PIERRE FOY VALENCIA (EDITOR)

DERECHO y AMBIENTE

Nuevas Aproximaciones y estimativas



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO FONDO EDITORIAL 2001

IDEA - PUCP
INSTITUTO DE ESTUDIOS AMBIENTALES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

En nuestro sistema jurídico durante los últimos años se advierte un profuso proceso generador de normativa ambiental; muchas razones o causas asisten a éste proceso (una sana cobertura fruto del impacto de las presiones y políticas internacionales, el avance en nuestro país de la conciencia ambiental y su manifestación más concreta en la acción de los agentes e instituciones concernidos, en algunos casos al entusiasmo desmedido). Independientemente de la valoración o interpretación causal que nos merezca dicho proceso, sin embargo, es cierto que no se han realizado los suficientes esfuerzos que permitan señalar cuáles son los caminos más adecuados para garantizar la eficacia progresiva del sistema jurídico ambiental y de las instituciones y mecanismos legales que se vienen creando en diversos ámbitos sectoriales, centrales e internacionales.

Este activismo normativista no necesariamente negativo en sí mismo lamentablemente no viene acompañado en similar proporción e intensidad por un proceso de reflexión jurídico doctrinal, que permita sentar bases conceptuales e interpretativas acerca de la realidad y eficacia del sistema jurídico ambiental peruano, teniendo en cuenta ciertamente el actual contexto de integración y globalización.

Para contribuir a cubrir dicho vacío, en esta oportunidad nos permitimos poner a disposición de la amplia comunidad académica y profesional una segunda publicación que la hemos denominado *Derecho y Ambiente: Nuevas aproximaciones y estimativas. Volumen II.* No pretendemos que se entienda como una continuidad de la obra colectiva que la precede*, sin embargo mantiene estrechas conexiones con aquella; acaso tengan en común entre otros aspectos el fermento o la matriz de una futura colección o biblioteca esperemos que no sólo peruana sobre Derecho y Ambiente.

Esta publicación ha logrado convocar a un variado y selecto elenco de profesionales del Derecho, quienes con sus valiosos aportes han permitido configurar una sistemática (Secciones) que no ha sido preconcebida, sino que su construcción o diseño se ha generado *a posteriori*, con la única preconcepción o parámetro que los autores integren alguna región temática entre Derecho y Ambiente.

* Derecho y Ambiente: Aproximaciones y Estimativas. Lima, IDEA PUCP, 1997.

Derecho y Ambiente

Nuevas aproximaciones y estimativas

DERECHO Y AMBIENTE

NUEVAS APROXIMACIONES Y ESTIMATIVAS

(VOLUMEN II)

PIERRE FOY VALENCIA
EDITOR

Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Ambientales - IDEA-PUCP
Facultad de Derecho PUCP
Fondo Editorial 2001

Primera edición: abril de 2001

Derecho y Ambiente. Nuevas aproximaciones y estimativas

Copyright © 2001 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Telefax: 511-460-0872. Teléfonos 511-460-2870, 460-2291, anexos 220 y 356.
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal: 1501052001-1168

Derechos Reservados
ISBN: 9972-42-390-3

Impreso en Perú - Printed in Peru

Índice

Presentación 9

I. Teoría y Derecho ambiental 19

Pierre Foy Valencia
Consideraciones sobre el Sistema Jurídico Ambiental Peruano. En busca del Derecho ambiental (II) 21

Demetrio Loperena Rota
Los derechos al medio ambiente adecuado y su protección 103

Antonio Peña Jumpa
Castigos de la naturaleza como Actos jurídicos y Ecológicos. Reflexiones a partir de la experiencia de los Aymaras del Sur Andino 121

II. Tutela ambiental 137

Carlos Caro Coria
Presupuestos para la estabilidad del ecosistema como bien jurídico penal 139

Iván Ormaechea Choque
Resolución de conflictos ambientales: nueva perspectiva para el análisis y solución de conflictos 163

III. Instrumentos de gestión ambiental 179

Elar Bolaños Llanos
De la sectorialización de la Evaluación de Impacto Ambiental a un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Experiencia Peruana 181

Talía Vela Vargas
Participación ciudadana en la legislación ambiental en el Perú 211

IV. Derecho ambiental y recursos naturales 225

Walter Valdez Muñoz y Gisella La Torre
Marco normativo para la gestión del recurso de agua en el Perú 227

Manuel Ruiz Müller
La Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre acceso a los recursos genéticos dos años después y un análisis sobre su implementación 255

Mónica Ludescher
Hidrocarburos, medio ambiente y derechos indígenas en la Amazonía peruana 281

Germán Núñez Palomino
La contaminación marina en la Provincia Constitucional del Callao 319

V. Derecho ambiental comparado **335**

Carlos Soria Dall´Orso
Desarrollo de política ambiental en Chile, Ecuador y Perú 337

Susana Bokobo Moiche
La deducción por inversiones para la protección del medio ambiente en el Impuesto sobre Sociedades en España 393

VI. Derecho internacional ambiental **407**

Luis Ramírez Daza
La Organización Mundial de Comercio frente al reto del medio ambiente 409

Germán Vera Esquivel
La Corte Internacional de Justicia y la protección del medio ambiente: el caso relativo al Proyecto Gabcikabo-Nagymaros (Hungría y la República Eslovaca, 1997) 473

VII. Documentos ambientales **499**

Declaración Ministerial de Malmö del Primer Foro Global Ministerial del Medio Ambiente (31 de mayo de 2000) 501

Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente (12 de febrero de 1999) 509

Principios éticos básicos propuestos por la Iglesia Católica a la Conferencia de las Naciones Unidas para su inclusión en la Declaración de Río (1992) 517

Iglesia Católica y Medio Ambiente. Mensaje de Su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz (8 de diciembre de 1989) 519

Declaración Universal de los Derechos del Animal (15 de octubre de 1978) 527

De los autores **531**

Presentación

La extendida consideración acerca de la gravedad de la crisis ambiental[1] contemporánea, denominada por algunos «problemática», a fin de cuentas no representa sino la constatación o notificación de un conjunto de síntomas que realmente responden al problema esencial de la incorrección en el comportamiento y actividades humanas —vg. patrones de producción y consumo, estilos de vida—, que impactan negativamente nuestro entorno natural y cultural. Ahora bien, remitirnos «ab origine» a estas conductas humanas, para explicar las causas últimas de la crisis ambiental, no significa sesgar ni distraer la atención del núcleo del problema, sino todo lo contrario, centrarnos en el factor axiológico y cultural[2].

Por consiguiente, el proceso de reversión de las inconductas humanas adversas al ambiente, deberá necesariamente discurrir a través de los diversos modelos y mecanismos de control social, como la educación, la familia, el o los grupos humanos primarios y locales, los medios de comunicación, la ética ciudadana al servicio de los valores solidarios, las opciones confesionales que respetan la vida y la naturaleza, los estímulos sociales en términos de premios y castigos, los sistemas formales como el Derecho y la política, entre otros.

En este mosaico pluridimensional de mecanismos de orientación y control de las conductas humanas relacionadas con el ambiente, el Derecho, o si se prefiere, los sistemas jurídicos, cumplen un rol destacable. Una revisión atenta y no prejuiciada acerca de los contenidos de los documentos e instrumentos ecuménicos ambientales, sean regionales o globales, nos advierten del papel que desempeñan los mecanismos jurídicos e institucionales en relación con las decisiones y políticas ambientales (Informe Bruntland, Cuidar la Tierra, Declaración de Río, Agenda 21, etc.). El reciente Foro Global Ministerial de Medio Ambiente, reconoce en su Declaración Ministerial de Malmo[3] «*El comprometido papel del derecho ambiental internacional y el desarrollo del derecho nacional ofrecen una base sólida para enfrentar las amenazas ambientales del presente*» (Pto. 3º). También prescribe la importancia que para la sociedad civil cumple «*la libertad de acceso a la información ambiental, una amplia participación en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en temas ambientales*» (Pto. 16).

1 Manifiesta en sus diversas dimensiones: local, nacional, regional o global.

2 El cual, en su expresión perversa envuelve en sí mismo consideraciones de orden pragmático, crematístico, egoísta, hedonista en el sentido negativo del término, entre otras valoraciones.

3 Documento incorporado en el presente volumen a modo de Anexo.

Por su parte, la Declaración de Barbados de los Ministros de Medio Ambiente y Jefes de Delegación de América Latina y del Caribe, en el marco de la XII Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe (Bridgetown, Barbados, 2 al 7 del 2000) destaca «*los avances en algunos países de la región en la construcción de sus capacidades institucionales, sus marcos legislativos, sus políticas ambientales*» (3º Considerando y 2º Lineamiento).

Como se puede apreciar, la importancia del Derecho en las tareas de la búsqueda del Desarrollo Sostenible, está descontada. Ahora bien, en nuestro país se ha venido desarrollando un proceso político jurídico en materia ambiental a cuya aproximación interpretativa y de modo colectivo, en parte hemos venido contribuyendo. En efecto, el año 1997, iniciamos una línea de estudio, edición y difusión en el marco de las actividades tanto del Instituto de Estudios Ambientales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEA-PUCP), como de la Facultad de Derecho de la PUCP, orientada a estimular las investigaciones y estudios que permitan establecer las múltiples relaciones entre Derecho (Sistema Jurídico) y Ambiente.

En esta oportunidad nos permitimos poner a disposición de la amplia comunidad académica y profesional una segunda publicación que la hemos denominado «*Derecho y Ambiente: Nuevas aproximaciones y estimativas. Volumen II*». No pretendemos que se entienda como una continuidad de la obra colectiva que la precede[4], sin embargo mantiene estrechas conexiones con aquella; acaso tengan en común —entre otros aspectos— el fermento o la matriz de una futura colección o biblioteca —esperemos que no sólo peruana— sobre Derecho y Ambiente.

En nuestro sistema jurídico durante los últimos años se advierte un profuso proceso generador de normativa ambiental; muchas razones o causas asisten a éste proceso (una sana cobertura fruto del impacto de las presiones y políticas internacionales, al avance en nuestro país de la conciencia ambiental y su manifestación más concreta en la acción de los agentes e instituciones concernidos, en algunos casos, al entusiasmo desmedido). En todo caso, independientemente de la valoración o interpretación causal que nos merezca dicho proceso, sin embargo, es cierto que no se han realizado los suficientes esfuerzos que permitan señalar cuáles son los caminos más adecuados para garantizar la eficacia progresiva del sistema jurídico ambiental y de las instituciones y mecanismos legales que se vienen creando en diversos ámbitos sectoriales, centrales e internacionales.

Este activismo normativista —no necesariamente negativo en sí mismo— lamentablemente no viene acompañado en similar proporción e intensidad por un proceso de reflexión jurídico doctrinal, que permita sentar bases conceptuales e interpretativas acerca de la realidad y eficacia del sistema jurídico ambiental peruano, teniendo en cuenta ciertamente el actual contexto de integración y globalización.

[4] *Derecho y Ambiente: Aproximaciones y estimativas*. IDEA PUCP / Facultad de Derecho de la PUCP. Editor Pierre Foy. Lima, 1997.

De otra parte, en nuestras Universidades y centros de formación, se vienen implementando a lo largo y ancho del país cátedras, seminarios y cursos sobre Derecho y Legislación ambiental, no sólo en las unidades académicas propiamente de formación en Derecho— sin contar con suficientes fuentes informativas o de análisis acerca de dicha materia, lo cual limita un tanto el tratamiento y la aproximación a dicha disciplina. Preocupación semejante se presenta en relación con el ejercicio profesional del Derecho en materia ambiental, ya sea en términos de la Abogacía, Magistratura, Administración Pública y demás escenarios en que actúan los usuarios de las normas e instituciones jurídico ambientales que ciertamente, no son necesariamente agentes formados en las disciplinas jurídicas (vg. funcionarios públicos en general).

Muchas de estas razones sustentaban el nacimiento de la anterior publicación. Hoy en día, *a fortiori*, creemos que se explica una nueva producción u obra colectiva, que mantiene su caracterización multidisciplinaria, desde una perspectiva jurídico ambiental. Sin embargo, alentamos la esperanza que en una ocasión no muy lejana se puedan abordar enfoques realmente interdisciplinarios. Por ejemplo, el estudio sobre un área natural protegida en el entorno de una ciudad que convoque perspectivas ambientales en términos administrativos, ediles, sectoriales (vg. agrario, minero, pesquero), penal, constitucional, por mencionar algunos; el caso de la explotación de recursos mineros o hiodrocarburíferos en un entorno regional y comunal; o las múltiples perspectivas problemáticas que subyacen a la relación empresa, derecho y ambiente.

En esta oportunidad se ha logrado convocar a un variado y selecto elenco de profesionales del Derecho, quienes con sus valiosos aportes han permitido configurar una sistemática (Secciones) que no ha sido preconcebida, sino que su construcción o diseño se ha generado *a posteriori*, con la única preconcepción o parámetro que los autores integren alguna región temática entre Derecho y Ambiente.

En el primer Apartado o Sección sobre Teoría y Derecho Ambiental, el ensayo «Consideraciones sobre el Sistema Jurídico Ambiental Peruano» (En busca del Derecho Ambiental II), abordamos algunas consideraciones acerca del sistema jurídico ambiental peruano[5], en donde las pautas propiamente normativas deben ser consideradas a modo de referencia y en una perspectiva dinámica, puesto que nos encontramos ante una permanente reformulación de nuestro sistema jurídico ambiental. El contenido incluye consideraciones generales sobre la normativa peruana ambiental y de los recursos naturales, instrumentos de gestión ambiental (EIAs, ECAs, LMPs, Ordenamiento territorial) y por último algunas consideraciones para una política ambiental peruana. Se adjuntan cinco Anexos, el primero referido a las Bases políticas para la constitucionalización Ambiental y del desarrollo sostenible, el segundo contiene textos constitucionales relevantes sobre el sistema jurídico nacional y medio ambiente y en los tres últimos

[5] Si bien este ensayo pretende ser una suerte de continuidad del anterior volumen, *Derecho y Ambiente* (1997), por sí sólo constituye un trabajo que cuenta con su propia autonomía.

listamos las normas principales sobre instrumentos de gestión ambiental abordados en el principal; concluimos con una base de fuentes documentales empleadas para dicho estudio.

A continuación, un invitado especial, el Dr. Demetrio Loperena, quien a partir de importantes reflexiones fundamentadoras sobre los derechos humanos como categoría contemporánea —principios ético-jurídicos mínimos— desarrolla dos grandes ejes. El primero, referido a la progresiva positivización de los derechos humanos en relación con el medio ambiente, expresada primeramente en el Derecho Internacional mediante Convenios y Declaraciones y luego en las legislaciones nacionales El segundo, nos advierte acerca de la indispensable diferenciación, no obstante la estrecha interrelación, entre, el derecho al medio ambiente —es decir, a disfrutar directamente de los parámetros idóneos de la biosfera— y el derecho a la protección de aquél. Esto último conlleva a que las instituciones públicas provean del instrumental jurídico que permita prevenir la degradación, así como proteger y restaurar el ambiente, en cuanto fuere necesario.

