridad pruebe los elementos de la conducta infractora, más allá de toda duda razonable, no tiene en cuenta que, en muchos casos, existen asimetrías que pueden ser empleadas por el infractor de manera estratégica para no ser declarado responsable por algún incumplimiento. Resultaría esperable que los agentes económicos, basados en un análisis costo beneficio, evalúen si les conviene o no presentar información que permita a la agencia administrativa detectar a su vez la comisión de otros incumplimientos de mayor envergadura; evitando presentar dicha información si con ello reducen la probabilidad de detección de infracciones de mayor beneficio ilícito esperado. Cabe indicar que, en general, en el Perú, las multas por no presentar información son bajas en comparación a aquellas que podrían corresponder otro tipo de infracciones.

La presente investigación tiene como finalidad explorar si resulta socialmente eficiente el empleo del denominado principio de presunción de licitud de la manera como viene siendo utilizado en el derecho administrativo sancionador peruano. Para tales efectos, se evaluará a partir de un análisis legal y estadístico: a) si es eficiente utilizar el estándar de la presunción de licitud en todos los casos; b) si en algunos casos, es eficiente probar un hecho intermedio a partir del cual se dará por probada la comisión de la infracción, salvo que el particular demuestre que no cometió ese hecho; c) si en algunos casos resulta más eficiente una inversión del principio de presunción licitud hacia uno de presunción de culpabilidad.

Para demostrar la necesidad de este cambio en situaciones concretas, se analizó la entrega de informes de monitoreos ambientales durante el periodo 2013-2016 de empresas pesqueras, mineras e hidrocarburos en diferentes zonas del país, para las cuales se encontraron diversas tasas de incumplimiento y evidencias de excesos de Límites Máximos Permisibles (LMP). Esta evidencia, considerando la conducta del administrado, justificaría el cambio de la carga de la prueba en casos

de entrega de información formal para así incentivar el cumplimiento de la normativa y evitar un daño al ambiente.

Introducción

El Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) es un mecanismo utilizado para determinar cuándo una empresa ha infringido alguna de sus obligaciones ambientales y, de ese modo, proteger el derecho de las personas a un ambiente sano y equilibrado. Luego de una supervisión y, en caso se detectaran incumplimientos, la autoridad supervisora reportará ese hecho y se iniciará un procedimiento al administrado para investigar la posible comisión de una infracción administrativa derivada del incumplimiento de una obligación ambiental¹.

El objetivo principal del procedimiento se encuentra en determinar si el administrado debe ser declarado responsable por el incumplimiento de alguna obligación ambiental. Bajo la perspectiva tradicional del derecho administrativo Sancionador -influenciado por nociones de tipo constitucional y penal²- para asegurar que dicha evaluación sea llevada a cabo de manera adecuada por parte de la autoridad administrativa, se establecen una serie de principios, estándares y repartos de la carga probatoria, entre ellos el de verdad material, de licitud o presunción de inocencia, de causalidad, de carga de la prueba por parte de la autoridad administrativa.

La justificación de la existencia de los principios, estándares y cargas antes referidos, reposa en el hecho que permiten al administrado predecir que, durante el PAS, se efectuará un adecuado reproche respecto de las conductas infractoras en cuya virtud se le impondrá una sanción, en el sentido que no se le impondrá un castigo por una conducta infractora no cometida por aquel; aspecto esencial del derecho administrativo sancionador que engloba diversos principios reconocidos por la legislación y doctrina nacional como el principio de culpabilidad, de personalidad de las sanciones y el de causalidad.

En el caso específico de la verificación del cumplimiento de la regulación ambiental, las sanciones que se le podrían imponer al administrado en caso incumpla las obligaciones presentes en las normas sectoriales, transversales y en sus instrumentos de gestión ambiental, podrían ser diversas, siendo las más frecuentes los incumplimientos derivados de la implementación de planes específicos (e.g. plan de cierre), compromisos con las comunidades, no exceder los LMP, la entrega de información, entre otros.

En los PAS, la legislación y la doctrina nacional han establecido como una derivación de la regulación general, que corresponde a la autoridad ambiental la

¹ A la fecha, el PAS bajo competencia del OEFA se encuentra regulado en la Resolución del Consejo Directivo N° 12-2012-OEFA/CD.

² "(...) las garantías mínimas que se exigen en el proceso penal son extrapolables, con matices atendiendo a las propias circunstancias de cada caso, al proceso administrativo sancionador, sobre todo en lo que respecta al derecho de defensa" (cfr. STC 02098-2010-PA/TC, fundamento 7).

carga de probar cada uno de los elementos necesarios que constituyen el tipo, también denominado subsunción de los hechos al supuesto típico, que no es otra cosa que el deber de la autoridad ambiental de calzar los hechos que constituirían un incumplimiento, dentro de los alcances del supuesto de hecho previsto en el tipo que describe la infracción administrativa. Ello, en virtud al principio de licitud recogido en el T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG)³.

Esto implica una serie de dificultades prácticas, al no siempre contar con pruebas de cada uno de los elementos necesarios para la condena del infractor, en particular para demostrar la existencia de una relación de causalidad entre los hechos detectados, la conducta típica que se pretende imputar y el agente imputado; ya sea porque el agente contaminante se ha desplazado a otra área, porque existe más de un agente contaminante que afecta el ecosistema o porque existen causas naturales ajenas a la industria que condicionan la existencia de determinadas características en un ecosistema.

Como se verá más adelante, a lo señalado anteriormente debe sumarse que, habida cuenta que es la autoridad administrativa y no es administrado quien debe probar la existencia de causalidad (carga de la prueba de los hechos constitutivos del tipo infractor); el administrado tiene fuertes incentivos para alegar no haber causado daño alguno y haber cumplido la normativa vigente, cuando en realidad resulta ser la causa de la afectación al ambiente.

A diferencia de Perú, y dada la complejidad en demostrar la causalidad en daños al ambiente para luego solicitar su remediación, en España⁴ así como en la

³ El principio de licitud es una expresión del principio de presunción de inocencia reconocido en la Constitución Política del Perú.

⁴ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental
"Artículo 3 Ámbito de aplicación

1. Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.

(...)

Anexo III

Actividades a que hace referencia el artículo 3.1

1. La explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Esto incluye todas las actividades enumeradas en su anexo I, salvo las instalaciones o partes de instalaciones utilizadas para la investigación, elaboración y prueba de nuevos productos y procesos.

Igualmente incluye cualesquiera otras actividades y establecimientos sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

2. Las actividades de gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades, que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Ley 10/1998, de 21 de abril.

Estas actividades incluyen, entre otras cosas, la explotación de vertederos y la gestión posterior a su cierre de conformidad con el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero y la explotación de instalaciones de incineración, según establece el Real Decreto 653/2003, de 30 de mayo, sobre incineración de residuos.

3. Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa de conformidad con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico y la legislación autonómica aplicable.

normativa comunitaria⁵, existe la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando la actividad económica a realizar conlleve un riesgo alto al ambiente o la causalidad sea difícil de probar, como refiere Lozano (2005). Esto significa que es el administrado quien debe probar que no provocó el daño observado. Asimismo, la naturaleza de estas actividades produce la no exoneración de la responsabilidad por el cumplimiento de la normativa ambiental en su sector. Siguiendo a Crespo (2008), esto significaría una alta reducción de costes para el Estado en las actividades con grandes riesgo al ambiente.

4. Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y la legislación autonómica aplicable.
5. Todos los vertidos en aguas interiores y mar territorial sujetos a autorización previa de conformidad con lo dispuesto en la ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la legislación autonómica aplicable.
6. El vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización o registro de conformidad con el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.
7. La captación y el represamiento de aguas sujetos a autorización previa de conformidad con el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.
8. La fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de:
 - a) Las sustancias peligrosas definidas en el artículo 2.2 del Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.
 - b) Los preparados peligrosos definidos en el artículo 2.2 del Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.
 - c) Los productos fitosanitarios definidos en el artículo 2.1 del Real Decreto 2163/1994, de 4 de noviembre, por el que se implanta el sistema armonizado comunitario de autorización para comercializar y utilizar productos fitosanitarios.
 - d) Los biocidas definidos en el artículo 2.a) del Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas.
9. El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes de acuerdo con la definición que figura en el artículo 2.b) del Real Decreto 551/2006, de 5 de mayo, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español, o en el artículo 2.b) del Real Decreto 412/2001, de 20 de abril, que regula diversos aspectos relacionados con el transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril o en el artículo 3.h) del Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo.
10. La explotación de instalaciones que, estando sujetas a autorización de conformidad con la directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1994, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales en relación con la liberación a la atmósfera de alguna de las sustancias contaminantes reguladas por la directiva mencionada, requieren una autorización de conformidad con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.
11. Toda utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente, de acuerdo con la definición de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.
12. Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición de la Ley 9/2003, de 25 de abril.
13. El traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido según lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 1013/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo al traslado de residuos.
14. La gestión de los residuos de las industrias extractivas, según lo dispuesto en la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE.
15. La explotación de los lugares de almacenamiento de carbono de conformidad con la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono.”

(Sin subrayado en original)

⁵ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales:
“(13) No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales.”

(Sin subrayado en el original)

Aplicar este enfoque para el caso de la fiscalización ambiental en el Perú sería un avance fundamental dado la complejidad y los altos costos sociales derivados de exigir un estándar alto de probanza del daño ambiental. Con la finalidad de empezar un debate sobre este posible cambio en la fiscalización nacional, el presente documento inicia detallando el contexto en el que el OEFA debe resolver los casos en los diferentes sectores para luego analizar la carga y el estándar de la prueba como herramienta para producir información y disminuir el riesgo del error en la fiscalización. A continuación se usará el caso de la entrega de los informes ambiental de efluentes (obligación formal) para demostrar la necesidad que existe en la práctica de tener la opción de invertir la carga de la prueba. Finalmente, se presentarán las conclusiones del estudio.

1. Contexto en el cual la autoridad debe resolver un caso

Uno de los objetivos del PAS es resolver un conflicto entre dos partes, el administrado y el Estado, que en el escenario ambiental consiste en determinar si el particular denunciado infringió, o no, alguna obligación ambiental. Para determinar ello, es necesario que la autoridad determine qué ocurrió en el caso; sin embargo, ello dista de ser una tarea fácil por diversas razones, entre las cuales mencionaremos las siguientes:

- a) **Información incompleta:** muchas veces no se tienen toda la información necesaria para determinar qué ocurrió en el caso;
- b) **Costo de la información:** la producción, análisis y valoración de la información resulta costosa tanto para las partes como para la autoridad;
- c) **Información asimétrica entre las partes y la autoridad:** generalmente, las partes si saben qué ocurrió en un caso y tienen la evidencia que podría probarlo, mientras que la autoridad se encuentra sujeta a la información brindada por las partes. El conocimiento que tiene la autoridad del caso dependerá, en muchas ocasiones, de la información que les brinden las partes;
- d) **Comportamiento estratégico:** las partes tienen un comportamiento estratégico respecto de la información que brindan al procedimiento. Esto implica que las partes darán solo aquella información que favorece su posición o tratarán de interpretarla de la manera que mejor favorezca su versión de los hechos del caso. Es poco común que una parte ofrezca las versiones posibles de la información proporcionada al caso.
- e) **Incertidumbre sobre la posibilidad de cometer un error:** debido a la asimetría de información y al comportamiento estratégico de las partes, existe el riesgo que la autoridad administrativa puede cometer errores al momento de determinar si determinados hechos ocurrieron o luego de probados los mismos, al atribuir algún tipo de responsabilidad en relación a su ocurrencia.

2. Esquema de racionalidad económica que subyace un PAS

El denominado PAS de la LPAG, se sustenta en la idea que la decisión de infringir las normas parte de un análisis costo-beneficio de los individuos, tal como ha sido señalado de manera teórica por Becker (1968) y Stigler (1970) y continuado luego por Polinsky y Shavell (1979, 2000, 2005). De acuerdo con este enfoque, considerando que el individuo es neutral al riesgo⁶, este cometerá un acto sólo si éste le genera un retorno privado, es decir, si su beneficio esperado supera al costo esperado, considerándose asimismo que el costo esperado incluye a la posibilidad de recibir una sanción por parte de autoridad administrativa. En caso que el beneficio esperado se encuentre por debajo del costo esperado, el individuo será disuadido de cometer la infracción; de ocurrir lo contrario, la acción será cometida.

Si se busca resarcir el daño causado por la comisión de una infracción, y asumiendo que la agencia no incurre en gastos para el enforcement o cumplimiento de la normativa, y que la determinación del infractor se produce con certeza y sin errores, la sanción que debería enfrentar un infractor debería ser igual al daño cometido. Así, en un contexto de sanciones monetarias, para compensar el daño cometido por una determinada infracción, la multa óptima debería ser igual al daño esperado o al daño efectivamente realizado dividido entre la probabilidad de detección y sanción de la infracción.

No obstante, para disuadir actos considerados socialmente indeseables, en lugar de considerar el daño producido⁷, bastaría hacer que la infracción no sea privadamente rentable para el infractor, considerando la ganancia obtenida por éste último. Si la agencia está en capacidad de calcular correctamente la ganancia obtenida por el infractor, la imposición de una multa igual al beneficio esperado por el infractor –considerando asimismo la probabilidad de que la infracción sea detectada por las autoridades y sancionada- conseguiría el objetivo de disuadir actos indeseables.

3. Una perspectiva económica de la protección al inocente y carga de la prueba

Hasta este punto, se ha asumido que las autoridades públicas no cometen errores durante el proceso de enforcement o cumplimiento de la normativa, es decir, que en el marco de un PAS, se condena a los individuos que efectivamente trasgreden la regulación y se exonera de responsabilidad a quienes no. No obstante, esta asunción está lejos de la realidad. En la medida que el cumplimiento de los estándares de conducta exigidos por la regulación son difíciles de observar u evaluar por las agencias públicas, se cometen errores con frecuencia.

⁶ Las partes cometerán un acto sólo si su beneficio esperado por hacerlo, supera la sanción esperada.

⁷ Existen escenarios donde el daño efectivamente realizado no es directamente observable, ya sea porque es difícil para la agencia determinar si éste se ha producido o porque su determinación requiere de información con la que no se cuenta al momento de imponer la sanción, debiendo recurrirse al daño esperado. La falta de información puede ocasionar que se sobredimensione el daño esperado; ocasionando que la multa sea excesivamente disuasiva y en ocasiones confiscatoria. Esto también puede presentarse en los casos en que el daño es directamente observable, pero de una proporción significativamente superior al beneficio privado del infractor.

Conforme a Polinsky y Shavell (2005), los errores que pueden ocurrir son principalmente de dos tipos:

- Error de Tipo I o absolución errónea: un individuo que debería ser declarado responsable, podría erróneamente no ser encontrado responsable (mistaken acquittal).
- Error de Tipo II o condena errónea: un individuo que no debería ser encontrado responsable, podría erróneamente ser encontrado responsable (mistaken conviction).

