

Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa¹

Burden of proof analysis in environmental enforcement: an alternative approach

César Higa Silva

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la misma casa de estudio. Máster en Teoría de la Argumentación por la Universidad de Alicante. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Academia de la Magistratura. Contacto: chiga@pucp.edu.pe

Jerico Fiestas-Flores

Economista por la Universidad del Pacífico y MSc. en Economía Ecológica por la Universidad Autónoma de Barcelona. Actualmente es estudiante de doctorado en Economía agrícola y de Recursos Naturales en la Universidad de Alberta. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3353-2153>. Contacto: fiestasf@ualberta.ca

Diana Vigo Cubas

Economista por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Economía por la misma casa de estudio. Especialista en impacto regulatorio de la Dirección de Políticas y Normas de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento. Contacto: dvigo@sunass.gob.pe

Ricardo Machuca Breña

Economista por la Universidad Nacional del Callao con estudios de Maestría en Economía de los Recursos Naturales y del Ambiente, especialización en Evaluación de Impactos, Econometría Aplicada, Valoración Económica de Servicios Ecosistémicos y dominio avanzado de paquetes estadísticos–Económicos. Director de Fiscalización y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental -OEFA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0889-4654>. Contacto: rmachuca@oefa.gob.pe

Eduardo Melgar Córdova

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Laws (LLM) por las universidades Erasmus de Rotterdam y Hamburgo. Máster en Análisis Económico del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Economía Política y Teoría de la Regulación. Ex Director del Círculo de Derecho Administrativo (CDA). Presidente del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo

1 El presente texto es inédito y se basa en una ponencia presentada en la 21° Conferencia anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE), realizado la Universidad del Pacífico, Lima, Perú, 2017. El artículo refleja estrictamente la opinión de los autores y se basa en información pública; no comprometiendo a los organismos donde laboran.

Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL y Director de Fiscalización y Sanción de la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao - ATU. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2196-4453> Contacto: eduardo.melgar@emleu.edu

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad explorar si resulta socialmente óptimo el empleo del denominado principio de presunción de licitud de la manera como viene siendo utilizado en el derecho administrativo sancionador peruano. Desde el Análisis Económico del Derecho, los autores evalúan si: a) si es eficiente utilizar el estándar de la presunción de licitud en todos los casos; y, b) si en algunos casos, resulta más 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. Para demostrar la necesidad de este cambio en situaciones concretas, se analizó la entrega de informes de monitoreos ambientales de empresas pesqueras, mineras e hidrocarburos en diferentes zonas del país durante el periodo 2013-2016. La revisión muestra diversas tasas de incumplimiento y evidencia de excesos de Límites Máximos Permisibles (LMP). Considerando la información disponible, se concluye que la conducta del administrado justificaría el cambio de la carga de la prueba en casos de entrega de información formal a fin de incentivar el cumplimiento de la normativa y evitar un daño al ambiente.

PALABRAS CLAVE

Carga de la Prueba | Principio de Presunción de Licitud | Fiscalización Ambiental | Derecho Administrativo Sancionador | Análisis Económico del Derecho |

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 22 de noviembre de 2019 y aprobado para su publicación el 25 de junio de 2020.

ABSTRACT

The present research aims to explore if the use of the presumption of innocence principle in the Peruvian sanctioning administrative law results in a social optimum. For this, the authors explore through the lens of the economic analysis of law the following: a) if is efficient to use the standard presumption of innocence in all the cases, and, b) if in some cases is more efficient prove an intermediate fact to determine the commission of the offense, unless that the individual proves otherwise. To show the need of this change in specific scenarios, the study analyses the delivery of environmental monitoring reports from fisheries, mines, and hydrocarbons in different zones of the country between 2013 and 2016. The revision shows diverse rates of non-compliance and evidence of excess of Maximum Allowable Limits (MAL). Considering the available information, we conclude that firms' behavior would justify the change of the burden of the proof in cases where formal information should be delivered in order to incentivize compliance and avoid environmental damage.