Por su parte, el Dr. Antonio Peña Jumpa, desde la perspectiva de la Sociología Jurídica («Castigos de la Naturaleza como actos Jurídicos y Ecológicos»), nos plantea que los castigos de la naturaleza constituyen actos de Justicia, así como actos Ecológicos, según su experiencia de campo llevada a cabo en 7 comunidades Aymaras del Departamento de Puno. Al decir del autor, ésta concepción de los Aymaras representa una superación de la simple referencia a un derecho racional-formal (positivo) en términos modernos, así como de los conocimientos empíricos de un modelo operativo. Sin duda, la diversidad cultural y ecosistémica de nuestro país se ofrece como un escenario propicio para articular experiencias sociojurídicas desde una perspectiva ambiental, pero también ecológica. El trabajo del profesor Peña nos invita pues a una experiencia de aproximación interdisciplinaria.

A continuación, la Sección que hemos denominado Tutela Ambiental, se inicia con el ensayo del Dr. Carlos Caro acerca de los «Presupuestos para la delimitación del bien jurídico en los delitos contra la estabilidad del ecosistema». Caro parte de constatar que en la actualidad se impone la tendencia de aceptar que la estabilidad del medio natural constituye un bien jurídico que merece protección penal específica. No obstante ello, advierte la persistencia (acaso resistencia) del Derecho penal clásico en su abordamiento de la cuestión ambiental, para lo cual sopesará y cuestionará la aplicación convencional del bien jurídico tanto individual, como colectivo, en éste último caso a través de sus diversas expresiones (léase, valores salud pública, socioeconómicos, facultades de la administración); también incide en aquellos enfoques eclécticos, en que a partir de un conglomerado de valores individuales y colectivos, se corre el riesgo en derivar hacia una suerte de «totum revoltum de intereses», pasible de sumirnos —decimos— en un estado de potencial inseguridad jurídica. Tras optar por un concepto de ambiente intermedio que resulte lo suficientemente útil y operativo en el plano penal, «acorde a los principios de merecimiento y necesidad de pena», culmina su lectura

sobre el estado de la cuestión sobre la delimitación del bien jurídico penal en materia ambiental. Concluirá proponiendo tres tareas fundamentales, esto es (i) la necesidad de ponderar los múltiples intereses en conflicto en el ámbito de los bienes colectivos, (ii) la relevancia de la institución del riesgo permitido en función del concurso de otros intereses colectivos; por último, (iii) considerar como legítima la punición de toda realización típica, sin que sea necesario constatar la peligrosidad en relación con el bien colectivo. Habría que señalar que el estudio del Dr. Caro también podría ser considerado en el apartado del presente libro referido al Derecho Ambiental Comparado.

El Dr. Ormaechea, parte de considerar a los conflictos como un fenómeno omnipresente en la historia de la humanidad y que los planteamientos sobre los mecanismos alternativos para la resolución de aquellos, modernamente devienen aplicables en el orden ambiental. Para ello, toma como referencia determinados conflictos ambientales que en tiempos recientes despertaron el interés de la opinión pública, así como de la propia comunidad jurídica. En efecto, situaciones como las del denominado «caso Luchetti» (Pantanos de Villa), la construcción del complejo Turístico Comercial denominado Larcomar, así como el asunto del Hotel Los Delfines —todos singularmente vinculados a la ciudad Capital, Lima y a cuestiones sobre inversiones privadas— representan un escenario empírico, bajo distintas intensidades, que permite aplicar un modelo de análisis para la solución de los conflictos ambientales Dicho modelo, como lo indica el autor, resulta aplicable para diverso tipo de situaciones conflictuales —léase, personales, familiares, culturales, internacionales, entre otros— siempre que permita descomponerse en diferentes elementos de análisis, en un momento y espacio determinado.

En la Tercera Sección referida a los Instrumentos de Gestión Ambiental, hemos incluido la temática del desarrollo normativo de la evaluación ambiental en el Perú, elaborada por el joven abogado Elar Bolaños. En su trabajo aborda los aspectos generales sobre esta —cada vez menos novedosa— institución jurídico ambiental, en términos de su conceptualización, importancia para la toma de decisiones, así como de sus presupuestos (vg. base legal, procedimientos administrativos, estudios de impacto ambiental, decisión o pronunciamiento, fiscalización, así como requerimientos). Posteriormente desarrolla su aplicación en nuestro sistema jurídico, léase antecedentes, competencias sectoriales, procedimientos administrativos, mecanismos de revisión y aprobación, participación ciudadana y criterios de protección. Por último, ofrece el marco propositivo de lo que probablemente sea el futuro Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

Talía Vela, al desarrollar el tema de la «Participación ciudadana en la legislación ambiental en el Perú», en la introducción nos plantea la relevancia de la participación desde la perspectiva del desarrollo sostenible y su articulación con la variable jurídica. Luego, en la primera parte elabora un marco teórico sobre los mecanismos de participación ciudadana, a partir de dos modelos de Estrategias para la Participación

de la Sociedad Civil (el de la «eficiencia» y el del «empoderamiento»), considerando diversas presunciones (normativas, deductivas y teóricas). En la segunda parte, aborda en términos muy generales el marco legal de la participación ciudadana en materia ambiental en el Perú, teniendo como ejes de tratamiento la participación en la toma de decisiones a nivel administrativo, en los procedimientos administrativos y en las acciones judiciales; concluye afirmando la mayor presencia de las estrategias de eficiencia en las que subyacen criterios de aproximación vertical Estado-ciudadanos, con las limitaciones del reconocimiento de derechos más en el enunciativo y del tratamiento un tanto de la propia normativa.

La Sección referida al Derecho Ambiental y Recursos Naturales la inicia Walter Valdez —con la colaboración de Gisella La Torre— presentando el «Marco Normativo para la gestión del recurso agua en el Perú». El Dr. Valdez introduce su planteamiento a partir del imperativo que para el aprovechamiento racional del recurso hídrico, hay que considerar múltiples aspectos en el orden económico, social, cultural ambiental, entre otros. Para ello, postula la moderna tendencia del enfoque de cuenca como unidad de gestión para el manejo de los recursos naturales y las múltiples ventajas que ello representa, criticando por ende el sesgo hídrico de ciertos enfoques relativos a cuencas . En la primera parte desarrolla los aspectos conceptuales y normativos referidos a la estructura organizativa —componente institucional— para la gestión hídrica (Autoridades Autónomas de Cuencas Hidrográficas, Administración Técnica del Distrito de Riego, Junta de Usuarios, Comisiones de Regantes y los procedimientos administrativos correspondientes). En la segunda parte, los procedimientos aplicativos de la normatividad hídrica —ventajas y desventajas de su regulación e institucionalidad— identificando metodológicamente diversos aspectos. Para ello sistematiza ejes temáticos tales como las prioridades en el aprovechamiento (prelaciones), flexibilidad y adaptabilidad normativa, regulación integral de los recursos naturales, fomento de nuevas tecnologías, evaluación de impacto ambiental para el aprovechamiento del recurso, régimen de dominio de las aguas, regulación sobre álveos o cauces de los ríos, aguas subterráneas, derechos de uso de los recursos, aplicación de instrumentos jurídicos y dimensión ambiental del manejo de cuenca, conciencia sobre el manejo racional del recurso hídrico, el poder de decisión de las instancias locales y regionales, así como la descentralización en la toma de decisiones y responsabilidades. Concluye con un conjunto de consideraciones acerca de un ordenamiento legal adecuado para una gestión del recurso hídrico.

La entrada en vigor de la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos en Julio de 1996 y su proceso de implementación en los diferentes países concernidos de la Comunidad Andina (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia), concita enorme interés en la región. Este proceso político normativo sirve de motivación para el profuso y documentado ensayo de Manuel Ruiz Müller, quien habiendo estudiado desde hace varios años

éstas temáticas, propone una interpretación sobre los alcances de dicha Decisión, además de sugerir algunas medidas y alternativas para su aplicación más efectiva. Para ello, primeramente establece el contexto normativo a nivel internacional sobre el acceso a los recursos genéticos, identificando las tensiones actualmente existentes («entre el consenso y el disenso»). Luego desarrolla los aspectos críticos de la Decisión 391, relacionados con la condición jurídica de estos recursos, el procedimiento de acceso y los centros de conservación «ex situ». Asimismo desarrolla consideraciones acerca de la tendencia creciente a la concesión de derechos de protección sobre las «formas de vida» en el contexto internacional (vg. TRIPS, OMC) y los alcances del «no» reconocimiento desde la perspectiva de la Decisión 391; concluye con algunas consideraciones sobre qué hacer en las actuales circunstancias.

El documentado trabajo de Mónica Ludescher se inscribe en el marco de una lectura interdisciplinaria, que articula la Antropología Jurídica con el Derecho Ambiental, sobre todo desde una perspectiva administrativa intersectorial —y por qué no con el Derecho Agrario. La Doctora austríaca nos presenta un enfoque general de la Legislación Ambiental en su relación con la legislación hidrocarburífera (vg. Código de Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decretos Legislativos de Promoción a las Inversiones, tratamiento constitucional de los recursos naturales, la Ley Orgánica de Hidrocarburos y sus Reglamentos), enfatizando la cuestión de los derechos de uso, servidumbre y expropiación a favor de las empresas petroleras. A continuación ofrece una visión sintética sobre la situación legal de los pueblos indígenas de la Amazonía, destacando el régimen especial, las disposiciones legales sobre Comunidades Nativas y sus antecedentes, la Reserva del Estado a favor de «Comunidades Nativas con contacto inicial y esporádico», las Comunidades Campesinas y Nativas en la Constitución y en la Ley de Tierras, así como el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Por último, aborda la cuestión del Proyecto Gas de Camisea de Shell/Mobil, los Contratos de Licencia de los Lotes 88A, 88B y 75, el «Programa de Consulta» de Shell con las Comunidades Nativas, así como las operaciones en la «Reserva del Estado a favor de los grupos nativos Nahua y Kugapakori».

En la línea de la presente obra colectiva consistente en convocar diferentes enfoques que articulen Derecho y Ambiente (léase aspectos doctrinarios, normativos, etnográficos, entre otros), en esta ocasión contamos con una aproximación más de orden casuístico, referida a la contaminación marina del Callao (Perú), elaborada por el Dr. Germán Núñez. El artículo del Dr. Núñez nos introduce en una reflexión acerca de las diversas manifestaciones modernas del fenómeno antrópico de la contaminación marina y cómo ello se expresa en una situación muy específica en nuestro primer Puerto del Callao. Tras identificar algunos lineamientos generales relativos al ambiente, al desarrollo sostenible y a la contaminación propiamente dicha en relación con la Organización de las Naciones Unidas, destacará las actuales características del proceso contaminador en el Callao, como por ejemplo los agentes contaminantes, conclu-

yendo con un conjunto de sugerencias en el orden de las políticas ambientales, tales como la prevención, la seguridad ambiental, entre otras.

En la Sección correspondiente a Derecho Ambiental Comparado, Carlos Soria Dall´Orso desde una perspectiva de política ambiental comparada referida a Chile, Ecuador y Perú, nos ofrece una lectura interpretativa de temas comunes, a partir de tres conflictos ambientales, a su manera representativos de cada uno de los países concernidos (el caso de la represa Ralco y el Río Bío Bío, la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno y la explotación petrolera, la Reserva Nacional Pacaya Samiria y la explotación hidorcarburífera). Para ello, asume como hipótesis la existencia de diversos enfoques político-ambientales; uno que privilegia el nivel nacional de la política, otro que enfatiza la cuestión legal nacional y su articulación con los tratados internacionales y el tercero, por el cual opta el autor, destaca la interconexión de los espacios nacional e internacional (ideas, discursos, formas de organización política de los actores transnacionales, Estado y sociedad civil de los países en cuestión). Como consecuencia de dicho enfoque, aplicado a las políticas ambientales relativas a las experiencias nacionales antes mencionadas, extrae determinadas lecciones (Silva, Hopkins y Scurrah), para luego procesar un conjunto de consideraciones referidas al debate ambiental, la demanda de la ciudadanía y el acceso a la información, a partir de los casos expuestos. Concluye con determinados temas comunes de política tales como, acción ciudadana y derechos de los pueblos indígenas, crecientes respuestas legislativas, alianzas organizativas de la sociedad civil, dimensiones internacionales en orden a la solidaridad y al financiamiento, así como similitudes entre los casos estudiados.

El segundo estudio sobre Derecho Comparado lo desarrolla la Doctora Susana Bokobo Moiche con el tema «Deducción por inversiones para la protección del medio ambiente en el impuesto sobre sociedades en España». Como marco introductorio de modo muy didáctico establece las diferencias entre tributos ambientales e incentivos fiscales ecológicos, para luego abocarse a los aspectos más específicos del tema y sus contenidos, esto es el objeto de la deducción (finalidad ambiental de la deducción, los elementos contaminadores, la carga contaminante, etc.), los sujetos de la deducción y el certificado de convalidación en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid. Concluye en que el legislador peninsular al haber hecho uso de un instrumento fiscal que implica una disminución de los ingresos en la Hacienda Pública, ello incide de modo directo en los agentes económicos (consumidores y productores), generando diríamos que propiciando— modificaciones hacia conductas ecológicas.

En relación con el Derecho Internacional Ambiental, la Sección correspondiente contiene dos importantes estudios que reflejan de una parte, la complejidad de dicha disciplina y de la otra, el manejo fluido de la misma de parte de sus autores, en relación con los temas asumidos. En el primer ensayo sobre «Organización Mundial del Comercio frente al reto del medio ambiente», el Dr. Luis Ramírez Daza, nos sitúa en la discusión —consenso disenso— relacionada al comercio y medio ambiente, en el mar-

co conceptual del desarrollo sostenible. A partir de dicho cometido, elabora en la primera parte de su ensayo una visión global sobre los asuntos más recurrentes en la relación comercio internacional y ambiente (realidad del Comercio Internacional, problema ambiental, relación Comercio-Ambiente). En la segunda parte dimensiona el tratamiento jurídico de los ordenamientos concernidos, es decir, del derecho internacional del comercio y del derecho internacional ambiental, destacando sobre todo las etapas evolutivas de la relación de ambas disciplinas (etapas de separación, de conflicto y de armonización). En la tercera parte aborda la cuestión jurídico ambiental desde la propia interioridad del sistema GATT/OMC (antecedentes, la relevancia ambiental de los aspectos medulares del Sistema comercial internacional GATT/OMC, el conflicto entre comercio y medio ambiente en el sistema, el Comité de Comercio y Medio Ambiente). Finaliza con un conjunto de perspectivas y conclusiones de singular importancia para el afianzamiento de la disciplina del Derecho del Comercial Internacional en su dimensión ambiental en nuestro país.

El ensayo del Abogado Internacionalista y Diplomático, Dr. Germán Vera Esquivel sobre «La Corte Internacional de Justicia y la protección del medio ambiente: el caso relativo al Proyecto Gabcikabo-Nagymaros (Hungría y la República Eslovaca, 1977)», nos ofrece otra vez [6] una enriquecedora jurisprudencia internacional ambiental, cuyas incidencias materiales acontecen en un escenario altamente sensible para la escena política de nuestros días (Europa Central). En una primera parte aborda las incidencias históricas de la cuestión, luego desarrolla los aspectos jurídicos (principios de Derecho Internacional Ambiental) y casuísticos, el asunto de la sucesión de Estados, las consideraciones de la Unión Europea, así como los componentes más relevantes de texto de la sentencia. Este «Derecho Internacional Ambiental en acción», en su fase aplicativa y jurisdiccional nos permite reflexionar acerca de los alcances y límites de éste «jus novum».