Ambos tipos de errores imponen costos directos a los individuos, además de los costos que suponen para la agencia pública que tiene a su cargo el enforcement o cumplimiento de la normativa. Teniendo en consideración que el sistema legal existe para influenciar a los agentes económicos respecto del nivel óptimo de actividad y el nivel de cuidado que éstos deben elegir, la presencia de errores incrementa los costos de enforcement o cumplimiento de la normativa y afecta la disuasión óptima.

Los costos sociales de las condenas erróneas, fueron inicialmente considerados dentro del modelo desarrollado por Becker, por Harris (1970), quien refiere que hay una pérdida para la sociedad si una persona inocente es erróneamente condenada. En la medida que exista la probabilidad de que una persona culpable no sea castigada (Error de Tipo I), aumenta la posibilidad que una persona inocente sea condenada (Error de Tipo II).

Png (1986) consideró la existencia de errores judiciales, enfocándose en la manera en que éstos afectan la disuasión. Para este autor, dado que los individuos que no han violado la ley serán condenados, el costo de violar la ley, en relación con no hacerlo, disminuye para el trasgresor, debido a que la probabilidad de condena del infractor se reduce, puesto que serán «otros» quienes pagarán el «precio» de no cumplir la ley. En la medida que el costo esperado ha bajado, la disuasión también lo hace. El resultado de ello, será más infracciones de la ley.

Para Lando (2004), las condenas erróneas (Error de Tipo II) pueden subdividirse en dos subtipos:

- Errores de actos: suceden cuando un individuo es condenado y castigado por un acto que no es un ilícito (mistakes of act).
- Errores de identidad: ocurren cuando un individuo es condenado y castigado por un ilícito cometido por otra persona (mistakes of identity).

Para Lando, en el caso de los «errores de identidad», las condenas erróneas no ponen en peligro la disuasión, pues en la medida que también los infractores pueden ser condenados y castigados por los ilícitos de «otros», los pagos esperados para no cometer el ilícito disminuyen en la misma medida para los individuos honestos y para el infractor.

Garoupa y Rizzolli (2012) demuestran que incluso para los denominados «errores de identidad», las condenas erróneas bajan la disuasión. Para estos autores, una consecuencia importante de la existencia de «errores de identidad» no ha sido considerada de manera apropiada por Lando, puesto que por cada error de condena a un individuo «honesto» o a un «infractor»⁸, existirá -a su vez- una errónea absolución de aquel individuo objetivamente «culpable» en los hechos (absolución errónea o Error de Tipo I), puesto que el ilícito «si ocurrió».⁹

Los académicos del Derecho arguyen que una razón sustancial para el establecimiento de garantías y estándares de prueba más severos, es la protección de los inocentes respecto de condenas erróneas. En esa línea, la LPAG contempla diversas garantías y estándares que tienen como finalidad última la referida proyección (presunción de inocencia o licitud, carga de la prueba por la Administración, derecho al silencio o a no auto inculparse, búsqueda de la verdad material, necesidad de probanza de una relación de causalidad, entre otras).

No obstante, en muchos casos, los problemas de la falta de información, cooperación y comportamiento estratégico de las partes, así como el costo de la búsqueda y análisis de la información dificultarán que la autoridad administrativa pueda llegar a conocer la verdad material o establecer una relación de causalidad; o dicho en otros términos, saber qué ocurrió realmente en un caso, conllevando a más de un escenario donde la decisión final de la autoridad administrativa sea la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

Generalmente, a nivel de la dogmática jurídica, se ha puesto énfasis en la labor de la autoridad instructora y resolutoria o, en ciertas ocasiones, en solo algunas de las partes que intervienen en el procedimiento, como las llamadas a resolver los problemas antes mencionados; enfocándose en aquellas estructuras legales que permitan minimizar la posibilidad que un inocente sea condenado. No obstante, como ha destacado Laudan (2008), las medidas adoptadas para disminuir condenas erróneas (carga de la prueba, mayores garantías, estándares más altos, etc.); harán más difícil condenar no solo a los inocentes (Error de Tipo II), sino -habida cuenta que constituyen, en estricto, una protección para “el procesado”- también a los culpables (Error de Tipo I), incrementando los costos sociales del control de ilícitos.

Una mejor forma de analizar ese tipo de problemas es desde un punto de vista sistemático y holístico entre los diversos actores que participan de aquel, donde la autoridad administrativa pueda establecer qué acciones debe realizar cada uno para determinar qué ocurrió en el caso. Para tal efecto, es necesario que el ordenamiento

⁸ Se hace referencia a «infractor» de manera genérica, sin que se deba confundir a éste, con el verdaderamente culpable, en una situación específica. Así, por ejemplo, podría tratarse de un evasor habitual de impuestos, que es procesado por una evasión en la cual él no participó. Si bien en términos generales es un evasor, respecto de esta situación particular por la que se le condena, es inocente, pues el verdaderamente infractor, en los hechos, es un tercero y es «absuelto».

⁹ Como lo refieren Garoupa y Rizzolli (2012), los errores de identidad, son situaciones en las que una persona incorrecta es condenada por un ilícito determinado, y por el mismo ilícito, una persona culpable es injustamente absuelta. En este caso, las condenas y las absoluciones injustas de un ilícito determinado se vinculan, pues la condena de una persona inocente implica la absolución de la persona realmente responsable.

jurídico le otorgue una serie de herramientas y facultades para que esta ordene y fije qué acciones deben realizar las partes a efectos de producir la evidencia que sea necesaria para saber qué ocurrió en el caso.

Dicho lo anterior, en el presente artículo no se analizará la carga de la prueba como una simple herramienta para minimizar las condenas erróneas (Error de Tipo II), sino como un instrumento eficaz para enfrentar el problema de la falta de cooperación y comportamiento estratégico de las partes, que puede conllevar al incremento de las absoluciones erróneas (Error de Tipo I), tal como se verá más adelante. Sin perjuicio de lo anterior, debe recalarse que ese instrumento debe ser evaluado a la luz de los objetivos de procedimiento y de los otros instrumentos que tiene la autoridad para enfrentar los problemas antes mencionados. Este artículo solo se centrará en un instrumento debido a los límites propios de esta investigación; sin embargo, no debe olvidarse que estos son instrumentos que deben ser evaluados sistemática y holísticamente dentro de los objetivos del procedimiento.

4. La carga la prueba

Siguiendo a Devis Echendía (1984), Priori y Pérez-Prieto de las Casas (2012), tradicionalmente, se ha entendido la carga de la prueba de la siguiente manera:

- a) **Como una regla de decisión:** se indica cuál debe ser la decisión de la autoridad en caso no se encuentre acreditado un determinado hecho, de conformidad con los estándares establecidos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la carga de la prueba establecería qué parte perderá en el procedimiento en caso no pruebe el hecho que se encontraba a su cargo.
- b) **Como una regla de comportamiento a las partes:** mediante la carga de la prueba se le indica a las parte que deben probar para obtener una decisión favorable a sus intereses.

En los PAS se ha establecido que la carga de la prueba se encuentra por parte del acusador. El fundamento que la carga de la prueba recaiga en el acusador se encontraría, a nivel normativo, en el principio de presunción de inocencia que se encuentra recogido en el literal e) del numeral 23 del artículo 2 de la Constitución Política establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad¹⁰.

A nivel legislativo, el artículo II del Código Procesal Penal establece que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad de cargo por parte del órgano acusador, las cuales deben ser obtenidas y actuadas con las debidas

¹⁰ Este principio también se encuentra recogido en diversos tratados internacionales.

garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad debe resolverse a favor del imputado.