KEYWORDS

Burden of proof | Presumption of innocence principle | Environmental Enforcement | Sanctioning Administrative Law | Economic Analysis of Law

SUMARIO

1. Introducción; 2. Contexto en el cual la autoridad debe resolver un caso; 3. Esquema de racionalidad económica que subyace un PAS; 4. Una perspectiva económica de la protección al inocente y carga de la prueba; 5. La carga de la prueba; 6. Un punto de vista funcional de la carga de la prueba; 7. Caso de estudio: Informes de Monitoreo Ambiental de Efluentes, 7.1 Zonas afectadas o riesgo por efluentes con excesos de LMP, 7.2 Cumplimiento en la entrega de los informes de monitoreo, 7.3 Inversión de la carga de la prueba en la entrega de IMA de efluentes; 8. Conclusiones; 9. Referencias

“Nada es más engañoso que creer que se puede explicar el derecho por medio del derecho mismo.”

Roguin, La règle du droit (1889)

1. INTRODUCCIÓN

El Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) es un mecanismo utilizado para determinar si una empresa ha infringido alguna de sus obligaciones ambientales y, de ser así, imponerle una sanción. En ese sentido, en primer lugar, se iniciará una actividad fiscalizadora para investigar si el particular ha incurrido en alguna posible infracción. Si fuera este el caso, el órgano instructor reportará ese hecho y se solicitará a la autoridad correspondiente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en donde, luego de los descargos del particular, de la actuación de pruebas y del respectivo contradictorio, se determinará si aquel ha incurrido en una conducta infractora.

Uno de los objetivos centrales del PAS se encuentra en determinar si el administrado ha cometido, o no, la infracción que se le imputa². Bajo la perspectiva tradicional del derecho administrativo Sancionador -influenciado por nociones de tipo constitucional y penal³- 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 distribución 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 de no imponer un castigo a un particular que no ha cometido alguna infracción.

-
- 2 La finalidad del procedimiento administrativo sancionador no consiste, necesariamente, en castigar las infracciones punibles. Ello, podría ser consecuencia de que se encuentre probado que el administrado cometió el hecho imputado. En efecto, la autoridad le podrá imponer una sanción al particular, pero lo primero que se debe determinar es si existen pruebas suficientes de que el particular cometió la conducta imputada. Incluso, pueden existir situaciones en donde, a pesar de que el administrado ha incurrido en el hecho imputado, no se le imponga sanción alguna por existir algún eximente de responsabilidad.
- 3 “(...) 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).

En el caso específico de la verificación del cumplimiento de la regulación ambiental⁴, 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 límites máximos permisibles (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 carga de probar cada uno de los elementos necesarios que constituyen el tipo infractor. Ello, en virtud del principio de licitud recogido en el T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG)⁵.

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 los casos en que ello realmente corresponda), 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.

Tener en cuenta la complejidad que implica probar el hecho imputado y el daño ambiente y quiénes tienen los incentivos para producir pruebas sobre determinados hechos, resulta importante al momento de establecer qué hecho le corresponde a cada parte. 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 asignar en la autoridad ambiental la probanza de cada uno de los elementos constitutivos del hecho infractor.

Con la finalidad de iniciar un debate sobre este posible cambio en la fiscalización nacional, el presente documento empieza 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.

2. 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:

-
- 4 A la fecha, el PAS bajo competencia del OEFA se encuentra regulado en la Resolución de Consejo Directivo N° 027-2017-OEFA/CD.
 - 5 El principio de licitud es una expresión del principio de presunción de inocencia reconocido en la Constitución Política del Perú.

- 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 con relación a su ocurrencia.

3. 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 de 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 la ejecución forzosa de la ley (enforcement), 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

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

para el infractor, considerando la ganancia obtenida por este 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.

4. UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA DE LA PROTECCIÓN AL INOCENTE Y CARGA DE LA PRUEBA

Hasta este punto, se ha asumido que las autoridades no cometen errores durante el proceso de la ejecución forzosa de la ley, es decir, que en el marco de un PAS, se condena a los individuos que efectivamente transgreden la ley 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 ley, son difíciles de observar o evaluar por las agencias públicas, se cometen errores con frecuencia.

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 la ejecución forzosa de la ley. 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 la ejecución forzosa de la ley 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 transgresor, 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.

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.

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 el autor antes referido, 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) refutan lo señalado por Lando, demostrando 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» -que no ha sido considerada de manera apropiada por Lando- es el hecho 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 señalan 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 protección (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

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.