En la última Sección referida a Documentos Ambientales, hemos seleccionado cinco —de un amplio elenco de posibilidades— que permiten ilustrar y complementar los elementos de reflexión jurídico ambiental desarrollados en la presente obra colectiva. En primer lugar —en orden cronológico descendente— incluimos la reciente «Declaración Ministerial de Malmo» (Suecia) fruto del Primer Foro Global Ministerial de Medio Ambiente (29 al 31 de Mayo del 2000).

Luego tenemos la denominada «Declaración de Bizkaia sobre Derecho al Medio Ambiente» —así como la respectiva Resolución de Seguimiento— aprobada por un grupo internacional de expertos en el Palacio Euskalduna de Bilbao el 12 de Febrero de 1999 en el marco del Seminario auspiciado por la Diputación Foral de Bizkaia y

[6] En la citada obra *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas*, nos ofreció el ensayo «El Derecho internacional del medio ambiente, el principio precautorio y la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre los ensayos nucleares en el Pacífico Sur».

patrocinado por la UNESCO y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En dicho documento se advierten muchos de los principios y tendencias actuales jus ambientales, de singular validez para nuestro continente.

En tercer lugar contamos con el documento presentado por la Santa Sede al Secretario General de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) sobre principios éticos básicos propuestos por la Iglesia Católica a la CNUMAD, para que sean incluidos en la Declaración de Río (1992).

Como cuarto documento, se ha considerado al renombrado Mensaje de su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz (8 de Diciembre de 1989), en donde al reconocerse la crisis ecológica como un problema moral, se asume la necesidad urgente de buscar soluciones basadas en la solidaridad, toda vez que la cuestión ecológica significa una responsabilidad de todos.

Para finalizar con esta Sección —y dejando abierta la discusión acerca de su carácter de Soft Law— hemos incluido a la «Declaración Universal de los Derechos de los Animales», que fuera reconocida el 15 de Octubre de 1978 por la UNESCO y que pese a todo, constituye un conjunto de consideraciones que de una u otro forma orientan criterios de la legislación positiva contemporánea, independientemente de la valoración ética o cultural que le asignemos a esta cuestión.

Realmente, quisiéramos confesar que desde la edición de la primera obra a la fecha, hemos podido verificar en todo el país la acogida e interés que ha concitado, pero también el hecho de haber despertado una demanda por una permanente y variada producción, que permita expresar con mayor frecuencia, nuevos enfoques y desafíos tanto académicos, intelectuales como profesionales acerca de las complejas relaciones entre Derecho y Ambiente. En el futuro cercano tenemos previsto romper con cierta «tendencia endógena» de modo que podamos contar con la distinguida participación de profesores y profesionales tanto nacionales como extranjeros, y ya no sólo vinculados a la PUCP.

Por último, queremos expresar nuestra gratitud al IDEA-PUCP y en especial a su Director el Dr. Richard Korswagen quien nos ha brindado las facilidades institucionales disponibles para la realización de este trabajo. Igualmente expresamos nuestro reconocimiento al Dr. Armando Zolezzi M., estimado Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP y ciertamente a todos los profesionales que han colaborado.

Pando, agosto de 2000

Pierre Foy Valencia
IDEA-PUCP — Derecho Ambiental

TEORÍA Y DERECHO AMBIENTAL

Consideraciones sobre el Sistema Jurídico Ambiental Peruano En busca del Derecho Ambiental (II)[1]

Pierre Foy Valencia

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NORMATIVA AMBIENTAL PERUANA. 1. Antecedentes normativos. 2. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN). 3. Código Penal. 4. Normativa de promoción a las inversiones del sector privado. 5. Implicancias de las modificaciones del CMARN por la LMCIP. 6. Base constitucional.7. Tendencias en la reciente normativa ambiental. *Tendencias ambientales en el sistema jurídico peruano.* III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NORMATIVA PERUANA DE LOS RECURSOS NATURALES. 1. Base constitucional. 2. CMARN. 3. Recursos Naturales y CMARN. 4. Código Penal. 5. Normativa de promoción a las inversiones. 6. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN). Desarrollo Constitucional (1) 7. Diversidad Biológica. Desarrollo Constitucional (2) CMARN, Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), Protocolo del Convenio de Diversidad Biológica sobre Seguridad de la Biotecnología, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Decisión 391, Ley de Prevención de riesgos derivados del uso de la Biotecnología, (Ley 1999). Areas Naturales Protegidas (ANPs). Desarrollo Constitucional (3). Normas específicas sobre Recursos Naturales, Tendencia a la modernización, promoción a las inversiones y la ambientalización, Reglamentación de las Leyes específicas sobre Recursos Naturales, Contenidos ambientales en la normatividad de menor jerarquía, Tendencias en los contenidos de los Reglamentos Ambientales, TUPAs (Textos Unicos de Procedimientos Administrativos). IV. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL. A. Premisas a considerar en relación con la normativa nacional referida a los Instrumentos para la Gestión Ambiental. 1. Aspecto conceptual. 2. Diversas acepciones y dimensiones. 3. Imprecisión conceptual en la normativa nacional. 4. CMARN. 5. Normativa sobre Promoción a las Inversiones. 6. Consejo Nacional del Ambiente (CONAM). 7. Clasificación de los instrumentos de Gestión Ambiental en la normativa nacional. 8. Aspecto comparativo. 9. Normativa ambiental sobre los instrumentos de Gestión Ambiental. B. Estudios de Impacto Ambiental (EIAs). 1. Aspectos conceptuales. 2. Aspectos comparados. 3. Antecedentes. CMARN. 4. Promoción a las Inversiones. 5. Temáticas

[1] El presente ensayo constituye un corpus autónomo; no obstante ello, se inscribe en el marco de una secuencia temática y problemática de mayor aliento, cuya programación fuera señalada e iniciada en nuestro ensayo «En busca del Derecho Ambiental (I)», perteneciente a la anterior obra colectiva *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas*. (IDEA-PUCP / Fondo Editorial PUCP / Facultad de Derecho PUCP, Lima, 1997) y que continuará secuencialmente en ulteriores trabajos.

que conciernen a la discusión jurídica sobre los EIA. 6. Perspectiva actual. 7. Normativa nacional sobre ordenamiento ambiental C. Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs). 1. Importancia técnica y conceptual. 2. Antecedentes normativos. 3. CMARN y Código Penal 4. Normativa sobre Inversiones. 5. Normativa sobre CONAM. 6. Reglamento Nacional para la Aprobación de ECAs y LMPs. 7. Normativa nacional sobre ordenamiento ambiental C. Ordenamiento ambiental. 1. Aspectos conceptuales y terminológicos. 2. Antecedentes y referencias. 3. Normativa nacional sobre ordenamiento ambiental. V. CONSIDERACIONES PARA UNA POLÍTICA AMBIENTAL PERUANA. ANEXO 1. Bases políticas para la constitucionalización ambiental y del desarrollo sostenible (Fundamentos y estimativas sobre Derecho constitucional ambiental) ANEXO 2. Textos Constitucionales relevantes sobre el Sistema Jurídico Nacional y Medio Ambiente. ANEXO 3. Normas sobre Estudios de Impacto Ambiental. ANEXO 4. Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs). ANEXO 5. Ordenamiento Territorial. FUENTES DOCUMENTALES.

«Cada día, muchos kilómetros cuadrados de bosque se convierten en papel de diario, pero no se conoce ningún proceso que permita la transformación del papel de diario en bosque»

Bertrand Russell[2]

I. Introducción

El presente estudio tiene como propósito desarrollar un conjunto de premisas que permitan comprender los aspectos esenciales del sistema jurídico peruano en relación con la incorporación de las consideraciones ambientales y del desarrollo sostenible. Para esos efectos, retomamos como referencia las bases teóricas y conceptuales expuestas en un ensayo anterior[3], lo cual de ningún modo limita la autonomía y comprensión del actual[4].

Al respecto, hemos diseñado cuatro apartados —sin contar la presente introducción—, cada uno de los cuales es desarrollado con anotaciones específicas y aclaraciones a pie de página, en algunos casos un tanto exhaustivas. El primero de ellos aborda las consideraciones generales, a modo de premisas, sobre la normativa ambiental peruana; el segundo, complementario e inseparable del anterior, expone las premisas generales relativas al desarrollo de la normativa sobre los recursos naturales; en el tercero, desde una perspectiva más específica, elaboramos algunas premisas explicativas en relación con lo que nuestra legislación denomina *instrumentos de gestión*

2 Bertrand Russell, *Nuevas esperanzas para un mundo en transformación*. Edit. Hermes, Colección Piragua, México, Buenos Aires, 1964, p. 72. Tal vez las frases del viejo Russell hoy en día ya no resulten tan fatídicas ante la presencia aluvional de la biotecnología contemporánea, sin embargo nos advierte acerca de la prudencia con la que se debe actuar en el manejo de los recursos que brinda la naturaleza.

3 En el mencionado ensayo, en una primera parte estudiábamos el tema del Ambiente, Cultura y Desarrollo: las relaciones entre Ecología, Ambiente y Recursos Naturales; una aproximación a las dimensiones de la Realidad Ambiental, en particular la nacional; las interrelaciones entre sociedad y ambiente -desarrollo sostenible- y finalmente algunas consideraciones sobre economía, ambiente y recursos naturales. En la segunda parte establecíamos la relación y los marcos conceptuales entre sistema jurídico (Derecho) y ambiente, a modo de presentación de lo que doctrinariamente corresponde a una parte general del Derecho Ambiental: consideraciones generales sobre esta nueva disciplina y sus fundamentos constitucionales; el Derecho Ambiental y su desafío frente a las instituciones jurídicas tradicionales; el cuestionado trípode de la Gestión Ambiental de Brañes; finalizábamos con ciertas reflexiones acerca de la relación entre Derecho, Ambiente y Economía.

4 Cabe aclarar que el presente trabajo, ex profesamente se enmarca en un enfoque menos teórico o conceptual que el anterior, pues hemos privilegiado un tanto el tratamiento informativo y descriptivo acerca del desarrollo y trama de nuestra normativa ambiental, que permita brindar un marco situacional básico sobre ésta. Procuraremos «reparar éstas omisiones» académicas en un futuro cercano, mediante un análisis más detallado y teorético.

ambiental (v.g.: evaluación de impacto ambiental; estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles; ordenamiento ambiental); y en el cuarto nos permitimos configurar algunos planteamientos con relación a lo que consideramos debieran tomarse como criterios rectores para una sana política ambiental nacional. Para finalizar, se incluyen 5 anexos: el primero se refiere a las bases políticas para la constitucionalización ambiental y del desarrollo sostenible, a modo de fundamentos y estimativas sobre Derecho constitucional ambiental —cuyo marco conceptual no sólo estaría referido a nuestro sistema jurídico constitucional—; el segundo es un cuadro de referencias sobre contenidos de relevancia ambiental constitucional; y los tres últimos son listados normativos básicos sobre determinados instrumentos de gestión ambiental según nuestro ordenamiento legal.

Importa dejar constancia de que al exponer las respectivas premisas iremos acotando una diversidad de aspectos y consideraciones específicas correspondientes al sistema jurídico ambiental peruano, léase componentes normativos, doctrinarios, principios jurídicos, aspectos orgánicos institucionales, consideraciones de política ambiental, entre otros, de acuerdo a nuestra concepción sistémica[5]. Ciertamente, el desarrollo exhaustivo de los aspectos del Derecho y, sobre todo, de la legislación ambiental especial en relación con nuestro país, es una tarea que será brindada en ulteriores trabajos que se encuentran en elaboración[6].

II. Consideraciones generales sobre la normativa ambiental peruana[7]

1. Antecedentes normativos

1.1. Con anterioridad a la Constitución Política de 1979 se carecía de una base jurídica fundamental en relación con el medio ambiente[8], no obstante que desde tiempo atrás el país estaba comprometido con diversos instrumentos jurídicos internacio-

[5] Sobre todo, nos referimos a los siguientes elementos: a) Políticas, Estrategias y Principios; b) Normatividad sobre derechos y deberes; c) Normatividad procesal y procedimental; d) Sanciones (premios y castigos); e) Orgánico o institucional; f) Agentes destinatarios o usuarios de las normas; g) Etica y Cultural Ambiental. Ver sobre el control jurídico ambiental en Foy, 1997, p. 80 ss. Acerca de la emergencia del pensamiento sistémico, ver de Fritjof. Capra *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*. Edit. Anagrama, Barcelona, 1996.

[6] Puede revisarse de Javier Pulgar Vidal. «Política, legislación y gestión ambiental en el Perú». En Eloísa Trelles (Compil.). Legislación y Gestión ambiental en los países andinos. Visión integral y análisis por país (Tomo I), Lima, 1997. Igualmente de Pierre Foy «Consideraciones sobre el marco normativo del Derecho Ambiental Peruano». Gaceta Jurídica, Tomo 23 p. 45-A/57ª, 1995.

[7] En éste apartado, procuraremos ceñirnos a los aspectos propiamente ambientales, con cargo a que en el siguiente lo complementemos con los referidos a recursos naturales, no obstante lo difícil que resulta escindir ambos aspectos.

[8] La Constitución Política del Perú del año 1933 —como no podía ser de otra manera dada la época y el estadio del desarrollo de las concepciones jurídicas no ambientales de entonces— sólo contenía

nales que directa o indirectamente concernían a los asuntos ambientales y de los recursos naturales[9]. Ciertamente, no se puede afirmar que los efectos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y Medio Humano (Estocolmo, 1972) hayan llegado temprano a nuestro sistema jurídico, como pudo ser tal vez el caso de Colombia, que en 1974 ya contaba con un Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente[10].

1.2. Sin embargo, desde inicios del siglo XX[11], en la normativa nacional se había desarrollado una vasta gama de dispositivos de lo más variados, dispersos e inorgánicos[12], sobre todo en relación con los recursos naturales y los aspectos sanitarios[13], desprovista de un enfoque integrador, toda vez que las consideraciones ambientales aún no se habían advertido o racionalizado de modo relevante, incluso no sólo para nuestro sistema jurídico. A partir de mediados de la década de los ochenta empieza a incorporarse —primero de manera tímida, y luego con mayor firmeza— la cuestión ambiental, en aspectos sobre todo vinculados al desarrollo

consideraciones básicas y tradicionales acerca del territorio y recursos naturales, más conocidos como fuentes naturales de riqueza (Art. 37º).

9 Es el caso de la Convención para la protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los Países de América (Washington, 1940) o la Convención sobre Comercio Internacional de especies amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, CITES (Washington, 1973), por mencionar dos ejemplos.

10 Podría decirse que determinados Convenios Internacionales posteriores a 1972 suscritos por el Perú y algunos componentes normativos internos expresan un cierto impacto de Estocolmo 72 en nuestra sistema jurídico; sin embargo, desde una perspectiva más global del sistema jurídico nacional como tal y de su recepción propiamente ambiental, a nuestro modo de ver se trataría de incidencias un tanto marginales. En buena cuenta, en lo esencial la normativa nacional le dio la espalda a Estocolmo 72 hasta fines de los ochenta en que si se le toma en cuenta lo será en función al nuevo tiempo o proceso referido a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD, Río de Janeiro, 1992).