Al establecerse que la carga de la prueba le corresponde al acusador, éste tendrá que probar cada uno de los elementos que configuran la infracción que se imputa al acusado. Para tal efecto, el acusador deberá cumplir, al menos, con lo siguiente:

- (i) Señalar cuáles son los hechos que configuran cada uno de los elementos de la infracción imputada;
- (ii) Señalar cuáles son los medios probatorios que acreditan cada uno de los hechos que configuran la infracción imputada; y,
- (iii) Fundamentar que la hipótesis de la acusación es la única que explica los hechos probados del caso. Si existe otra hipótesis que explica los hechos del caso, así sea menos probable, no se podrá condenar al acusado.

Esta es la concepción tradicional que se tiene de la carga de la prueba en los procedimientos sancionadores. Ahora bien, lo que pretende mostrar este artículo es si esa forma de entender la carga de la prueba en los procedimientos sancionadores administrativos es eficiente desde el punto de vista de minimización de los costos sociales derivados de las infracciones.

En efecto, la forma tradicional de entender la carga de la prueba solo se concentra en saber quién ha realizado determinadas afirmaciones, mas no en saber quién tiene acceso a éstas o puede producirlas a un menor costo¹¹. No siempre quien realiza una determinada afirmación tiene el acceso o puede producir una determinada prueba a un menor costo que su contraparte.

Ahora bien, la determinación del acceso o la producción de la prueba resultan fundamental para que cierta información sea incorporada al proceso. Si la producción de cierta prueba supera los beneficios que obtendría esa parte con esa prueba, entonces esta no la producirá. Ello, a pesar de que la producción de esa prueba al proceso puede ser beneficiosa para la sociedad en el sentido de que podría permitir saber qué ocurrió en el caso.

5. Un punto de vista funcional de la carga de la prueba

Tal como ha sido señalado por Kaplow (2012, 2015), uno de los problemas del procedimiento se encuentra en obtener la información necesaria para saber qué ocurrió en un caso. La obtención de esa información puede ser costosa y, además, su acceso no es igual para todos los actores que participan del procedimiento. Las partes tienen un mejor acceso a cierta información y el costo de su producción por parte de algunos puede ser menor que en otros.

¹¹ Ello, estaría más vinculado con la utilización de la carga de la prueba dinámica.

En ese sentido, si tenemos los siguientes objetivos: a) cómo obtener la mayor cantidad de información para tener la mejor aproximación posible sobre los hechos del caso; y, b) cómo lograr el mejor uso de los recursos para lograr el objetivo a).

El objetivo a) está referido a tener aquella información suficiente y de calidad que permita aproximarnos de la mejor manera a saber qué ocurrió en un caso y de esa manera minimizar la cantidad de errores que se puede incurrir al identificar quién cometió una infracción o si cierta conducta puede ser calificada como tal. Para que las personas se vean incentivadas por el Derecho es necesario que ellas sepan que su cumplimiento es efectivo. En caso contrario, las personas no tendrían incentivos para comportarse de acuerdo a lo dispuesto por el Derecho, lo cual tendría efectos sobre el nivel de disuasión que se buscaría con el Derecho.

El objetivo b) está referido a los costos administrativos que tiene todo sistema de enforcement o cumplimiento de la normativa. Los costos de este sistema pueden ser altos porque implican el uso extensivo de recursos. Y, como es conocido, a la sociedad no le interesa hacer cumplir todas las normas a cualquier costo, sino que solo le importará que el uso de los recursos empleados sea igual a los beneficios obtenidos por sancionar una determinada conducta.

La carga de la prueba tiene que ver con la optimización de los recursos en un procedimiento para obtener información faltante en un procedimiento. En otras palabras, es un instrumento que permite distribuir entre las partes la producción de información que es necesaria para saber qué ocurrió en el caso. Si la parte no cumple con esa carga, ella puede perder el caso.

En ese sentido, la atribución de la carga de la prueba a una de las partes implica que esta tenga que emplear más recursos en demostrar su caso.

La carga de la prueba en este tipo de situaciones debería ser el siguiente: quién tiene mejor acceso a la evidencia de un caso o una mayor facilidad de producirla debe ser aquel que debería tener la carga de producir una determinada evidencia. Ello, en virtud a las siguientes razones:

- a) La producción de una determinada prueba tiene un costo. En ese sentido, es más eficiente socialmente que aquella que puede producirla a un menor costo es la que debe producirla.
- b) Muchas veces, es una de las partes la que tiene acceso a una determinada prueba, razón por la cual resulta eficiente que sea aquella que tiene acceso a dicha prueba que la produzca.

Si le asignamos siempre la carga de la prueba a la autoridad así ella no tenga acceso a una determinada prueba, ello implicaría tener que emplear más recursos de lo que sería socialmente más eficiente. Y, en caso la autoridad tenga recursos escasos, ello podría dejar una serie de casos sin sanción.

La situación anterior podría incentivar comportamientos estratégicos por parte de los investigados para dificultar el acceso a la información que tienen para no ser sancionados.

- c) Si las empresas tienen la carga de presentar la información que tienen a su alcance sobre la ocurrencia de un determinado hecho o de producirla por una cuestión de costos, éstas podrían idear mecanismos para reducir los costos de su producción o acceso. Como ellos realizan una actividad repetitiva en el tiempo y conocen mejor su actividad, entonces éstas tendrían incentivos para minimizar dichos costos.

Por el contrario, la autoridad investiga una diversidad de casos distintos entre sí o no conoce la actividad con el mismo detalle que los investigados, razón por la cual no tendría ni los incentivos ni el conocimiento para minimizar los costos de producción de esa prueba. Por esa razón, es más eficiente que sean las empresas que tengan la carga de producir una determinada prueba cuando se reúnen las dos condiciones señaladas inicialmente.

6. Caso de estudio: Informes de Monitoreo Ambiental de Efluentes

Como se señaló anteriormente, existen muchas dificultades para poder probar algunos de los elementos constitutivos de una infracción ambiental por parte de un administrado. En específico, probar quién causó un determinado daño resulta de muy difícil probanza, porque el daño al ambiente recién se observa días después de que se la ha ocasionado y no es fácil detectar cuál es la fuente de ese daño. Sin perjuicio de ello, nos centraremos en un caso donde exista la probabilidad de daño o daño, pero no se ha podido mostrar quién es el causante. Ello, a efectos de mostrar la utilidad y los beneficios de cambiar la carga de la prueba en ciertos casos.

Dentro de las obligaciones ambientales, el ordenamiento ha establecido la entrega de Informes de Monitoreo Ambiental (IAM) de efluentes. El análisis del incumplimiento de esta obligación formal nos permitirá mostrar cómo puede ser eficiente socialmente la inversión de la carga de la prueba. Ello, por dos razones: a) se podrían eliminar comportamientos estratégicos respecto del ocultamiento de información perjudicial para las empresas; y, b) se reducirían los costos administrativos de producción de cierta información en tanto que el particular tiene mecanismos para minimizar el costo de producción de esa información en el caso concreto y en el tiempo. Ambas creemos son razones para que se pueda trasladar la carga de la prueba al administrado.

La selección de los IMA por efluentes como un caso de estudio se debe a que cada administrado se encuentra en la obligación de entregar estos informes de acuerdo a un periodo establecido por la normativa ambiental sectorial o por el compromiso establecido en su Instrumento de Gestión Ambiental (IGA). En cada informe se debe mostrar los resultados de los parámetros establecidos por la normativa sectorial en diferentes puntos de muestreo, por lo que la información remitida por el administrado permitiría al ente fiscalizador la detección de una

infracción relacionada al exceso de los LMP.¹² El sobrepasar los LMP podría significar un daño al ambiente dependiendo de cada parámetro, por lo que los IMA son un control necesario, tanto para el administrado como para el ente fiscalizador, para verificar que no se está generando daño.