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 también a los culpables (Error de Tipo I), incrementando los costos sociales del control de ilícitos. Se trata, por ende, de una protección al “procesado” que puede terminar beneficiando al culpable o perjudicando a un inocente.

Una mejor forma de analizar ese tipo de problemas es considerando un enfoque funcional que comprenda a 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 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 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 recalcar 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.

5. LA CARGA DE 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 partes 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, lo que se deriva de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 248 de la LPAG¹⁰. El

10 Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora detodas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados

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 responsabilidad¹¹.

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 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. En efecto, la forma tradicional de entender la carga de la prueba no analiza quién tiene acceso a determinadas pruebas o puede producirlas a un menor costo¹², lo cual puede dar lugar a que se traslade la carga a una determinada parte.

Ahora bien, la determinación del acceso o la producción de la prueba resulta 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.

6. 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

a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

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

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

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.

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 con 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 ejecución pública de la ley. 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 de 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 (actividad repetitiva en el tiempo y conocen mejor su actividad).

7. 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 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 con 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.¹³ 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 de presentar los IMA no implicaría un costo elevado al administrado, ya que solo representa el costo de enviar la documentación al OEFA luego de

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

haber realizado el monitoreo, como se verá más adelante, existen muchas 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 seleccionaron 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.

7.1 Zonas afectadas o riesgo por efluentes con excesos de LMP

Para poder determinar zonas afectadas, vía requerimientos de acceso a información pública, se solicitó al OEFA informes sobre evaluaciones ambientales de la Bahía del Ferrol y de Paita¹⁴ puesto que ambos contienen información sobre el estado de afectación causado por actividades de empresas del subsector Hidrocarburos y sector Pesca. Asimismo, se solicitó el Informe de Evaluación Ambiental del Lote 8¹⁵, 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 contaminación de cuerpos de agua debido a que no se logró obtener información sobre Evaluaciones Ambientales vinculadas a cuerpos de agua.¹⁶

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 elementos 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

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

- 14 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.
- 15 Se obtuvo el siguiente documento: OEFA. Informe de evaluación ambiental del Lote 8 de Pluspetrol Norte S.A. – Loreto, años 2014 – 2015. 2015
- 16 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#r> [Revisado el 07 de mayo de 2017]

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. Asimismo, se decidió analizar a dos empresas, las cuales se denominan 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 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 les 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.

7.2 Cumplimiento en la entrega de los informes de monitoreo

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 de darse 30 días después de realizado el vertimiento. No obstante, no se especifica cuántos 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 Ambiental¹⁷ 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:

- 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.

17 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]

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 alguno 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, cabe también la posibilidad de que tales empresas no efectuaran 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.

7.3 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 qué medidas ha impuesto. Esto permitirá observar si se dan los incentivos suficientes para evitar este tipo de conductas que, de acuerdo con 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,²⁰ 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

²⁰ 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]

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%

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

Elaboración Propia.

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):

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

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 (I) 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). Adicionalmente, también se considera la pérdida de recursos para del administrado (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). Los riesgos asociados a los posibles daños generados por el administrado (ver sección 6.1) son considerados tanto en la probabilidad de detección como en la estimación del valor económico del servicio ecosistémico afectado.

De acuerdo con este modelo, el administrado tiene más incentivos de incumplir la 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 del cuerpo de agua en donde se vierte el efluente. No obstante, es indispensable que el fiscalizador logre determinar al menos uno de estos dos indicios: i) antecedentes del administrado respecto a la no presentación y/o realización de monitoreos y ii) la determinación por parte de la administración de que el entorno del administrado está contaminado presumiblemente por él o puede ser considerado como un aportante a dicha contaminación.

Incluso puede darse el caso en el que el administrado, dado la poca probabilidad de sanción, decida no realizar el monitoreo ambiental y asumir el costo de sanción cuando se determine el incumplimiento. Para evitar este escenario, la multa impuesta debe graduarse en función de los antecedentes del administrado y el riesgo asociado con los LMP descargados desde las planta de producción. En el caso la autoridad demuestre que el administrado tiene un historial de incumplimiento en varios periodos es necesario imponer una mayor sanción para promover un cambio en su comportamiento. Asimismo, la descarga de diferentes elementos debe tener un tope administrativo en función al daño que puedan causar al ambiente.