11 Hacemos ésta mención por el prurito referencial y cronológico -acaso práctico o simbólico- de que las Leyes en nuestro país empiezan a enumerarse a partir del año 1904. Sin embargo la normativa ambiental, ciertamente no se circunscribe a éste estricto rango de disposiciones normativas. Sobre identificación de las normas ambientales o de relevancia ambiental en el Perú entre el año 1900-1987. Ver Andaluz-Valdez (1987).

12 El año 1996 el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), afirmaba que el Perú no había sido modesto en cuanto a legislación ambiental, sólo que dicha producción legal era abundante, dispersa, contradictoria, con muchos vacíos y formalmente sancionadora, dejando abierta las puertas para la corrupción. Se indicaba que de 1904 a ese entonces se habían producido 4,554 normas (CAEE, 1997-a: 21). Ver más adelante en el apartado II, pto. 7.8 una crítica a las estadísticas de la normativa ambiental peruana.

13 Charpentier-Hidalgo (1999: 13-14) señalan que las primeras disposiciones sobre contaminación ambiental se refieren a la actividad minera (década de 1920), en tanto que las disposiciones sobre control sanitario de plantas industriales corresponderán a la década de 1940.

agrario y a la Amazonía[14], a los espacios urbanos[15], a la búsqueda de una estrategia nacional para la conservación[16], y, en buena cuenta, al propio proceso de regionalización[17] de ese entonces.

1.3. La Constitución de 1979 reconocía en su Art. 123 que:

> *«Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental».*

Ahora bien, no obstante que dicho artículo se insertaba en el Título sobre Régimen Económico, por su propia naturaleza jurídica —independientemente de su «sede materia»— propiamente pertenecía al apartado «dogmático» de la Constitución, en tanto estipulación de derechos y deberes[18]. Por otra parte, se podían advertir en aquella carta constitucional diversos dispositivos con cierta relevancia o implicancia ambiental: es el caso del derecho a la salud integral, y su dimensión comunitaria (Art. 15); las referencias al suelo urbano (Art. 18); a los recursos naturales y a la Amazonía (arts. 118-122); al régimen agrario (Arts. 156-160); a las comunidades campesinas y nativas (Arts. 161-163); a los gobiernos locales, sobre todo respecto a la zonificación y el urbanismo (Art. 255); y a los gobiernos regionales (Arts. 259-268).

1.4. Posterior a 1979, y hasta la expedición del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, a lo ya mencionado se sumaron algunas normas centrales de importancia ambiental, aunque carentes de un tratamiento más integral, desprovis-

[14] La entonces Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales (ONERN) de tiempo atrás venía convirtiéndose en el referente estatal para las actividades relativas al medio ambiente en part.icular el rural, teniendo a su vez al Instituto Nacional de Planificación (INP), como otro de los ejes institucionales ambientales del Estado.

[15] Por ejemplo, mediante Decreto Supremo 037-89-PCM, se crea el Cinturón Ecológico de Lima Metropolitana (CELM), la Comisión Multisectorial del CELM tuvo como Primer Presidente al Ingeniero Alberto Fujimori. El Plan Maestro de Manejo del CELM se expidió mediante Resolución Suprema 252-91-PCM.

[16] Mediante Decreto Supremo 036-89-PCM se declara de preferente interés de la Nación Peruana la elaboración de una Estrategia Nacional para la Conservación. Posteriormente se declarará el establecimiento de Sub-Comisiones Regionales en cada Gobierno Regional para que formulen Proyectos de Estrategias Regionales para la Conservación de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente mediante Decreto Supremo del año 90 (PCM).

[17] En el proceso normativo referido a la regionalización de fines de la década de los 90 se incorporan diversas consideraciones jurídico ambientales; lamentablemente, desde el punto de vista político se generó una peligrosa exhacerbación un tanto centrífuga. Desde la perspectiva ambiental, se abría un

tas de institucionalidad y de soporte político y económico suficientes. Es el caso de la normativa sobre municipalidades y su reglamentación, de determinados dispositivos con relación a las comunidades campesinas y nativas, entre otros.

1.5. En buena cuenta, y a modo de balance sintético, se puede afirmar que, no obstante la complejidad de los problemas y desafíos ambientales que debía afrontar el país, paradójicamente, no se había dado una respuesta jurídico-política en materia ambiental, y se advertía un conjunto de características negativas, como: hipersectorialización y yuxtaposición de competencias en aspectos con relevancia ambiental o referidos a los recursos naturales; externalización de costos ambientales; escasa incorporación de la variable ambiental a las cuestiones jurídicas sustantivas (v.g., normas referidas a derechos y deberes ambientales), adjetivas (procedimientos y mecanismos de defensa, o tutela jurídica del ambiente) e institucionales (organización y competencia ambiental «en» y «de» la Administración pública); sesgo sanitario —aunque de vigencia más formal—; y limitada o nula conciencia cívica sobre la cuestión ambiental, incluso en los actores políticos y económicos, además de los actores jurídicos (jueces, abogados, profesores, funcionarios, etc.), limitada performance internacional, entre otros aspectos críticos.

2. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN) —Decreto Legislativo 613[19]

2.1. A diez años de la puesta en plena vigencia de la Constitución de 1979, el imperativo ambiental que se desprendía en virtud de su artículo 123, se desarrolla por el

escenario polémico sobre todo en relación con las posiciones regionales acerca del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. La Ley de Bases de la Regionalización (TUO) Decreto Supremo 071-99-PCM- establecía como funciones de los Gobiernos Regionales normar sobre el manejo de los recursos naturales, acciones de prevención, conservación, control, evaluación, etc. «Recursos Regionales. Gobiernos Regionales, Recursos Naturales y Medio Ambiente», Pierre Foy y Walter Valdez. Ipadel, Instituto Para La Democracia Local, Nº 12, Vol 2, Lima, abril de 1989.

[18] Sobre el derecho al medio ambiente y su fundamentación constitucional, se han desarrollado los estudios más diversificados. En nuestro medio, en los textos de comentario a la Constitución tanto la de 1979 como la de 1993, se han abordado algunos tratamientos exegéticos, no siempre aparejados o sustentados en las fuentes político-jurídico ambientales correspondientes o pertinentes. Sobre los aspectos teórico conceptuales del referente constitucional, ver el Anexo 2 del presente trabajo. Para algunos alcances doctrinales, ver el trabajo de Loperena, «El derecho humano al medio ambiente y su protección», que forma parte de la presente obra.

[19] En su momento, ante la discusión si debería expedirse una Ley Marco, una Ley General, un Código u otra modalidad, se optó por la fórmula codificadora, sobre todo por el efecto simbólico que representaría para la opinión pública y los decisores institucionales tanto del Estado como de la sociedad civil. En buena cuenta, se seguía un proceso inverso a las codificaciones tradicionales; en efecto, no se trataba de un proceso de integración, maduración o consolidación de instituciones y

CMARN (8 de setiembre de 1990)[20]. Por primera vez se racionaliza y sistematiza un conjunto de criterios rectores y de instituciones jurídicas tradicionales y modernas al servicio de las consideraciones ambientales y del desarrollo sostenible[21]. Dicho Código contendrá un enfoque transversal e interdisciplinario sobre los problemas ambientales.

2.2. Para ello, incorporará sendas temáticas e instituciones jurídico-ambientales, que podemos enumerar:

- principios jurídico-ambientales[22];

principios jurídico disciplinarios en una temática específica como la ambiental, a modo de culminación de un proceso gradual; por el contrario, estábamos ante un punto de partida mediante una propuesta orgánica y sistemática —no exenta de críticas, vacíos, etc.— pero que recogía o insumía algunos aspectos normativos preexistentes, pero sustancialmente instauraba nuevos principios e instituciones jurídicas en nuestro sistema legal. De otra parte, resulta un sofisma aducir que «per se» los Códigos representan propuestas de consolidación normativa cuyos lineamientos rectores y contenidos prescriptivos confieren hoy en día una cierta permanencia o estabilidad. Tenemos el caso del Código Penal (1991), en que su texto actualizada a la fecha en muy poco se condice con la versión de la exposición de motivos que le sirvió de fundamentación teórica (vg. Derecho Penal Mínimo, decriminalización, etc.). Lo fundamental en los procesos contemporáneos codificadores es la programación de los principios de instituciones medulares que son transversales -en este caso- a las diversas temáticas ambientales. En cuanto al efecto simbólico de las normas, creemos que cumple un rol muy relativo, dependiendo de las características del sistema jurídico y las circunstancias políticas. Por ejemplo, Alemania o España se carece dispositivos similares, en tanto que México cuenta con una Ley General o Chile una Ley de Bases; en definitiva resultaría inescrupuloso pretender derivar una tendencia o derrotero acerca de cuál es el camino o fórmula normativa más adecuada a seguir. Sobre las tendencias de la legislación ambiental alemana, ver «Introducción: del derecho ambiental al orden ambiental», en RDFA (República Federal de Alemania). Textos legales. Leyes ambientales. Bonn, 1995. Por último, en reciente trabajo, Carlos Ramos nos demuestra el ocaso del paradigma de los procesos de codificación a la luz de los cambios ideológicos y culturales, en donde pueden quedar los textos pero variar los contextos (p. 87). Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma. Lima, PUCP, 2000.

20 El CMARN tiene como origen la Ley 23996 del 24 de noviembre de 1984, por la cual se autorizaba al Poder Ejecutivo a designar una Comisión Redactora encargada de la elaboración de un proyecto de ley, el cual tras ser concluido, fue revisado por una Comisión Revisora del CMARN. La mencionada Ley también otorgaba facultades al Poder Ejecutivo para que promulgue dicho Código mediante Decreto Legislativo.

21 La Revista Medio Ambiente Nº 47 (s/f), IDMA, Lima, en un especial sobre el CMARN, destacaba los aportes, problemas y desafíos que implicaba dicha norma; vg. principios jurídico ambientales, las normas complementarias que faltarían en ese entonces, el tema de los plazos de adecuación, la responsabilidad de los empresarios, los estudios de impacto ambiental, el canje de deuda por naturaleza, la participación ciudadana. Ver igualmente el Boletín de APOYO al Congreso Año 1, Nº 8, sobre el CMARN, así como de Jorge Caillaux, «Las Políticas Nacionales frente al medio ambiente: el Código del Medio Ambiente», en Madalengoitia (1991).

22 Entre los principios del CMARN —según el IDMA— estarían, la reivindicación de la participación ciudadana en la defensa del ambiente y la legitimación del accionante; el principio contaminador-

- dimensión internacional[23];
- criterios de política ambiental[24], incluyendo referencia al régimen tributario[25];
- protección ambiental (sobre todo mediante la innovadora regulación de los estudios de impacto ambiental)[26];
- planificación ambiental[27];

pagador; la prevención, la compensación tributaria, reivindicación del desarrollo sostenido, protección de las áreas naturales; reivindicación de las comunidades ancestrales. IDMA, Op.. cit. No todos estos principios son extraídos propiamente del Título Preliminar del CMARN, como correspondería desde el punto de vista formal (vg. como el de las áreas naturales o las comunidades ancestrales), faltando precisar por ejemplo el de información, función ambiental de la propiedad o el de educación ambiental.

23 El Art.1º inciso 9º se refiere a los problemas ambientales transfronterizos. Realmente la dimensión internacional como tal no es consistentemente abordada por el CMARN, tal vez por tratarse de una temática tan compleja, era mejor, desarrollar progresivamente las prácticas y el curso que vaya marcando el escenario político y jurídico internacional y regional ambiental. En el presente trabajo no desarrollaremos mayores alcances sobre el tema, puesto que lo tenemos programado como parte de ulterior estudio. Ver de Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente.* Mc Graw Hill, Madrid, 1999. Asimismo de Alexander Kiss and Dinah Shelton, *International Environmental Law.* Graham & Trotman, USA, 1991 o Vera (1998).

24 Si bien el Art.1º prescribe un conjunto de criterios rectores de política ambiental, en realidad no queda claramente establecida la diferencia con los Principios previstos en el Título preliminar del CMARN. En cuanto a lineamientos político ambientales señala el de desarrollo sostenible, educación ambiental, uso sostenible de los recursos y elementos ambientales, control y prevención en la fuente, contaminador pagador, rehabilitación del daño ambiental de origen antrópico, la interdependencia y concepción holística, la cuestión transfronteriza y la tributación.

25 El Art.2º refiere que el régimen tributario garantizará una efectiva conservación de los recursos naturales, su recuperación y la promoción al desarrollo sustentable. Luego de ello han habido algunos alcances normativos que destacar como los contratos de estabilidad tributaria en el sector minero (Decreto Supremo 024-93-EM, el Decreto Legislativo 818 y su ampliación mediante la Ley 26911, sobre Recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas para Empresas que exploten Recursos Naturales y la Reglamentación de éstos, mediante el Decreto Supremo 084-98-EF, igualmente la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, Ley 27037. Como marco doctrinal del problema ver de Tulio Rosembuj, *Los tributos y la protección del medio ambiente.* Marcial Pons, Madrid, 1995.

26 El Capítulo III no obstante referirse genéricamente a la Protección del Ambiente, en estricto se reduce a regular los Estudios de Impacto Ambiental, sin diferenciar con las Evaluaciones de Impacto Ambiental (en tanto procedimiento) ni con las Declaraciones de Impacto Ambiental (autorización formal al finalizar el procedimiento). Realmente la protección ambiental se traduce mediante diversas figuras del CMARN, vg. áreas naturales protegidas, etc., en todo caso importa destacar que a partir de esta institución se desplegará un «desborde» normativo ambiental de lo más diversificado y acaso enmarañado, sobre la materia, como se desprende en los apartados posteriores y Anexos del presente estudio.

27 El Capítulo II aborda dicha cuestión que si bien a simple vista podría parecer objetable desde ciertos enfoques ultraliberales, sin embargo desde la perspectiva ambiental resulta perfectamente atendible. Después de todo, no sería razonable pretender asociar fatídicamente el concepto de planificación con el de intervención o dirigismo estatal. Por el contrario, sociedades modernas y consolida-

- lineamientos sobre áreas naturales protegidas[28];
- alcances sobre comunidades campesinas y nativas[29];
- consideraciones ambientales referidas a los ecosistemas y la diversidad biológica[30];
- aspectos del ambiente urbano[31];
- consideraciones ambientales sobre recursos naturales específicos: mineros[32], energéticos[33], tierras agrícolas[34];

das desarrollan tratamientos normativos planificadores, en términos de urbanización y ocupación territorial, planificación hidrológica (vg. España). En nuestro propio sistema jurídico se reafirma dicha propensión normativa cuando se regulan consideraciones sobre Ordenamiento Ambiental o Zonificaciones Económicas y Ecológicas. Ver más adelante normativa sobre CONAM o la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

28 Arts. 50 al 58. Serán sensiblemente modificados como se verá en el siguiente apartado. Importa destacar que por primera vez se sistematiza su tratamiento, no obstante la preexistencia de un marco normativo referido a las Unidades de Conservación y la creación un tanto nominal meses antes de la expedición del CMARN de un Sistema Nacional de Areas Naturales Protegidas SINANPE). En 1993 adquirirán rango constitucional (art. 68º).