Sin embargo, si bien el costo presentar los IMA no implicaría un costo elevado al administrado, ya que solo represente el costo de enviar la documentación al OEFA luego de haber realizado el monitoreo, como se verá más adelante, existen multas relacionadas con el incumplimiento de esta obligación, lo que significa que existen administrados que pueden haber no entregado el IMA por diferentes motivos. El incumplimiento podría deberse a dejadez, a pérdida de la información o a la omisión de información con la finalidad de evitar una multa más grande relacionada con el exceso de LMP. En caso sea esta última la causa, como se discutirá más adelante, al OEFA le sería sumamente complicado demostrar que se excedió uno o varios LMP, ya sea por el movimiento de cuerpo de agua o por el periodo en el que se encuentra dicho hallazgo, por lo que en estos casos correspondería evaluar si debe ser el administrado quien deba demostrar que no se generó daño al ambiente.

El detectar el incumplimiento de la entrega de los IMA por efluente resultaría una herramienta útil para que el ente fiscalizador pueda sospechar de un posible daño al ambiente a menos que se demuestre lo contrario. Estos casos resultan relevantes debido a que existen zonas en el país afectadas o en riesgo debido a que han recibido efluentes con excesos de LMP, por lo que para fines del presente estudio se seleccionaran administrados en estas zonas para luego verificar el cumplimiento de la obligación. A continuación se presentan las zonas identificadas para la selección de las empresas a analizar para luego explicar cómo se obtuvo y procesó la información relacionada a los IMA de cada una de ellas entre 2013 y 2016.

6.1 Zonas afectadas o riesgo por efluentes con excesos de LMP

Para poder determinar zonas afectadas, se solicitó a la Dirección de Evaluación del OEFA informes sobre evaluaciones ambientales de la Bahía del Ferrol y de Paita¹³ puesto que ambos contienen información sobre el estado de afectación causado por actividades de empresas del sub-sector Hidrocarburos y sector Pesca. Asimismo, se solicitó el Informe de Evaluación Ambiental del Lote 8¹⁴, en el cual se han reportado derrames en zonas aledañas a cuerpos de agua en la Selva Norte del país. Para el caso del sector Minería, se decidió explorar zonas donde haya habido evidencia de conflictos sociales en los últimos años relacionados con la

¹² Las normas que establecen los LMP en cada sector y subsector son las siguientes:

- Pesca: Decreto Supremo N° 010-2008-PRODUCE
- Minería: Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM
- Hidrocarburos: Decreto Supremo N° 037-2008-PCM

¹³ Se obtuvieron los siguientes documentos: OEFA. *Evaluación Ambiental de la Bahía de Paita año 2016*. 2016 y OEFA. *valuación Ambiental de la Bahía el Ferrol año 2016*. 2016.

¹⁴ Se obtuvo el siguiente documento: OEFA. *Informe de evaluación ambiental del Lote 8 de Pluspetrol Norte S.A. – Loreto, años 2014 – 2015*. 2015

contaminación de cuerpos de agua debido a que no se logró obtener información sobre Evaluaciones Ambientales vinculados a cuerpos de agua.¹⁵

De la información remitida por el OEFA para la bahía del Ferrol, en el informe de evaluación se desarrolla el monitoreo de la calidad de agua marina, continental y de los vertimientos de origen desconocido. De los muestreos tomados se encontró que existen diferentes parámetros cuyos parámetros (i.e. aluminio, coliformes totales, coliformes fecales, hierro, pH) exceden los Estándares de Calidad Ambiental (ECA), lo cual implicaría que probablemente ha habido un excedente de LMP por parte de las empresas operando en la bahía, en la cual predomina la actividad pesquera. Por este motivo, se decidieron seleccionar dos empresas pesqueras de gran escala de producción para consumo humano indirecto dado que son estas las que habrían podido causar el mayor impacto al ecosistema marino de la bahía. Por este motivo se decidió analizar a dos empresas, las cuales se denominarán como Pesquera 1 y Pesquera 2, ambas en sus unidades de Chimbote.

Por otra parte, en el reporte de Evaluación Ambiental de la Bahía de Paita se encontraron también incumplimientos en los ECA en varios puntos de muestreo, sobre todo en los parámetros como Zinc, Aluminio, Boro, Hierro, Coliformes fecales y Coliformes totales. Al ya tener empresas pesqueras en la muestra, se decidió analizar una empresa de hidrocarburos en proceso de explotación, por lo cual se seleccionó a una a la cual se denominará como Hidrocarburos 1. En cuanto a la información de la evaluación ambiental del Lote 8, se muestran también condiciones donde se excede parámetros como el pH, Plomo, Hierro, entre otros, en ríos aledaños al lote, se decidió analizar a la empresa que se encuentra operando, a la cual se le denominará Hidrocarburos 2. No obstante, debido a que no se recibió información suficiente para hacer el análisis de las entregas se decidió excluirla de la muestra.

Para el sector Minería, luego de analizar información sobre conflictos ambientales, se seleccionaron dos empresas mineras a las cuales se denominará Minera 1 y Minera 2, las cuales tuvieron problemas con poblaciones aledañas a su zona de producción debido a una presunta contaminación de los cuerpos de agua en el área. Asimismo, se han seleccionado solo una unidad ambiental por cada una de las empresas seleccionadas dado que se ha tenido que revisar una gran cantidad de IMA así como los parámetros contenidos en cada uno de ellos. No obstante, como se detallará en la siguiente sección, el ejercicio realizado con las seis empresas seleccionadas ha servido para poder identificar las dificultades existentes en la evaluación del cumplimiento de obligaciones formales en el país. Con la finalidad de evitar controversias con posibles PAS que se inicien a las empresas seleccionadas debido al incumplimiento de la entrega de los IMA de efluentes, se decidió mantener el nombre de todas las empresas en el anonimato.

6.2 Cumplimiento en la entrega de los informes de monitoreo

¹⁵ Para esto se revisaron los Reportes Mensuales de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo desde 2011 a 2016. Estos se encuentran disponibles en: <http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=3#> [Revisado el 07 de mayo de 2017]

Luego de seleccionar la muestra de empresas, con la finalidad de evaluar la entrega de información formal, se solicitó al OEFA los IMA de efluentes para dos empresas pesqueras harineras, dos empresas mineras de gran escala y dos lotes petroleros en producción para el periodo entre 2013-2016. Cada sector tiene una normativa diferente en el caso de la entrega de los IMA, por lo que cada administrado deberá ser analizado de forma detallada.

En el caso del sector Pesca, la R.M. 061-2016-PRODUCE establece que las empresas de Consumo Humano Directo (CHD) deben entregar 2 reportes de monitoreo, mientras que las Harineras deben entregar un reporte mensual, es decir, 12 si se demuestra que la empresa ha trabajado todo el año. Para esto se revisaron los reportes de descarga de materia prima en las dos areneras revisadas. Para aquellos periodos previos al pronunciamiento de la R.M 061-2016, se asumirá que las empresas en el sector tenían las mismas obligaciones formales.

En el caso de Minería de gran escala existe la R.M. 011-96-EM/VMM, la cual establece el periodo de entrega de los informes de monitoreo sobre efluente dependiendo de la cantidad de descarga. En el caso de descargas mayores a 300 m³ al día la obligación es de 4 reportes al año. Por otra parte, en los Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA) el administrado puede comprometerse a entregar una mayor cantidad de reportes si lo ve conveniente.