De invertirse la carga de la prueba, 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 desarrolló su IMA pero no lo entregó a

tiempo por diferentes razones.

Respecto a lo señalado, cabe indicar que en el escenario en que exista un cuerpo receptor afectado, se podrá establecer la relación de causalidad entre la calidad ambiental del cuerpo de agua respecto de un administrado, cuando éste sea el único que vierte sus efluentes en dicho cuerpo. No obstante, si más de una empresa vierte sus efluentes en el cuerpo receptor, la autoridad deberá fiscalizar a todas las empresas en cuestión a fin de que cada una de éstas demuestren, mediante la presentación de los resultados de monitoreo, que sus efluentes no excedían los LMP.

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.

8. CONCLUSIONES

En algunos casos, los administrados no entregan los IMA de efluentes en el periodo que le correspondía, 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, que es la justificación de esa obligación.

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 de 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 con el 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 debe 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 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 como la denominada “prueba diabólica”, en tanto que el administrado si tiene la opción a producir prueba que se encuentra a su alcance. En efecto, el particular podría demostrar que su actividad en el periodo investigado superó los LMP.

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 debía 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.

Otra respuesta que podría establecer el ordenamiento jurídico ante este incumplimiento es que las multas sean de la misma magnitud que el exceso de LMP; sin embargo, esta solución no generaría incentivos para que el administrado pruebe que no sobrepasó los LMP. Si bien la creación de una presunción por el incumplimiento le traslada la carga de la prueba, esta respuesta todavía le permite al particular acusado probar su inocencia. Imponer una multa por el incumplimiento de los IMA que sea de la misma magnitud que el hecho de excederse por un parámetro iguala la gravedad de ambas conductas sin que, necesariamente, la primera conducta lleve al resultado de la segunda.

Por esa razón, consideramos que, en los casos en que un administrado no presenta un IMA, se debe crear una regla de presunción que le traslade la carga de la prueba al administrado para que produzca evidencia de que en el periodo donde le correspondía realizar el monitoreo no se superó los LMP de los parámetros respectivos. Si no produce esa información, se tendrá por cierto que si lo superó, en virtud de la regla de presunción antes mencionada.

Finalmente, si bien se ha empleado el estudio de un caso específico para demostrar los beneficios de la creación de una regla de presunción y 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 que al realizar su actividad no se excedió en los LMP que debía monitorear; 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.

9. REFERENCIAS

- Becker, G. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*, N° 76, pp. 169-217.
- Cohen, M. (1987). “Optimal Enforcement Strategy to Prevent Oil Spills: An Application of a Principal – Agent Model with Moral Hazard”. *Journal of Law and Economics*. N°30.

- Crespo, R. (2008). "La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la Nueva Constitución". En *Letras Verdes*, N° 2.
- Devis, H. (1984). *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomo I. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Garoupa, N., y Rizolli, M. (2012). "Wrongful Convictions Do Lower Deterrence. *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*", N° 168, pp. 224-231.
- Kaplow, L. (2015). *Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences*. 1303 *Stanford Law Review* 2015.
- Kaplow, L. (2012). *Burden of Proof*. *The Yale Law Journal*.
- Lando, H. (2006). "Does Wrongful Convictions Lower Deterrence?". *Journal of Legal Studies*, N° 35, pp. 327-337.
- Laudan, L. (2008). "The Presumption of Innocence: Material or Probatory?". Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1152886>
- Laudan, L. "The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules". Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1075403>
- Lozano, B. (2005). "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.
- Polinsky, M., y Shavell, S. (1979). "The Optimal Tradeoff of between Probability and Magnitude of Fines". *The American Economic Review*. N° 19, pp. 880-891.
- Polinsky, M., y Shavell, S. (2000). "The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*", N° 38, pp. 45-76.
- Polinsky, M., y Shavell, S. (2005). *The Theory of Public Enforcement of Law*. NBER Working Paper, 11780, pp. 3-82.
- PNG, I.P.L. (1986) *Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error*. *International Review of Law and Economics*, N° 6, pp. 101-105.
- Priori, G. y Pérez-Prieto R. (2012). "La carga de la prueba en el proceso laboral". *Revista IUS ET VERITAS*, N° 45.
- Stigler, G. (1970). "The Optimum Enforcement of Laws". *The Journal of Political Economy*, N° 7, pp. 526-536.