29 En realidad sólo habían tres dispositivos que involucraban explícitamente a éstas comunidades; el art. 29º referido al apoyo técnico y rescate de tecnologías tradicionales ecológicamente adecuadas; el art.. 54º por el cual se reconoce el Derecho de propiedad de tales comunidades dentro de las ANPs y de sus zonas de influencia, hoy prácticamente subsumido en la Ley de Areas Naturales Protegidas (Ley 26834) y por último el Art.72º que reconocía el costo de reposición cuando se afecte derechos de comunidades nativas en actividades de aprovechamiento energético, que fuera modificado por el Decreto Legislativo 655, Normas sobre la Inversión Privada en el Sector Hidrocarburos (1991). Ver de la OIT, *Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana y Desarrollo Sostenible*, Documento Nº 68, Lima, 1998. Igualmente de la Defensoría del Pueblo, «*Petroleras, Estado y Pueblos Indígenas: El Juego de las Expectativas*», Lima, 1998, así como el de Mónica Lüdescher que forma parte del presente libro.

30 La base político ambiental que sustenta estos contenidos es muy rica, fundamentalmente proveniente de los postulados de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza UICN (Hoy Organización para la Conservación de la Naturaleza, OMC). Ciertamente recoge algunos postulados normativos preexistentes en nuestro sistema. Ver del Apartado III del presente trabajo, el pto. 7.1.

31 Aunque en verdad, se encuentra un tanto disperso y diríamos desintegrado, sin embargo, en términos de planificación, población tierras periurbanas, merece destacar el tratamiento normativo. Independientemente de la cuestión jurídica, la reflexión naturaleza/artificialeza, siempre será motivo o fuente de reflexión para la pensamiento jurídico. Ver del MOPT (Ministerio de Obras Públicas y Transportes), *Naturaleza en las ciudades. Madrid, 1991. Sobre Gobiernos Locales y ciudades*, ver el sub apartado 7.3.

32 El Capítulo XII, De los Recursos Mineros sensiblemente modificado, como se aprecia más adelante.

33 La cuestión energética, representa otro de los temas neurálgicos en la búsqueda de armonización entre aprovechamiento económico y protección ambiental. Los arts. 71º y 72º del Capítulo XIII (De los Recursos Energéticos), en su momento fueron modificados respectivamente por los Decretos Legislativos 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario (1991) y 655, Normas sobre la Inversión Privada en el Sector Hidrocarburos (1991), ambos referidos al aprovechamiento energético en ANPs. Asimismo contempla cuestiones sobre tecnología para el aprovechamiento sostenible de los recursos energéticos y los costos de prevención y manejo de los hidroenergéticos, el aprovechamiento energético de la biomasa forestal, el control de los riesgos y perjuicios ambientales y por último las exigencias complementarias para el aprovechamiento de hidrocarburos.

34 El proceso normativo para la protección de las tierras agrícolas periféricas a las ciudades ha sido muy variado y disperso. El CMARN pretendió integrar las criterios centrales para dicha protección

- lineamientos sobre población y ambiente[35];
- propuesta de sistema institucional (Sistema Nacional del Ambiente)[36];
- regulación de sanciones administrativas[37] y penales [38] (catálogo de delitos ambientales);

asignándole una mayor seguridad jurídica, la cual se relajó un tanto con la modificación introducida por el Decreto Legislativo 653, Art. 20º, que para modificar la intangibilidad de las tierras sólo se requería un Decreto Supremo y ya no una Ley específica por cada predio como la establecía originariamente el Art. 132º del CMARN. Posteriormente, la denominada «Ley de Tierras», Ley 26505 (1995), en su 4ª disposición Final derogará todas las disposiciones sobre intangibilidad y cambio de uso de tierras agrícolas periféricas. Ver de Carlos Andaluz, «Tratamiento jurídico del recurso tierra» (Foy, 1997).

35 La Ley de Política Nacional de Población, Decreto Legislativo 346º, contempla determinadas consideraciones ambientales, inclusive respecto las áreas agrícolas intangibles. El Capítulo XIV del CMARN, considera aspectos como la distribución de la población, el crecimiento demográfico, los elementos constitutivos de los asentamientos humanos, las modificaciones en aquellos, el control de los Gobiernos Locales para una adecuada utilización de los elementos que constituyen los AA. HH., criterios para localización de AA. HH. y localización de industrias, niveles de habitabilidad, planificación en específico de AA. HH., licencias de habilitación y limitaciones al ejercicio de la propiedad. La prescripción sobre la inalienabilidad e imprescriptibilidad de las áreas públicas, fue derogada por el Decreto Legislativo 757 (1991).

36 Uno de los aspectos medulares desde el punto de vista político y jurídico es el de cómo organizar institucionalmente la cuestión ambiental, es decir la organización u ordenación administrativa del ambiente. En el país hubieron algunos intentos o aproximaciones por regular lo que también se ha denominado la Autoridad Ambiental Nacional, léase el caso del Consejo Nacional de Protección del Medio Ambiente (CONAPMAS), Decreto Legislativo 354º (1989) o las experiencias para elaborar la Estrategia Nacional para la Conservación -ENC- (INP-ONERN, 1989). Frente a los diversos modelos que ofrece el Derecho Comparado y a la realidad administrativa de ése entonces —y de hoy día también— de carácter hipersectorializada, burcocratizada, etc., el CMARN optó por una concepción teórica de sistema como set de interrelaciones participativas y concertadas entre entidades públicas, lo cual en sí era ajeno a la realidad operativa a idiosincrática nacional, salvo que lo ambiental hubiera sido considerado como una cuestión de primerísima prioridad nacional, ante lo cual ciertamente, sí se «cuadrarían» las instituciones y políticas sectoriales. Resultaba interesante lo prescrito por el Art. 131º en el sentido de la irremovibilidad de las funcionarios del Sistema Nacional del Ambiente, salvo anuencia del la Contraloría General de la República (CGR), así como la creación de una Oficina de Control de dicha dependencia (Art. 130º) para velar por el cumplimiento del Código, sin embargo resultaba cuestionable en la medida en que constitucionalmente la CGR contaba con sus reservas competenciales muy bien establecidas y limitadas. Dicho Capítulo fue derogado por el Decreto Legislativo 757º, abriendo un nuevo derrotero normativo sobre la «Autoridad Ambiental», como veremos posteriormente. Ver de Efraín Pérez la Gestión Pública Ambiental, en *Derecho Ambiental.* Mc Graw Hill, Serie Jurídica Santafé de Bogotá, 2000, pp. 45-93. Para una sustentación doctrinal aplicable a la dimensión ambiental puede revisarse de Manuel Alvarez, *Los Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas*. DYKINSON, Madrid, 1997.

37 El Capítulo XX (De las Sanciones Administrativas), establece un conjunto de sanciones por infracción administrativa, así como criterios para su aplicación y calificación, independientemente de la responsabilidad civil o penal que corresponda, afirmando el principio de la responsabilidad solidaria.

- cambio de deuda por conservación[39], entre otras consideraciones[40].

En relación con los principios, cabe señalar que algunos de ellos, como los de participación e información[41], y el de educación —incluso, a su manera, el de planifi-

Entre los diversos aspectos críticos a tener en cuenta cabe mencionar el carácter supletorio del CMARN frente a los diversos reglamentos ambientales sectoriales (minería, pesquería, etc.). Sin embargo los propios sectores suelen remitirse al CMARN no obstante tener expresamente reguladas sus infracciones y sanciones sectoriales ambientales, aunque cabe reconocer que por lo general están referidos a los titulares de las actividades sectorialmente concernidas. Otro problema es el de discernir la entidad competente ante una afectación ambiental que tiene adquiere diferentes connotaciones ambientales (vg. daño a la salud, al ecososistema marino, al ambiente local, al recurso marino en sí, etc.). El inciso «a» del Art. 114º fue modificado por la Ley 26913 (1991), a fin de incrementar y ponderar los límites de las multas. Ver de Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución.* Marcial Pons, Madrid, 1997, en donde se plantea la discusión de cómo conciliar para todos los ámbitos de la actividad administrativa con los diferentes tipos de discrecionalidad y los principios constitucionales sobre la eficacia, eficiencia y control administrativo.

38 El Capítulo XXI que lleva la denominación del clásico del Derecho Penal moderno César Beccaria, *De los delitos y las penas*, inicialmente convivió con el Código Penal desde Abril de 1991, en una suerte de doble estatuto penal ambiental, prestándose en ése entonces a múltiples interpretaciones en términos de derogatorias tácitas o expresas, parciales o totales. Dudas que fueron despejadas con la expresa derogación de dicho Capítulo en Noviembre de 1991, mediante el Decreto Legislativo 757. Lo que importa destacar es que por primera vez se criminaliza de modo explícito y sistemático los delitos ambientales, aunque valgan verdades, desprovisto de elementales criterios jurídico penales garantistas. (Foy, 1992; Caro 1995). Desde una perspectiva compararada para el caso de España, Juán Terradillos, *Derecho penal del medio ambiente*. Edit. Trotta, Madrid, 1997. Para mayores referentes comparativos, ver *Criminalidad y Derecho Penal Ambiental* (Antología). Universidad de Lima. Estudio preliminar y selección de textos especializados, Foy, 1994. También (Caro, 1999).

39 Inicialmente el mecanismo de conversión de deuda pública externa en donación fue regulada por el Decreto Supremo 080-89-EF y reglamentado por la Resolución Ministerial 187-89-EF, en que se excluía la compra de títulos en el mercado secundario. El Art. 142º del CMARN permitía que una entidad donante sin fines de lucro adquiera títulos de deuda pública externa en dicho mercado, sin que sean donados por los entes acreedores. Ver de CONFEP- USAID. Canje de Deuda por Naturaleza (Lima, 1996).

40 El CMARN igualmente aborda en sus respectivos capítulos bajo una cierta perspectiva de integración —en tanto sea factible— aspectos tales como las medidas de seguridad; evaluación vigilancia y control, ciencia y tecnología; acción educativa, medios de comunicación y participación ciudadana; patrimonio natural, prevención de desastres; infraestructura económica y de servicios; salubridad y limpieza pública; agua y alcantarillado. Deroga la Ley 24994, Ley de Bases para el desarrollo Rural de la Amazonía, que fuera tan cuestionada en su momento. En relación con los desastres resulta interesante revisar el trabajo de Luis Wiessner, *Desastre y derecho. Una aproximación al riesgo tecnológico.* Temis, Bogotá, 1991, en que analiza la caracterización de los accidentes tecnológicos y en específico la estructura de una crisis por desastre tecnológico en el tercer mundo (aunque ésta última acepción hoy en día deviene en altamente revisable).

41 Ver de Francisco Velazco, *La información administrativa al público.* Edit Montecorvo, Madrid, 1998 o de A. García Ureta *El derecho a la información en materia ambiental.* Módulo Nº 6 del

cación—, serán progresivamente reafirmados y desarrollados en múltiples dispositivos nacionales de la más variada jerarquía normativa, en consonancia con su reafirmación en los nuevos instrumentos internacionales que los acogen[42]. En cuanto a la legitimación del accionante, en nuestro sistema jurídico se vienen desarrollando algunos alcances, incluso en un contexto de discusión más amplio como el referido a la participación y la democracia[43].

2.3. No obstante lo expuesto, se advertirán una serie de defectos y limitaciones, como:

- no haber compatibilizado suficientemente criterios de políticas con los sectores productivos y empresariales —sobre todo en lo minero-energético—, como se evidenció a partir de conflictos como los de la Reserva Pacaya Samiria, y posteriormente, sobre todo, con la expedición de los Decretos Legislativos 757, 755 y 708;
- carencia de un marco terminológico y una conceptualización más elaborada, que impide una lectura ordenada y disciplinada del CMARN; una polisemia incontrolada que roza con lo literario e invade los predios de la inseguridad jurídica[44];
- insuficiente tratamiento técnico de los aspectos penales ambientales[45];

MIDA, Universidad del País Vasco, 1999-2000. Este derecho guarda estrecha relación con la cuestión del conocimiento; al respecto el Banco Mundial en el estudio sobre *El conocimiento al servicio del desarrollo* (Madrid - Barcelona - México, 1998), en el Capítulo 7 sustenta el imperativo de profundizar nuestros conocimientos sobre el medio ambiente, para identificar los problemas ambientales y solucionarlos, así como conocer las formas más adecuadas de organizarse socialmente (institucionalizarse), para hacer frente a los desafíos ambientales. En cuanto a la participación, revisar de Eduardo Ruiz V. *El derecho al ambiente como derecho de participación.* ARARTEKO, Guipuzkoa, 1990; asimismo de Víctor Espinoza, *La participación ciudadana como deber-derecho en el medio ambiente. ¿Una utopía relevante.* Tesis para optar Título de Abogado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima 1998.

42 Un desafío temático pendiente de ser abordado en nuestro sistema legal es el de los principios jurídico ambientales impregnados en nuestra normativa, sobre todo aquellos relativamente más innovadores como el de precaución (Declaración de Río, Convenio Marco sobre Cambio Climático Convenio de Diversidad Biológica, Decisión 391, Reglamento del CONAM Reglamentos Ambientales Sectoriales, etc.), el principio de ciclo de vida, entre otros.

43 Ver de Carlos Chirinos, «La Protección del Medio Ambiente. Las Acciones de Interés Público», Lima, 1996 y de Oscar Contreras, *Tutela de intereses supraindividuales en materia ambiental. Las acciones de interés público y de clase como alternativas compatibles con el concepto de desarrollo sostenible en el Perú.* Tesis Abogado, Universidad de Lima, 1997.

44 Por tal motivo en alguna oportunidad hemos calificado figurativamente al CMARN como una especie de Quasimodo jurídico, puesto que se trataba de una alma bella en un cuerpo feo.

45 Lo cual a su manera fue enmendado por el Decreto Legislativo 757 al derogar el correspondiente articulado y permitir la vigencia plena y exclusiva del Código Penal, Decreto Legislativo 635 (1991), como *corpus* criminalizador en lo ambiental.

- imprecisiones en lo que respecta a la autoridad ambiental[46], y sobre las condiciones de adecuación de los procesos y actividades en curso susceptibles de ser regulados por el Código[47];
- ausencia de referentes más específicos acerca de otros recursos, como el mar peruano, los recursos forestales y de fauna[48] o el agua, por citar algunos; aunque, ciertamente, ello obedecía a la idea de que el Código sentaba las bases generales, en tanto que los recursos naturales específicos se regularían por sus propios instrumentos legales —como que, a la postre, ése fue el derrotero normativo[49 y 50].

3. Código Penal

3.1. Mediante el Decreto Legislativo 635 (abril de 1991) se promulgó el actual Código Penal, cuyo Título XIII, referido a los delitos contra la ecología (Capítulo Único: «Delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales»), aunado a lo que estaba contenido en el CMARN, dio origen a un doble régimen legal en materia de delitos ambientales. Esta situación —como ya se mencionó en su momento— dio pie a diversas interpretaciones, pero encontró solución con el Decreto Legislativo 757, que derogó expresamente el Capítulo XXII del CMARN.

46 El Sistema Nacional del Ambiente prescrito por el CMARN, no sólo despertaba desconfianza e incertidumbre, sino que tampoco permitía fijar con claridad cómo entender o identificar en definitiva quien vendría «la(s) autoridad(es)», «la Autoridad Ambiental» o « la Autoridad Competente». El Decreto Legislativo 757 se encargará de precisar que serán las Autoridades Sectoriales o ediles, según corresponda.