Por otra parte, en el sector hidrocarburos, el D.S. 015-2006-EM establece que la entrega del monitoreo deberá darse 30 días después de realizado el vertimiento. No obstante, no se especifica cuantos reportes deben entregarse, por lo que es necesario revisar los IGA de las empresas en este sector para poder establecer la cantidad de reportes a entregar según la Unidad Ambiental. Luego de revisar el Estudio de Impacto Ambiental¹⁶ del lote correspondiente a la empresa Hidrocarburos 1, se encontró que la obligación de entrega del IMA era mensual.

Una vez identificadas las obligaciones formales en cada administrado, fue necesario revisar los IMA recibidos para verificar que se hayan cumplido con las obligaciones en las unidades analizadas. Para contabilizar un informe como realmente entregado, al momento de revisar la información recibida se corroboró el desarrollo de análisis de muestras en laboratorios en cada mes necesario (e.g. LMP) en efluentes. Asimismo, la información ha sido considerada como realmente entregada si se obtuvo en el plazo establecido por cada legislación. También se revisó la información presentada para un periodo realmente correspondía a este.

El análisis, aunque de pocas empresas, dio a conocer las dificultades que existen para determinar si un administrado cumplió realmente con la entrega del IMA, tales como las siguientes:

¹⁶ El Estudio de Impacto Ambiental fue obtenido consultando el portal web del Ministerio de Energía y Minas: <http://www.minem.gob.pe/descripcion.php?idSector=2&idTitular=7494> [Revisado el 10 de mayo de 2017]

- Para algunos de los administrados se recibió información que solo certificaba la recepción del IMA, mas no se contaba con información sobre los resultados de laboratorio, por lo que no se pudo determinar si realmente la empresa había cumplido con su compromiso.
- Se dieron casos en los que el administrado afirmaba entregar el IMA de efluentes dentro de un reporte de monitoreo de otros componentes ambientales, más el análisis del documento mostraba que el componente agua no había sido considerado.
- El formato de algunos reportes dificultaba su lectura, mientras que para otros reportes se encontró información sobre el monitoreo de efluentes, pero que pertenecía a otro periodo de análisis.
- Se encontraron reportes en donde se repetía la información o donde los datos presentados en un informe mensual/trimestral, no coincidía con la información de un informe anual para el mismo punto de muestreo en el mismo mes.

Teniendo en cuenta estas limitaciones, se ha considerado que el administrado entregó o cumplió con su obligación cuando se encontraba un IMA de efluentes con la información adecuada para el periodo presentado. Por otra parte, se consideró incumplimiento cuando no se encontró un IMA para el periodo analizado en donde se debía cumplir con la obligación, o cuando se encontraba que en reportes conjuntos no se presentaba el análisis del componente agua o la información no correspondía al periodo analizado. Para aquellos casos en donde se obtuvo la carta de recepción del IMA, y no se pudo conseguir el IMA por otro pedido de información, se concluyó que no se contaba con información suficiente para determinar el cumplimiento o el incumplimiento de la infracción.

En la tabla N° 1 se muestran los cumplimientos (C) e incumplimiento (IC), así como aquellos casos sin información suficiente (SI) o sin obligación formal (SO), de los IMA de efluentes en el periodo establecido para cada unidad de las empresas seleccionadas para cada sector. Por otra parte, en la tabla N° 2 se muestran, para aquellos IMA a los que se tuvieron acceso, si se encontró indicios (E) o no (NE) excesos de LMP en los parámetros reglamentados para cada sector.

Como se puede observar, los casos analizados del sector pesca presentaron una alta tasa de cumplimiento. En el caso de Pesquera 1 se encuentra que solo hay un incumplimiento en cada periodo, mientras que para Pesquera 2, omitiendo el año 2013, no se detecta ningún incumplimiento en la entrega de información. No obstante, para Pesquera 1 se encontraron evidencias sobre el exceso de LMP en los años 2013 y 2016. Una situación similar ocurre para las empresas mineras, en donde una de ellas solo tiene dos incumplimientos, mientras que la segunda tiene varias entregas sin realizarse, Siendo esta última aquella donde se han encontrado más excesos de LMP. En el caso de Hidrocarburos 1 se observa que la mayoría de

meses no se cuenta con entrega de IMA, siendo la empresa con mayor cantidad de incumplimientos de las cinco analizadas. Desafortunadamente no se pudo contar con la información para 2014 de Hidrocarburos 1.

Tabla N° 1: Entrega de Informes de Monitoreo Ambiental de Efluentes entre 2013 y 2016

Empresa	2013												2014												2015												2016											
	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
Pesquera 1	C	SO	SO	SO	IC	C	C	SO	SO	SO	C	C	C	SO	SO	SO	SO	C	C	SO	SO	SO	C	C	SO	SO	SO	SO	SO	SO	IC	IC	C	SO	SO	SO	SO	SO	C	IC	SO	SO	SO	C	C			
Pesquera 2	IC	SO	SO	SO	IC	IC	IC	SO	SO	SO	IC	IC	C	SO	SO	C	C	C	C	SO	SO	SO	SO	SO	SO	C	C	SO	SO	SO	SO	C	C	C	SO	SO	SO	SO	SO	C	C	SO	SO	SO	C	C		
Minera 1	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	IC	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	IC	SO	SO	C	SO	SO	C	SO	SO	C			
Minera 2	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	C	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	C	SO	SO	IC	SO	SO	IC	SO	SO	C			
Hidrocarburos 1	IC	C	IC	IC	C	IC	IC	IC	IC	C	IC	SI	SI	SI	SI	SI	SI	IC	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	IC	IC	IC	IC	IC	IC	IC	SI	IC	SI	IC	IC	IC	SI	IC	IC	IC	SI	C			

Leyenda: C: Cumplimiento, IC: Incumplimiento, SO: Sin obligación formal, SI: Sin información

Fuente: Informes de Monitoreo Ambiental provistos por el OEFA

Elaboración: Propia

Tabla N° 2: Entregas de Informes de Monitoreo Ambiental de Efluentes entre 2013 y 2016 en donde se detectaron excesos de Límites Máximos Permisibles

Empresa	2013												2014												2015												2016											
	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
Pesquera 1	E					E	NE				E	E	NE					NE	NE				NE	NE											E								NE	NE				
Pesquera 2													NE			NE	NE	NE	NE								NE	NE				NE	NE	NE								NE	NE			NE	NE	
Minera 1			NE			NE			E			NE			E					E			NE		NE			E			NE									NE			E		E			
Minera 2																				E			E					E									E											
Hidrocarburos 1		E			E						E																																			E		

Leyenda: E: Evidencia de exceso, NE: No hay evidencia de exceso

Fuente: Informes de Monitoreo Ambiental provistos por el OEFA

Elaboración: Propia

Para tener una visión más detallada, en la tabla N° 3 se presenta un resumen de la información contenida en la tabla N° 1. En esta se puede observar que la empresa Hidrocarburos 1 es la que tiene una mayor cantidad de incumplimientos (87%), mientras que la empresa Minera 1 es en la que menos faltas se encontraron (13%), dando indicios de la heterogeneidad que puede existir en un sector, mientras que en otros la tasa de incumplimiento es similar, como es el caso del sector pesca.