47 El art.13 se refiere a las actividades en curso sin embargo era demasiado escueto y sembraba incertidumbres sobre la realidad de las actividades económicas, lo cual no era poca cosa, peor aún si la 1ª Disposición Transitoria establecía que en un plazo de 180 días las personas naturales y jurídicas deberán adecuarse a las exigencias del Código, sin mayor sustento técnico o razonable a la diversidad de procesos y prácticas económicas.

48 En realidad la 2ª Disposición Transitoria se refería a que en 60 días se debería actualizar y concordar el Decreto Ley 21147, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Esto nunca ocurrió hasta que el 16 de Julio del 2000 recién se publicó una nueva Ley 27308 sobre la materia.

49 En buen cuenta, el CMARN venía a cubrir aspectos ambientales de carácter transversal, no siendo en principio su propósito particularizar los recursos naturales, mucho menos en términos sectoriales; sin embargo, habían aspectos puntuales que bajo una perspectiva ambiental mínima no podía inobservar, como la cuestión minero energética o las tierras agrícolas peri urbanas, que tal vez debieron debatirse y concertarse con mayor intensidad y realismo.

50 De modo alguno se puede omitir o desconocer el rol protagónico ejercido por las entidades de la sociedad civil, sobre todo de las denominadas ONGs, durante el proceso de impulso y gestación del CMARN, al igual que el de algunas dependencias públicas o acaso sus representantes en ese entonces (Sector Agricultura, Relaciones Exteriores, Instituto Nacional de Planificación, entre otros).

3.2. El Código Penal, pese a las objeciones técnicas que se le puedan advertir, desarrollará una tecnología jurídico-penal más adecuada que el CMARN (por ejemplo, en lo que respecta a las denominadas «leyes penales en blanco», que hacen remisión a otras normas para llenar sus contenidos penalizadores). Dicho Código contendrá una tipificación de delitos ambientales, como los de contaminación y sus formas agravadas (Arts. 304 y 305); responsabilidad de funcionarios públicos por el otorgamiento ilegal de licencias (Art. 306); desechos industriales o domésticos (Art. 307)[51]; afectación de flora y fauna legalmente protegida (Art. 308); extracción de especies acuáticas prohibidas (Art. 309); depredación de bosques u otras formaciones vegetales protegidas (Art. 310); uso indebido de tierras agrícolas (Art. 311); autorización ilícita de habilitación urbana (Art. 312); alteración del ambiente y del paisaje (Art. 313); además de una disposición sobre medida cautelar (Art. 314)[52].

3.3. Posteriormente, se expedirán diversas normas de carácter sustantivo[53], procesal[54], policial[55], judicial, o procedentes del Ministerio Público[56], relativas a los «delitos

51 Posteriormente se añade el Delito de ingreso ilegal al territorio nacional de residuos o derechos peligrosos o tóxicos, Art. 307-A, Ley 26828 (1997).

52 El Decreto Legislativo 638, Código Procesal Penal cuya vigencia plena aún no se ha establecido, en su Art. 103º prevé indirectamente —desde la perspectiva de los derechos humanos— la legitimación procesal de organismos no gubernamentales en relación de los derechos ambientales (léase DD. HH. de 3ª generación).

53 Por ejemplo las normas sobre protección a los delfines y otros mamíferos marinos, Ley 26585 (1996) o la de Promoción del Manejo Integrado para el Control de Plagas, Ley 26744 (1997), que se remiten al Título XIII del Código Penal. En cierta medida otras normas penales tendrán una relevancia ambiental, es el caso de la Ley 26326 de Junio de 1994, que modifica el Código Penal e introduce el Capítulo sobre Abigeato en el Libro Segundo Título V (Delitos Contra el Patrimonio), en donde rigoriza las penas sobre ganado vacuno, ovino equino, caprino, porcino o auquénido. La Ley 26496 (1995) declara a los camélidos sudamericanos (vicuñas, guanaco y sus híbridos) como especies de fauna silvestres sujeta a protección por el Estado. Establece sanciones penales y alcances de Derecho Premial. Su Reglamento, el Decreto Supremo 007-96-AG, establece medidas para su protección (Tutela y tratamiento penal). Las faltas contras los animales también están previstas incluyendo modificatorias por la Ley de Protección a los Animales domésticos y a los animales silvestres mantenidos en cautiverio, Ley 27265 (22/05/2000), que en sus términos prevé responsabilidad civil o penal.

54 Es el caso de la Ley 26631 (1996), sobre requisitos de procedibilidad para la interposición de denuncia por delitos ecológicos. Sobre el valor de la infracción administrativa en la persecución de los delitos ambientales, ver Caro (1999: 365 y ss.). Ver de Francisco Anton y Juán Soler, *Policía y medio ambiente*. ECORAMA, Granada, 1996.

55 La Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, Ley 27238 (1999) prescribe entre las funciones de la PNP, el participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación (Art. 71 inciso 12). El Decreto Legislativo 744 (1991), sobre adecuación de la

ecológicos». Sin embargo, en nuestro medio carecemos de una adecuada indagación de campo acerca de la efectiva judicialización (criminalización secundaria) de estos delitos[57].

4. Normativa de promoción a las inversiones del sector privado

4.1. Las normas orientadas a la promoción de la inversión privada en todos los sectores de la economía y del quehacer nacional —vía decretos legislativos—, expedidas fundamentalmente durante 1991, incidieron de manera preponderante en la estructura normativa del CMARN, en particular con la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (LMCIP) —Decreto Legislativo 757 (1991)—, aun cuando complementada por la normativa sobre minería, hidrocarburos y del sector agrario, principalmente.

4.2. La LMCIP, en el Título sobre la seguridad jurídica en la conservación del medio ambiente, establece una base político-jurídica para que el Estado estimule el equilibrio racional entre desarrollo socioeconómico, conservación del ambiente y uso sostenido de los recursos naturales, y garantiza la debida seguridad jurídica a los

Estructura Orgánica de la Policía Nacional del Perú, prevé entre sus Organos ejecutivos Funcionales Provinciales, la Jefatura de Seguridad Estratégica es el órgano encargado de planear, organizar, dirigir, controlar y ejecutar las actividades referidas a la seguridad de puertos, aeropuertos, terminales terrestres, instalaciones y áreas estratégicas, así como la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente (Art. 25º inciso e). Mediante Resolución Directoral 2229 del 22 de Mayo de 1995 se crea la DIVEC, es decir la *División de Ecología de la Policía Nacional*, más conocida como la «Policía Ecológica», la cual se organiza en: Departamentos de Informes y Relaciones Públicas, de Flora y Fauna, de Medio Ambiente. Departamento de Aguas y Suelos y de Areas Protegidas y Operaciones Especiales (DAPOES).

56 Al respecto, el Ministerio Público suele expedir eventualmente resoluciones como para la creación de la Fiscalía Provincial de Delitos contra la Ecología de Tambopata, Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público 478-98-MP-CEMP (7-7-98) o designación de magistrada para la Segunda Fiscalía Provincial de Prevención del Delito de Lima, Area Hidrológica, Resolución 609-99-MP-CEMP (24-08-99).

57 La trama ambiental en nuestro país ofrece un rico escenario de afectaciones de contenido penal, sin embargo la Jurisprudencia al respecto resulta un tanto escasa o se encuentra «sumergida». De otra parte, por tratarse de delitos procesalmente sumarios, su judicialización se agota en las Cortes Superiores, de modo que los diversos desarrollos jurisprudenciales «descentralizados» resultan dificultosamente recopilables. La experiencia profesional nos advierte de una variedad temático ambiental de acuerdo a las características ecosistémicas de la regiones concernidas, en términos de delitos forestales, hidrológicos, de fauna, de contaminación, etc. Taller Regional de Prevención sobre el Medio Ambiente: criterios Técnicos para el control y prevención de los Delitos Ecológicos, Consejo Regional del Medio Ambiente San Martín (Moyobamba, 2000). Sobre la 1ª Jurisprudencia Penal Ambiental ver «Delito contra el Medio Ambiente: tierras agrícolas intangibles». Comentarios a la Primera Jurisprudencia Penal Ambiental Peruana. Revista *Gaceta Jurídica*, Tomo16 p. 5-B/9-B Foy (1995).

inversionistas mediante el establecimiento de normas claras de protección del medio ambiente (Art. 49).

4.3. Los aspectos fundamentales del CMARN, modificados o derogados, fueron:
- movimientos transfronterizos e internación de residuos o desechos[58];
- áreas naturales protegidas[59];
- minería[60];

[58] Dicho Decreto incluye un tratamiento alternativo más flexible en su Art. 52 que el del art. 16º del CMARN que prohibía internar cualquier residuo o desecho independientemente de su origen o estado, condicionándolo a si resultan peligroso o radioactivos, o en su caso a reciclaje, reutilización o transformación.

[59] El Decreto Legislativo 708 derogó el 2º párrafo del Art. 53º referido a la expropiación y resolución de contratos sobre derechos que perjudiquen las ANPs; la 1ª Disposición Final del Decreto Legislativo 757 derogó los Arts. 56º (Clasificación y administración), 57º (creación legal) y 58º (denominación).

[60] El CMARN incorporó un capítulo sobre recursos mineros en donde si bien no trata de modo sistemático la actividad minera, sin embargo aborda algunos aspectos sensibles a aquella, aunque sin la suficiente ponderación o equilibrio entre protección ambiental y fomento a la inversión o producción; ello fue motivo para que en su momento, en lo fundamental, fuera modificado por el Decreto Legislativo 708º (1991), Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero. Veamos un esquema comparativo entre ambas normas:

Art.	CMARN DL 613	Art.	LPISM DL 708
62º	Aprobación de Proyectos de áreas de desechos minero-metalúrgicos. Prohibición de Licencias provisionales	49º	Modificado. Aprobación de proyectos para beneficio [1]y explotación minera
63º	Prohibición de ubicar desechos minero.metalúrgicos en zonas de riesgo. A no menos de 500 mts. de cuerpos de agua. Estándares Internacionales	50º	Modificado. Requisitos para licencia de construcción o depósito de desechos minero-metalúrgicos. Estándares fijados por la autoridad competente
64º	Canchas de relave	-	Sin modificar
65º	Requisitos técnicos para control y registro de contaminantes	-	Sin modificar
66º	Requisitos para exploración y explotación: tratamiento de aguas, estabilización del terreno y restauración del paisaje; explosivos según niveles tolerables	51º	Modificado. Requisitos para exploración y explotación: tratamiento de aguas según factibilidad; sólo estabilización de terreno; explosivos según niveles fijados por la autoridad competente
67º	Residuos radioactivos: sujetos a estándares internacionales fijados por la autoridad competente	52º	Residuos radioactivos: sujetos a límites tolerables según estándares fijados por la autoridad competente
68º	Normas se seguridad, tratamiento y control de descargas al ambiente	-	Sin modificar
69º	Fiscalización de actividades mineras: permanente	-	Fiscalización de actividades mineras: periódica
70º	Concesiones mineras y ambiente. Expropiación y reversión	10ª D.F	Derogado por la 10ª Disposición Final

- recursos energéticos (limitaciones para el aprovechamiento de recursos naturales no renovables en las ANPs; aprovechamiento energético y costos de reposición para ANPs a comunidades nativas de la región de la Selva);
- sanciones administrativas[61];
- delitos y penas y Sistema Nacional del Ambiente[62];
- acciones de tutela ambiental[63].

5. Implicancias de las modificaciones del CMARN por la LMCIP

5.1. En lo fundamental, con el Decreto Legislativo 757 (LMCIP) se inicia un proceso de regulación normativa ambiental signado por las bases que esta norma generó, es decir, la ausencia de cualquier autoridad centralizada en materia ambiental, de modo que cada sector será la autoridad ambiental en lo que a su materia concierne.

5.2. Ello, a su vez, desencadenará una dinámica muy variada entre sectores —incluso subsectores— en la regulación ambiental; por ejemplo, en términos de Estudios de Impacto Ambiental, de entidades auditoras, de fiscalización de EIAs, de registro de entidades, de sistemas de sanciones y procedimientos, de patrones de calidad ambiental, entre otros.

5.3. En buena cuenta, las bases generales y holísticas del CMARN, posteriormente dieron paso a un proceso con énfasis sectorial y un tanto desintegrado o inconexo respecto a una articulación institucional mayor. Sin embargo, según nuestro modo de ver, ello cumplió un importante rol a través de un proceso de ensayo-error, lo cual serviría de base para los ulteriores procesos o tendencias orientados a la intersectorialización y búsqueda de sistemas, sin anular el carácter funcional de los sectores. Ahora bien, en el proceso o camino de implementación de dicha experiencia, surgió la actual Constitución Política.

6. Base constitucional

6.1. La Constitución de 1993, en un contexto influido por el proceso de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD-92) y de

[61] Derogó al art.115º (aplicación de sanciones), que preveía la no suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, así como un plazo impugnatorio para el agotamiento de la vía administrativa de tres meses.

[62] Capítulos derogados por la 1ª Disposición Final del Decreto Legislativo 757.

[63] El art. 137º fue sustituido por la Décima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 757.

los denominados «Productos de Río»[64] —pero también inducido por las políticas de reforma del Estado, privatización y promoción a las inversiones—, postula un modelo más sintético[65] en cuanto al reconocimiento del derecho al medio ambiente[66], incluso asociándolo con otros de similar condición (denominados, por algunos, «derechos felicitarios», como la paz, la tranquilidad, el disfrute del tiempo libre, y el descanso).

6.2. Así, el inciso 22 del artículo 2 —en el Título referido a la persona y la sociedad— prescribe que toda persona tiene derecho «A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida». Sin embargo, se identifican algunos dispositivos con cierta relevancia ambiental o que pueden incluso ser interpretados en esa direccionalidad[67].

6.3. A su vez, en la parte del régimen económico incorpora un Capítulo («Del ambiente y los recursos naturales») donde se hace referencia a las condiciones para el aprovechamiento de los recursos naturales (Art. 66)[68]; la responsabilidad del Estado en la política nacional del ambiente y en el uso sostenible de los recursos naturales (Art. 67); la promoción y conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (Art. 68); y el desarrollo sostenible de la Amazonía[69]

64 Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la Agenda 21, el Convenio sobre Diversidad Biológica, el Convenio Marco sobre Cambio Climático, la «Declaración sobre bosques de todo tipo». Ver Camino de la Agenda 21 (Foy: 1998).

65 Los arts. 123º y 118º de la Constitución de 1979 equivalen jurídicamente a los arts. 2º inciso 22 y 66 respectivamente. La primera ofrece un modelo o fórmula analítica, pretendiendo desagregar componentes relacionados a los deberes, derechos y tutela ambiental —ambiente saludable, equilibrio ecológico, paisaje, naturaleza, contaminación— y enumerar los recursos naturales (numerus apertus). El modelo de 1993 postula una fórmula sintética pues se limita a aludir genéricamente al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de la persona y no enumera los recursos naturales.

66 En el Derecho Comparado, sobre todo español, cabe revisar de Guillermo Escobar, *La ordenación constitucional del medio ambiente*. FIDA DYKINSON, Madrid, 1995, en que se evalúa el concepto y formación del derecho constitucional del ambiente, así como la concepción constitucional del medio ambiente, además del su dimensión como derecho subjetivo, entre otras temas.

67 Ver Anexo 2 del presente trabajo.

68 Algunas alcances sobre éste dispositivo se abordan en el apartado referido a las consideraciones de la normativa sobre recursos naturales.

69 Podría resultar criticable el que se reconozca de una parte el uso sostenible de los recursos naturales y de la otra el desarrollo sostenible solamente para la Amazonía, excluyéndose de ello al resto de del país, léase ciudades y agro de la costa y sierra, así como el mar y las montañas; acaso esto se explica en el contexto de la coyuntura post Río 92 en que era conveniente destacar las ventajas comparativas del Perú desde una perspectiva global, como lo era la Amazonía, la Diversidad Biológica y las Areas Naturales Protegidas. Sobre Amazonía y globalidad ver de Vera, 1998.

(Art. 69). En una Declaración final del Congreso Constituyente se reafirma la condición antártica del Perú y la importancia de los factores ecológicos y económicos que conciernen a la Antártida[70].

7. Tendencias en la reciente normativa ambiental

7.1. En el marco del proceso signado por la promoción a las inversiones, la normativa sectorial en materia ambiental desplegó su propio dinamismo. Con la creación del CONAM —Ley 26410[71] y su reglamento[72] (diciembre de 1994)— y su progresiva implementación —realmente, a partir de 1996—, y con la expedición de importantes leyes en materia ambiental desde el Congreso, sobre todo durante el período 1996-1997[73], se puede advertir un proceso orientado, por un lado, a reforzar y tecnificar normativamente los aspectos ambientales sectoriales, y por otro, a desarrollar mecanismos y planteamientos dirigidos a reintegrar o articular estas dinámicas sectoriales en una perspectiva transversal o de sistemas.

7.2. En cuanto a lo primero, es notable la normativa referida a los EIAs, los LMPs (Límites Máximos Permisibles), los registros de entidades autorizadas, los reglamentos ambientales en general, las competencias ambientales de las instituciones públicas, la participación ciudadana, por citar algunos puntos.

7.3. En lo que concierne a lo segundo, desde el Congreso se contará con leyes ambientales relevantes, como la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los

70 El Perú es signatario del Tratado Antártico (Washington, 1959), Resolución Legislativa 23307 (1981) y del Protocolo al Tratado Antártico (Madrid, 1991), Decreto Ley 25950 (1992). Ver Nota a pie de la página 52 de Foy, 1997.

71 El CONAM se constituye como el organismo rector de la política nacional ambiental, cuya finalidad es la de planificar, promover, coordinar, controlar y velar por el ambiente y el patrimonio natural de la Nación. Sus dos objetivos centrales son: promover la conservación del ambiente en aras del desarrollo integral de la persona humana y una adecuada calidad de vida; y propiciar el equilibrio entre el desarrollo sostenible, el uso sostenible de los recursos naturales y la conservación del ambiente (sic.).

72 Decreto Supremo 048-97-PCM, el cual prescribe relevantes lineamientos que sustentan la política del CONAM en su art. 8º (vg. principio de desarrollo sostenible, intergeneracionalidad, cooperación precaución, internalización de costos, prevención, participación, entre otros); asimismo desarrolla en los arts. 19º al 39º los Instrumentos para el Planeamiento y la Gestión Ambiental (léase Ordenamiento Ambiental, Patrones de Calidad Ambiental y Límites Permisibles; Evaluación de Impacto Ambiental; Educación, Cultura Ambiental y Participación Ciudadana; Información Ambiental y Procedimientos debidos). También precisa los alcances de la Ley en cuanto a la Estructura Orgánica del CONAM (Consejo Directivo, Organos Consultivos, de Control de Línea y de Apoyo y Asesoramiento).

73 Véase la publicación de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso sobre Legislación Ambiental (CAEA, 1997-b).

Recursos Naturales, la Ley de Áreas Naturales Protegidas, la Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, la Ley del Fondo Nacional del Ambiente (FONAM)[74]; aparte de diversos instrumentos internacionales (Convenio de Basilea[75], Decisión 391[76], etc.).

7.4. Desde el CONAM, se advertirá la tendencia a unificar la gestión ambiental; v.g., MEGA[77], Reglamento de los ECAs y LMPs[78], Propuesta para un Sistema Nacional de Información Ambiental[79], Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[80] y, a futuro, Planes de Ordenamiento Ambiental, entre otros instrumentos.

7.5. Simultáneamente, se seguirá un proceso de incorporación de convenios internacionales y de su ulterior implementación y seguimiento —meramente formales, en

74 Ley 26793 (1997).

75 Ley 26324 (1994), Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.

76 Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (1996).

77 El Marco Estructural de Gestión Ambiental pretende expresar un modelo de actuación interinstitucional para los cometidos y objetivos de la política ambiental del país. Se crea mediante la primera norma expedida por el CONAM, esto es el Decreto del Consejo Directivo 001-97-CD/CONAM. Como reza su Art. 2º, su objetivo es el de garantizar el proceso de coordinación intersectorial entre las entidades y dependencias públicas que poseen competencias ambientales en los diferentes niveles de Gobierno, armonizar políticas, administrar conflictos, superposiciones o vacíos competenciales. Plantea principios para la adecuada administración (coordinación, simplificación, celeridad, seguridad jurídica, transparencia participación y concertación, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre otros). Define diferentes Niveles de Gestión Ambiental:
Nivel I: Integración a las Políticas sociales y económicas al más alto nivel decisorio, esto es Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerios.
Nivel II: De las Políticas y Planes Ambientales propiamente dichos y de la coordinación y concertación intersectorial. Rol de los Organismos del CONAM, incluyendo la Comisión Técnica Multisectorial, Comisión Consultiva, organismos deconcentrados, entre otros.
Nivel III: Integración de las entidades públicas ambientalmente competentes con el sector privado y la sociedad civil, destacándose la conformación de los Grupos Técnicos.
Nivel IV: Ejecución operativa y control de parte de las entidades públicas a todo nivel.
Se toma en cuenta la dimensión regional (vg. Secretarías Ejecutivas Regionales, hoy Comisiones Ambientales Regionales (CARs) y local aunque esto último de modo muy referencial. También de explicitan algunos alcances sobre los instrumentos de gestión ambiental, en particular del Sistema Nacional Ambiental (SINIA). Ver MEGA, CONAM, Lima 1999).

78 Decreto Supremo 044-98-PCM, Reglamento Nacional para la Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles.

79 Ver SINIA, CONAM, Lima, 1999.

80 Ver Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, CONAM, Lima 1997. Más adelante desarrollamos algunas consideraciones al respecto.

algunos casos—. Se pueden citar convenios como el referido a la desertificación[81], el Protocolo de Madrid sobre el Tratado Antártico, y la Decisión 391, sobre el acceso a los recursos genéticos en el marco de la Comunidad Andina.

7.6. En sus propios términos, la institución edil, basada en ciertos referentes constitucionales[82] —aunque mínimos, como los del inciso 5 del artículo 192— y doctrinales (v.g., la Agenda 21), y sustentada en la Ley Orgánica de Municipalidades —Ley 23853 (1984)— y su Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente[83] —Decreto Supremo 007-85-VC—, desarrollará una variada actividad normativa y ejecutiva en términos de saneamiento[84], contaminación acústica[85], desechos[86], ornato, espacios naturales[87], suelo urbano[88], entre otros[89], aunque también en un contexto más formal que real.

81 Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación de los países afectados por sequía grave o desertificación en particular en Africa (París, 1994), Resolución Legislativa 26536 (1995).

82 Incluyendo criterios interpretativos doctrinales en materia constitucional como los de la denominada Garantía Institucional y Bloque de Constitucionalidad (Blume, 1997: 28 y ss).

83 No podemos detenernos a desarrollar la literatura sobre la dimensión local y ambiental. La Agenda 21 en su capítulo 28 nos refiere que todos los criterios de la sostenibilidad deben ser aplicados a dicha escala. De otra parte, tampoco resulta válido reducir la dimensión local, o si se quiere municipal, a lo estrictamente urbano.

84 La Ordenanza 032-MDLV del Distrito de La Victoria (Lima) aprueba el Reglamento de Saneamiento Ambiental y Salubridad. Algo similar sucederá con el Distrito de San Luis (Lima), que mediante Ordenanza 070-2000-MDSL expide un Reglamento Ambiental.

85 El Acuerdo de Concejo 059-99-MDR del Distrito del Rímac (Lima) establece niveles máximos de ruidos permisibles. Esta práctica normativa edil se ha convertido bastante recurrente de tiempo atrás. El año 1985 el Concejo Metropolitano de Lima regulo éstos aspectos.

86 Al respecto existe una diversidad de regulaciones ediles, sobre todo por tratarse de una responsabilidad propia de los Gobiernos Locales. El 4 de junio del 2000 se Publica en el Diario Oficial *El Peruano* la Exposición de Motivo y el Proyecto de Ordenanza del Sistema Metropolitano de Gestión de Residuos Sólidos.

87 Es el caso de la Municipalidad de Ventanilla (Lima) que mediante Acuerdo de Concejo 016-98-/MDV declara a los Humedales de Ventanilla como Zona de Reserva Ecológica Intangible. En su oportunidad la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobará la Ordenanza sobre la Zona de Reglamentación Especial de los Pantanos de Villa y de la Zona de Amortiguamiento, Ordenanza 184 (1998).

88 Por ejemplo, la Municipalidad Metropolitana de Lima expedirá una Ordenanza sobre clasificación del suelo metropolitano por condiciones generales de uso, diferenciando entre área urbana y área de expansión urbana. Esta última con tres sub áreas: de crecimiento urbano, de protección por Función Ambiental y Recreativa y de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural, Ordenanza 228 (30-08-99).

89 Inclusive hay casos -no sabríamos exactamente como calificarlos- como el de la Municipalidad de Ventanilla que Aprueba el Texto Unico Ordenando de la Ordenanza para la Protección del Medio Ambiente y Recursos Naturales, Ordenanza 003-99/CDV en que regula los ruidos, la contaminación atmosférica, sonora y la producida por residuos sólidos, las ANPs, la calidad del agua para

7.7. Cabe además destacar que, en 1993, el Código Procesal Civil —Decreto Legislativo 768— incorpora la figura del *patrocinio de los intereses difusos* (Art. 82), es decir, de aquellos cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, como el medio ambiente, los bienes o valores culturales o históricos, o el consumidor[90]. Por otra parte, el Código del Niño y el Adolescente —Decreto Ley 26102 (TÚO, Decreto Supremo 004-99-JUS)—, incorporará consideraciones sobre el niño y el adolescente en cuanto a su derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Art. 3), a que el Estado asegure que la educación básica comprenda el respeto al ambiente natural (Art. 15, inc. i) y el deber de conservar el medio ambiente. Sobre la jurisprudencia ambiental, ver Andaluz-Valdez (1999).

7.8. En cuanto a las estadísticas sobre la normativa ambiental nacional, se suelen manejar cifras muy variadas, todo lo cual dependerá de los criterios operativos para emprender las estimaciones cuantitativas correspondientes. Por ejemplo a) el período tomado en cuenta; b) el tipo de norma en términos de jerarquía, de fuente y de contenido (si se trata de disposiciones normativas o resolutivas); c) el grado de acceso a la información (no todo se publica en el diario Oficial El Peruano, como es el caso de los Gobiernos Locales Provinciales y Distritales), entre otras variables.

Un simple ejercicio especulativo nos puede permitir relativizar algunas datos que «ex cátedra» se suelen proferir al respecto. En noviembre de 1996, el Presidente del Consejo de Ministros (PCM) en su exposición ante la Comisión de Ambiente, Amazonía y Ecología, al referirse a las normas ambientales en el Perú, señalaba que desde 1904 a esa fecha se habían producido 4,554 normas[91] y que sólo en el período de los años ochenta se habían emitido 979 normas[92]. Ahora bien, si estimamos que el número de Gobiernos Locales distritales y provinciales probablemente a esa fecha no hayan sido menos de 1,500 y 160[93] respectivamente y supongamos

consumo humano, entre otros. O sino la Municipalidad Distrital de Cahicadán (en Provincia del interior del país), que dispone que las aguas minero y/o termo medicinales abandonadas serán administradas por la municipalidad, según Ordenanza Municipal 001-99/MC.

90 En realidad éste dispositivo limita las posibilidades de accionar al Ministerio Público o a asociaciones e instituciones sin fines de lucro según discrecionalidad judicial. Ver de Angel Landoni Sosa. «Nuevas Orientaciones en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos», en Revista Peruana de Derecho Procesal II, Lima, 1998. Sobre Tutela de Intereses Supraindividuales en materia ambiental ver Contreras, 1998.

91 No queda claro si en el mencionado recuento de normas ambientales que hace la PCM (CONAM), se incluyen algunas derogadas, pues textualmente dice «*(...) se han producido*».

92 CAAE, 1997-b

93 Los datos del INEI (Instituto Nacional de Estadísticas e Información) a la fecha indican que existen 1,816 distritos y 188 provincias incluyendo Lima y Callao. El incremento del número de jurisdicciones locales de 1996 a la fecha no cambia signficativamente el enfoque de nuestra crítica.

que bastara con que cada uno de ellos hubiera expedido solamente dos normas locales de algún contenido o relevancia ambiental, lo cual es altamente probable y nos estamos poniendo en un *mínimum minimorum* (digamos al menos una Ordenanza y un Decreto de Alcaldía), hasta ahí nomás tendríamos aproximadamente unas 3,400 o 3,500 normas ediles. De otra parte, en algunas ocasiones de suele considerar disposiciones resolutivas, es decir que no norman una situación general en abstracto, sino que resuelven una situación específica, pero que por la importancia ambiental o por tratarse de una concesión de dimensiones o implicancias significativa, se les suele computar para efectos del inventario normativo ambiental.[94]

7.9. En resumen, la dinámica de los procesos normativos ambientales adquiere diversos ritmos y dimensiones, e, incluso, temperamentos políticos, lo cual si bien de alguna manera podría manifestar incertidumbre o acaso desconcierto, desde otra perspectiva permite afirmar que, en medio de dicho torbellino, se advierten ciertas direcciones de orden político ambiental o jurídico; es el caso de la búsqueda de políticas y normativas locales, al margen de aquellas expresiones o resultantes un tanto anárquicas o desaforadas[95]. También deviene importante la tendencia a establecer instancias o dependencias con asignación de competencias ambientales (ergo, funciones, estructuras organizativas, procedimientos, sanciones, etc.) en una perspectiva al menos formalmente sistémica[96].

94 Ver de Marcial Rubio Los Reglamentos, Decreto y Resoluciones en el capítulo sobre La legislación como fuente formal, en *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Lima PUCP, 1999, pp. 156 y ss.

95 Tal vez propias de un esnobismo jurídico ambiental, antes que disposiciones guiadas por adecuados principios y políticas ambientales a ese nivel.

96 En definitiva, se podrían enumerar otras expresiones o tendencias, sin embargo debemos tener presente aún lo relativo a los recursos naturales, instrumentos de gestión ambiental, etc. antes de proceder a una versión o balance más de conjunto.