Tabla N° 3: Resumen de las entregas de IMA por efluente en el periodo 2013 - 2016

Empresa	C	IC	Total de obligaciones	%C	%IC
Pesquera 1	15	6	21	71%	29%
Pesquera 2	14	6	20	70%	30%
Minera 1	14	2	16	88%	13%
Minera 2	5	11	16	31%	69%
Hidrocarburos 1	4	27	31	13%	87%

Fuente: Informes de Monitoreo Ambiental provistos por el OEFA
Elaboración: Propia

Por otra parte, en la tabla N° 4 se muestra el porcentaje de cumplimientos según los indicios de que se haya podido exceder los LMP de alguno de los parámetros para alguna de los puntos de muestra. Se puede ver que Hidrocarburos 1 muestra los mayores indicios de haber excedido los LMP, siendo el 100% de sus entregas con por lo menos un parámetro excedido, mientras que Pesquera 2 no muestra indicios para ninguna de sus entregas. El hecho de que Hidrocarburos 1 sea la que tiene la mayor tasa de incumplimiento y a su vez muestra los mayores indicios de exceso de LMP, se podría deber al hecho que, para aquellos periodos en los que no se entregó el IMA, el exceso de LMP haya sido mucho mayor de aquellos encontrados.

Tabla N° 4: Resumen de los posibles excesos de LMP en la entrega de IMA en el periodo 2013 - 2016

Empresa	E	NE	C	%E	%NE
Pesquera 1	5	10	15	33%	67%
Pesquera 2	0	14	14	0%	100%
Minera 1	6	8	14	43%	57%
Minera 2	4	1	5	80%	20%
Hidrocarburos 1	4	0	4	100%	0%

Fuente: Informes de Monitoreo Ambiental provistos por el OEFA
Elaboración: Propia

Para las empresas analizadas con evidencia de exceso se encontraron una gran heterogeneidad de excesos, por lo que los resultados mostrados anteriormente podrían dar indicios de que para aquellos meses que no se entregaron los IMA, es posible que se hayan dado excesos aún mayores de LMP que los reportados a la autoridad competente. Asimismo, abe también la posibilidad que tales empresas no efectuaron los monitoreos debido a que ya existía un conocimiento previo de que se excederían en los LMP, resultando económicamente más rentable aceptar el costo del incumplimiento, el cual solo se dará en el caso la autoridad fiscalizadora detecte la infracción.

6.3 Inversión de la carga de la prueba en la entrega de IMA de efluentes

Dado estos posibles indicios, y al ser todas las empresas analizadas consideradas como grandes, es necesario ver cómo ha tratado el OEFA esta clase de infracciones y que medidas ha impuesto. Esto permitirá observar si se dan los incentivos suficientes para evitar este tipo de conductas que, de acuerdo a nuestra pequeña muestra, suelen variar en frecuencia según el sector. Asimismo, ayudará a analizar los posibles beneficios que vendrían de realizar la inversión de la carga de la prueba en estos casos.

Utilizando el Registro de Actos Administrativos (RAA) disponible en el portal web del OEFA,¹⁷ se obtuvieron aquellas infracciones relacionadas con “No efectuar monitoreos (en el plazo, alcance y/o frecuencia)”. En la tabla N° 5 se encuentra que son un total de 161 infracciones relacionadas con esta clase de infracción, pero solo 6 de estas (4%) fue multada y, el promedio de estas multas asciende a 4.73 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), mostrando que han sido pocas las infracciones multadas en estos casos para los sectores analizados.

Tabla N° 5: Infracciones multadas relacionadas a “No efectuar monitoreos (en el plazo, alcance y/o frecuencia)”, 2010-2017

Sector	Total de infracciones	Cantidad de Multas	%	Promedio (UIT)
Hidrocarburos	94	3	3%	2.33
Pesquería	62	2	3%	5.00
Minería	5	1	20%	10.00
Total	161	6	4%	4.73

Fuente: Registro de Actos Administrativos actualizado al 31 de marzo de 2017, OEFA
Elaboración: Propia

Por otra parte, el OEFA también impone medidas correctivas, las cuales se establecen con la finalidad de que el administrado corrija la conducta infractora y a su vez evitar de que vuelva a suceder. En la tabla N° 6 se puede observar que de las 161 infracciones, a 72 (45%) se le impusieron medidas correctivas, siendo el sector pesca en el que se han impuesto la mayor cantidad en función del total de infracciones encontradas en el sector (55%). No obstante, una medida correctiva recurrente es la de asegurar de que esta conducta no se repita mediante el desarrollo de capacitaciones al personal, las cuales representan el 47% del total.

Tabla N° 6: Medidas correctivas relacionadas a “No efectuar monitoreos (en el plazo, alcance y/o frecuencia)”, 2010-2017

Sector	Total de infracciones	Medidas correctivas	%	Capacitaciones	%
Hidrocarburos	94	36	38%	22	61%
Pesquería	62	34	55%	12	35%
Minería	5	2	40%	0	0%
Total	161	72	45%	34	47%

¹⁷ Se revisó el Registro de Actos Administrativos (R.A.A.) disponible en: <http://apps.oefa.gob.pe/sifam/faces/page/fiscalizacion/registroinfractor/principal.xhtml> [Revisado el 14 de mayo de 2017]

Tanto las multas y las medidas correctivas impuesta por el OEFA para los casos analizados dan indicios que es posible que las empresas no tengan incentivos suficientes para cumplir con los monitoreos dado que existen muy pocas empresas multadas por este tipo de actos y el costo al que tendrían que incurrir para cumplir las medidas correctivas es usualmente el equivalente a una capacitación al personal. Asimismo, la probabilidad de que se encuentre un exceso de LMP sin tener un IMA es muy baja, por lo que al administrado le conviene evitar la detección si se considera que la multa máxima impuesta por exceso de LMP en efluentes es de 600 UIT según el R.A.A.

De esta forma, el beneficio esperado del administrado por incumplir la normativa podría ser modelada según lo propuesto por Cohen (1987):

$$Be(c) = I(p) - C(p, c) - PsTs(c) - \int_x [R(x) + Pc(x)Tc(x, c)]f(x, c)dx - c$$

Donde Be es el beneficio ilícito esperado, el cual está en función a la contaminación (c) que pueda generar el incumplimiento. Este será el resultado de los ingresos de la producción (p) menos los costos de producción (C), la probabilidad (Ps) de ser sancionado (Ts) y los daños que la autoridad pueda comprobar causado por la externalidad negativa al ambiente (x), el cual también conlleva una pérdida de recursos para el administrados (R) y la probabilidad (Pc) de que la autoridad detecte a la empresa como el causante de la externalidad y la sanción que esto conlleva (Tc)

De acuerdo a este modelo, el administrado tiene más incentivos de incumplirla normativa cuando las probabilidades de detección (Ps y Pc) o cuando las sanciones (Ts y Tc) sean muy bajas. La evidencia muestra que este es el caso para las entregas de IMA por efluentes, ya que el costo de producción será lo único que reducirá las ganancias obtenidas por no realizar el monitoreo u ocultar información. Al no entregar la información las probabilidades de detección se reducirían considerablemente, por lo que el administrado mantendría su beneficio ilícito casi por completo.

Dada esta situación, y como ya se vio anteriormente, el organismo fiscalizador no se encuentra en la mejor posición para demostrar el incumplimiento, sobre todo por un tema de información y de costos. Probar que el administrado excedió los LMP de un parámetro podría ser muy costoso y hasta poco probable dependiendo el cuerpo de agua en donde se vierte el efluente. Por otra parte, si bien inferir que por no contar con un IMA se está excediendo un LMP podría ser difícil de demostrar incluso para el administrado, otra posibilidad más factible sería asumir que no llevó a cabo el monitoreo ambiental en los plazos establecidos. En este caso la evidencia a presentar por el administrado no sería costosa en caso haya cumplido con su compromiso y solo haya dejado de enviar el IMA.

Incluso puede darse el caso en el que el administrado, dado la poca probabilidad de sanción, decida ya no realizar el monitoreo ambiental y asumir el costo de la

multa o la medida correctiva cuando se determine el incumplimiento. Este escenario también sería difícil de probar para el organismo sancionador. Por otra parte, si a esto se le suma la ausencia de plantas de tratamiento de efluentes, la probabilidad de que el exceso de LMP haya causado el incumplimiento puede incrementar, por lo que podría darse un escenario de daño potencial en el que la autoridad competente no cuente con la información suficiente y corresponda invertir la carga de la prueba al administrado.

En el caso que se logre invertir la carga, el administrado deberá probar que no ha generado daño al ambiente, ya sea entregando dicho monitoreo a destiempo o mostrando un contrato vigente con un laboratorio y solicitando la información que esta tenga de la muestra. Asimismo podría demostrar que su producción no podría haber causado dicho exceso o señalando y probando que otro administrado es realmente responsable por el excedente cuando un cuerpo receptor se vea afectado por más de una empresa. Asimismo, la misma situación podría darse para que el administrado demuestre que realmente desarrollo su IMA pero no lo entregó a tiempo por diferentes razones.

Otra forma en la que la autoridad podría tener más indicios sobre el exceso de LMP en efluentes es contrastando la información de los muestreos tomados por ella misma en campo con los periodos en los que se encuentra que el administrado no ha presentado la información correspondiente a los IMA de efluentes. En caso se encuentren excesos para aquellos periodos en donde hay incumplimientos de la información, la autoridad debería poder solicitar al administrado que demuestre que no ha sido causante de dicho excedente o ayudar a determinar quién ha sido el responsable. En el presente estudio se intentó hacer este contraste pero no se logró contar con la información de la Dirección de Supervisión del OEFA sobre los monitores de campo.

7. Conclusiones

En algunos casos, los administrados no entregan los IMA de efluentes que le correspondían, lo cual constituye una infracción a sus obligaciones ambientales. Este incumplimiento podría deberse a dejadez en realizar el monitoreo respectivo, a pérdida de la información o a la intención de no querer presentar la información a efectos de evitar una multa más grande relacionada con el exceso de LMP. En cualquiera de estos casos, la no presentación de esa información le impediría a la autoridad administrativa conocer si la actividad del administrado tuvo, o no, un impacto negativo en el ambiente.

Para el OEFA le sería sumamente complicado y costoso demostrar que el administrado se excedió uno o varios LMP, ya sea por el movimiento de cuerpo de agua o por el periodo en el que se encuentra dicho hallazgo. En ese sentido, el presente trabajo discute si se puede presumir que, en virtud a dicho incumplimiento, el administrado ha ocasionado un daño al ambiente. De ser afirmativa la respuesta a lo señalado anteriormente, el administrado imputado en un PAS tendría que probar que esa presunción es falsa.

De acuerdo al modelo planteado en el artículo, el administrado tiene más incentivos de incumplir la normativa cuando las probabilidades de detección (P_s y P_c) o cuando las sanciones (T_s y T_c) sean muy bajas. La evidencia muestra que éste es el caso para las entregas de IMA por efluentes, ya que el costo de producción será lo único que reducirá las ganancias obtenidas por no realizar el monitoreo u ocultar información. Al no entregar la información las probabilidades de detección se reducirían considerablemente, por lo que el administrado mantendría su beneficio ilícito casi por completo.

Para el organismo fiscalizador detectar si el administrado superó los LMP de un parámetro podría ser muy costoso y hasta poco probable dependiendo del cuerpo de agua en donde se vierte el efluente. A diferencia de ello, para el administrado ello sería menos costoso, dado que podría empezar a investigar cuáles han sido los efectos de su actividad en el cuerpo receptor agua.

En la sección de análisis del artículo, se planteó si podría trasladarse la carga al administrado para que demuestre que su actividad no superó los LMP. En caso no cumpla con esa carga, entonces se entenderá que si se excedió en los parámetros que podrían haberse visto afectados por su actividad. Este traslado de la carga de la prueba no implica la imposición de una carga de la denominada “prueba diabólica”, en tanto que el administrado si tendría una opción a producir que se encuentra a su alcance. En efecto, el particular podría demostrar que su actividad en el periodo investigado no podría haber superado los LMP.

Finalmente, si bien otra forma en la que la autoridad podría tener más indicios sobre el exceso de LMP en efluentes es contrastando la información de los muestreos tomados por ella misma en campo con los periodos en los que se encuentra que el administrado no ha presentado la información correspondiente a los IMA de efluentes, la autoridad de supervisión no siempre realiza ese tipo de monitoreos. En cualquier caso, sería un desperdicio de recursos que la autoridad realice monitoreos en los lugares donde el administrado tenía que realizarlos. La autoridad podría hacerlo aleatoriamente para contrastar la información que presentan los administrados con la que ésta recopila; pero ello no puede implicar que realice en todos los lugares donde le correspondía a los administrados.

Por esa razón, consideramos que cuando el administrado no presenta un IMA, se le debería exigir al administrado que produzca evidencia de que en el periodo donde le correspondía realizar el monitoreo no se superó los LMP de los parámetros respectivos. En caso contrario, se presumiría que si lo superó.

Finalmente, si bien se ha empleado el estudio de un caso específico para demostrar los beneficios del traslado de la carga de la prueba al administrado, a efectos que sea éste quien tenga el deber de demostrar ante la autoridad administrativa su no culpabilidad en el marco de un PAS; el modelo esbozado y el planteamiento efectuado representan no solo un enfoque funcional, sino además, poseen la virtud de sortear los efectos negativos derivados de la presunción de inocencia, minimizando la aparición de los errores de condena o de absolución que promueve el enfoque legal tradicional.

Bibliografía

BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, N° 76, 169-217, 1968.

COHEN, Mark A. Optimal Enforcement Strategy to Prevent Oil Spills: An Application of a Principal – Agent Model with Moral Hazard. *Journal of Law and Economics*. N°30, 1987

CRESPO, Ricardo. *La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la Nueva Constitución*. En *Letras Verdes*, N° 2, 2008

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 1, 1984

GAROUPA, N., y M. RIZZOLLI. Wrongful Convictions Do Lower Deterrence. *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*, N° 168, 224-231, 2012.

KAPLOW, Louis. *Information and The Aim of Adjudication: Truth or Consequences*. 1303 *Stanford Law Review* 2015.

KAPLOW, Louis. *Burden of Proof*. *The Yale Law Journal*. 2012.

LANDO, H. Does Wrongful Convictions Lower Deterrence? *Journal of Legal Studies*, N° 35, 327-337, 2006.

LAUDAN, Larry, *The Presumption of Innocence: Material or Probatory?* 2008. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1152886>

LAUDAN, Larry, *The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules*, 2008. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1075403>

LOZANO CUTANO, Blanca. *La Responsabilidad por daños ambientales: La situación actual y el nuevo sistema de Responsabilidad de Derecho Público que introduce la Directiva 2004/35/CE*. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, N° 12-13, 2005.

POLINSKY, M., y S. SHAVELL. The Optimal Tradeoff of between Probability and Magnitude of Fines. *The American Economic Review*. N° 19, 880-891, 1979.

POLINSKY, M., y S. SHAVELL. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, N° 38, 45-76, 2000.

POLINSKY, M., y S. SHAVELL. *The Theory of Public Enforcement of Law*. NBER Working Paper, 11780, 3-82, 2005.

PNG, I.P.L. Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error. *International Review of Law and Economics*, N° 6, 101-105, 1986.

PRIORI, Giovanni y Roberto Pérez-Prieto de las Casas. *La carga de la prueba en el proceso laboral*. *Revista IUS ET VERITAS*, N° 45, 2012.

STIGLER, G. The Optimum Enforcement of Laws. *The Journal of Political Economy*, N° 7, 526-536, 1970.