Tendencias ambientales en el sistema jurídico peruano

1	Constitucionalización	Ej.: Const. de 1993, arts. 2 (inciso 22) y 66 al 69.
2	Codificación	Ej.: CMARN, Código Penal (Delitos contra el Medio ambiente).
3	Institucionalización y transectorialización	Ej.: Administrativización. CONAM, reparticiones ambientales sectoriales, municipios.
4	Regionalización	Ej.: Comisiones Ambientales Regionales —CARs— (dimensión «subnacional»).
5	Inversión-Privatización Internalización de costos	Ej.: Ecologización empresarial, ISO 14000.
6	Municipalización	Ej.: Normatividad e institucionalidad ambiental edil.
7	Criminalización	Ej.: Delitos ambientales. Normas procesales (v.g., Ley 26631).
8	Judicialización	Ej.: Acciones civiles, penales y constitucionales en materia ambiental.
9	Reglamentación ambiental	Ej.: Sectores minero-energético, pesquero y acuícola, industrial manufacturero.
10	Internacionalización	Ej.: Tratados, convenios. Decisiones (Comunidad Andina).
11	Especialización y Tecnificación normativa	Ej.: ECAs, LMPs, auditorías, fiscalización.
12	Ambientalización legislativa	Expedición de normas con rango de ley que incorporan variables ambientales (leyes sobre recursos naturales, residuos sólidos, salud, etc.).
13	«Etnicización»	Ej.: Incorporación de la variable étnica: comunidades campesinas y nativas (div. biol, ANPs, etc.).

III. Consideraciones generales sobre la normativa peruana de los recursos naturales

1. Base constitucional

La Constitución de 1993 (Art. 66), como la de 1979 (Art. 118), contiene una base constitucional para regular los recursos naturales —aunque con tratamientos diferenciados, sobre todo por el carácter más intervencionista del Estado en la Constitución de 1979—. El artículo 66 de la actual Constitución dispone que mediante ley orgánica se regulan las condiciones de la utilización de los recursos naturales y el régimen para su otorgamiento a los particulares. La concesión le otorga al titular un derecho real, regulado por la ley en referencia[97].

2. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN)

Si bien el CMARN —Decreto Legislativo 613 (1990)— había desarrollado los contenidos ambientales (Art. 123) y de los recursos naturales (Art. 118) de la Constitución de 1979 —entonces vigente—, se puede afirmar, técnicamente, aunque en un sentido general, que el CMARN igualmente desarrolla legislativamente las consideraciones ambientales previstas en la Constitución de 1993. Sin embargo, en un sentido más específico, se requiere una adecuación más detallada, en virtud de los lineamientos políticos, económicos y ambientales de esta Constitución, que no son ciertamente similares a los de la de 1979.

3. Recursos naturales y CMARN

El CMARN —como ya se expresó— es en nuestro sistema jurídico el primer paso para ordenar de modo sistemático y racional los problemas ambientales y de los recursos naturales en el país. En tal sentido, postula un conjunto de principios y lineamientos político-ambientales, teniendo como concepción al desarrollo sostenible. En cuanto a los recursos naturales, no pretende regularlos de modo particular; por el contrario, establece un conjunto de consideraciones e instituciones de carácter transversal (v.g., EIAs, Planificación y Ordenamiento Ambiental, ecosistemas y diversidad biológica,

[97] La discusión acerca de si la actual Constitución permite un derecho de propiedad sobre los recursos naturales por las particulares, no obstante las diversas lecturas o interpretaciones que se han postulado sobre la materia, ha sido zanjada de jure condito (Lex Lata), con la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales en el sentido que podrán ser propietario de los frutos o productos extraídos conforme a ley, más no podrán ser propietarios de la fuente o del recurso in situ Sin embargo, de jure condendo (Lege Ferenda), se puede seguir interpretando opciones jurídicas diferentes.

etc.), aunque en algunos casos desarrolla consideraciones normativas específicas para determinados recursos de gran incidencia o impacto ambiental (v.g., minería, energía o tierras agrícolas). En su momento, estos alcances normativos serán modificados, fundamentalmente por el Decreto Legislativo 757 (1991)[98].

4. Código Penal

Este Código —como se ha expresado ya— tipifica una diversidad de delitos, muchos de ellos directamente relacionados con los recursos naturales[99].

5. Normativa de promoción a las inversiones. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (LMCIP)

A su turno, la LMCIP —Decreto Legislativo 757 (noviembre de 1991), que modifica sensiblemente al CMARN, sobre todo en lo concerniente a recursos mineros y energéticos, institucionalidad ambiental, criterios de prevención (EIA), delitos ambientales, etc.— también puede interpretarse como una norma que desarrolla mandatos constitucionales en relación con los principios generales del régimen económico (léase economía social de mercado; libertad de trabajo, empresa, comercio e industria; subsidiariedad del Estado; libertad de contratar; igualdad jurídica de la inversión; derecho de propiedad, y restricciones al mismo; etc.). Así, pretende establecer una base político-jurídica por la cual «El Estado estimula el equilibrio racional entre el desarrollo socioeconómico, la conservación del ambiente y el uso sostenido de los recursos naturales, garantizando la debida seguridad jurídica a los inversionistas mediante el establecimiento de normas claras de protección del medio ambiente» (Art. 49, Título VI: «De la seguridad jurídica en la conservación del medio ambiente»).

En buena cuenta —como se mencionó con anterioridad—, las normas orientadas a la promoción de la inversión privada —y en particular el Decreto Legislativo 757— recondujeron a un proceso de sectorialización y compartimentalización de las competencias ambientales y de los recursos naturales.

6. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN). Desarrollo constitucional (1)

La LOASRN —Ley 26821 (1997)— hace el desarrollo explícito del mandato contenido en el artículo 66 de la Constitución. En relación con ella cabe resaltar:

[98] Nos remitimos a las consideraciones expuestas anteriormente sobre la normativa ambiental, en lo que corresponda.

[99] Caro (1995), Bramont Arias (Foy, 1997).

- el concepto de recurso natural[100];
- la forma en que el Estado garantiza el aprovechamiento de los recursos naturales por los particulares y cómo ejerce su soberanía[101];
- el concepto de aprovechamiento sostenible[102];
- las condiciones para el otorgamiento de derechos[103] y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales[104];
- la discusión acerca de si los recursos naturales pueden ser entregados en propiedad, que queda zanjada en razón de que los particulares sólo pueden ser propietarios de los frutos o productos de la fuente, mas no de ésta, que permanece bajo el dominio del Estado.

Entre las críticas que se le pueden formular a esta ley está la definición de recurso natural como un componente de la naturaleza que indispensablemente debe tener un valor —actual o potencial— en el mercado (Art. 28), lo que a nuestro modo de ver resiente una concepción más integral de la relación hombre-naturaleza, la cual no se limita —como quisieran algunos reduccionistas económicos o «mercadólatras»— a una mera relación mercantil[105]. En realidad, los denominados recursos naturales representan un conjunto de

[100] El Art. 2º formula un criterio enumerativo —número apertus— precedido de lo siguiente: «Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de las necesidades y que tenga valor actual o potencial en el mercado (...)».

[101] Ya sea fijando los alcances del concepto de soberanía (competencia para legislar, ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales); promoción estatal mediante leyes, políticas, infraestructura; obliga a una retribución económica, libre iniciativa, etc.; límites al otorgamiento de los recursos; criterios de zonificación ecológica y económica, así como para la conservación mediante delimitación de áreas, declaración de especies en extinción, reservas o vedas; gestión sectorial y transectorial; registrabilidad pública de los derechos, incentivos especiales o calificados.

[102] *«Art.28º.- Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativamentte, de ser el caso. El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente».*

[103] Se precisa que la concesión otorga un derecho de uso y disfrute, y por ende de propiedad, sobre los frutos y productos, siendo consideradas como bienes incorporales registrables (Art. 21º), obliga al pago de una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y culturales (Art. 19º).

[104] Por ejemplo cumplir con los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Manejo, reportes, informes, auditorías, pago de retribución y derecho de vigencia, entre otros, de acuerdo a la legislación específica (Art. 29º).

[105] Es discutible el que deba tener necesariamente un valor en el mercado, puesto que existen diversos bienes en la naturaleza que satisfacen necesidades espirituales, religiosas, ceremoniales, totémicas y que difícilmente en cuanto a su esencia podrían traducirse a un valor mercantil. Entre la muchísima literatura de reencuentro con los valores esenciales de la naturaleza resulta siempre recurrente el «clásico» fundador de la denominada ecología profunda (Deep-Ecoliogy), Aldo Leopold, y su famoso *Almanaque de un Condado Arenoso*, Gernika, México, 1966.

medios —cambiantes histórica, social y simbólicamente— al servicio de la satisfacción de muchas necesidades de orden tanto económico como cultural, religioso, contemplativo, por citar algunas valoraciones antropológicas[106].

7. Diversidad biológica[107]. Desarrollo constitucional (2)

El artículo 68 de la Constitución prescribe la obligación del Estado de «promover la conservación de la diversidad biológica», mandato que ha sido desarrollado tanto en el ámbito legislativo como ejecutivo, de manera muy profusa (v.g., mediante decretos supremos, etc.).

Al respecto, se puede señalar lo siguiente:

7.1. CMARN[108]

El Capítulo sobre la diversidad genética y los ecosistemas —como antes se expuso— se refiere a los niveles suficientes para garantizar la supervivencia de las especies; la protección especial de la diversidad biológica; la autorización para la introducción de especies animales o vegetales; la reproducción de especies de fauna silvestre en zoocriaderos (así como zoocriaderos de especies amenazadas); la prevención epidemiológica y el fomento al control biológico; la importación de especies de flora y fauna; el uso sostenible de los recursos genéticos; la promoción del uso sostenible de los recursos genéticos *in situ* y su conservación *ex situ*; así como la protección y la conservación de los ecosistemas.

El CMARN también se refiere a los procesos ecológicos esenciales (Art. XI), lo que implica reservar los suelos fértiles para los cultivos; manejar las tierras de cultivo con normas severas y ecológicamente sanas; velar para que el manejo de los bosques

[106] En un trabajo de próxima aparición desarrollamos diversos aspectos acerca de ésta ley, «*Derecho y Recursos Naturales. Lo que debo saber sobre la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*».

[107] «*Artículo 2 (...) A los efectos del Presente Convenio: (...)*
*Por «**diversidad biológica**» se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas (...)*
*Por «**ecosistema**» se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional (...)*
*Por «**recursos genéticos**» se entiende el material de valor real o potencial. («**Material genético**»: todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.*

[108] Si bien es cierto, que cronológicamente no se puede aludir a un desarrollo constitucional de parte del CMARN respecto la diversidad biológica, ello resulta factible desde el plano jurídico conceptual.

y cuencas sean fines en sí mismos; manejar los estuarios, manglares y otras zonas cenagosas y bajos fondos costeros para la pesca, a fin de preservar los procesos pesqueros; y controlar la descarga de contaminantes[109].

7.2. Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)[110]

Mediante Resolución Legislativa 26181 (1993) se incorpora a nuestra legislación nacional el Convenio sobre Diversidad Biológica, cuyo objeto es:

> «la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otros aspectos, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada» (Art. 1).

En este convenio se abordan aspectos medulares relativos a soberanía; conservación *in situ* y *ex situ*; utilización sostenible de los componentes; evaluación del impacto; acceso a recursos genéticos y tecnología; transferencia tecnológica; intercambio de información; gestión de la biotecnología y distribución de sus beneficios; entre otros puntos.

7.3. Protocolo del Convenio de Diversidad Biológica sobre Seguridad de la Biotecnología

El mencionado convenio refiere que las Partes del mismo estudiarán la necesidad de un protocolo relativo a los organismos vivos modificados (OMVs[111]). Este protocolo —que se encuentra en discusión internacional para su aprobación— pretende establecer los criterios para regular los OMVs, cuidando considerar, entre otros aspectos, los principios, la evaluación y la gestión de riesgo de los OMVs. Como se verá luego, el Perú ha elaborado una ley especial sobre la materia, adelantándose en algunos aspectos a dicho protocolo.

[109] *Estrategia Mundial para la Conservación*, 1980, UICN.

[110] Ver *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, Centro de Derecho Ambiental de la UICN, Programa de Biodiversidad de la UICN, Edición española, 1996. Efraín Perez desarrolla comentarios importantes en el Capítulo 6 de su obra *Derecho Ambiental*. Mc Graw Hill, Serie Jurídica Santafé de Bogotá, 2000, pp. 175-197.

[111] Se entiende por OMV a cualquier organismo vivo que contenga una combinación nueva de material genético obtenida mediante la aplicación de la biotecnología moderna. Se exceptúa expresamente los genomas humanos.

7.4. Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica[112]

A su turno —desde una perspectiva de adecuación nacional—, mediante Ley 26839 (1997) se regulan determinadas precisiones respecto al Convenio sobre Diversidad Biológica —como los principios y políticas del Estado y la nación en relación con la biodiversidad—, además de criterios relativos a la planificación, inventario y seguimiento; mecanismos de conservación; áreas naturales protegidas[113]; comunidades campesinas y nativas; investigación científica y tecnológica; recursos genéticos; y, finalmente, sobre la autoridad competente. Se encuentra pendiente de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo.

7.5. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos —Decisión 391[114]

En cuanto al acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados, nuestro país ha adoptado la Decisión 391 (1996) —que tiene rango de ley— en el marco de la Comunidad Andina, hoy pendiente de reglamentación más específica. Entre sus alcances considera un conjunto de principios (v.g., soberanía; reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales; cooperación; trato nacional y reciprocidad; precaución; libre tránsito subregional; seguridad jurídica y transparencia); procedimientos y limitaciones al acceso; contratos de acceso y contratos accesorios; infracciones y sanciones; autoridad competente (v.g., Comité Andino sobre Recursos Genéticos); por citar los aspectos principales.

7.6. Ley de Prevención de Riesgos derivados del Uso de la Biotecnología —Ley 27104 (1999)

Esta ley tiene como objeto normar la seguridad de la biotecnología, en particular respecto a los Organismos Vivos Modificados (OMVs). Contempla aspectos como marco institucional; mecanismos para el intercambio de información y fortalecimiento institucional; aplicación del principio precautorio; evaluación y gestión de riesgos; y autorización para la realización de actividades con OVMs (léase información previa, aspectos procedimentales, confidencialidad, entre otros). También se encuentra pendiente de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo.

[112] La discusión de la Ley se encuentra en la publicación específica de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República, CAEA (1997-c)

[113] Aunque lo regulado sobre las ANPs resulta irrelevante, en vista de la existencia de una Ley más específica sobre dicha cuestión, como se verá luego.

[114] Ver de Jorge Caillaux y Manuel Ruiz Müller, *Acceso a Recursos Genéticos. Propuesta e Instrumentos Jurídicos*. SPDA, Lima, 1999.

8. Áreas Naturales Protegidas (ANPs). Desarrollo constitucional[115](3)

Como respecto a la diversidad biológica, el artículo 68 de la Constitución establece la obligación del Estado de «promover las áreas naturales protegidas», mandato que ha sido desarrollado mediante la Ley de Áreas Naturales Protegidas[116] —Ley 26834 (1997)—, la que fija un conjunto de objetivos, así como los lineamientos para la gestión del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), los instrumentos de manejo (v.g., categorías y usos[117]), la utilización sostenible de las ANPs, entre otros aspectos. El Poder ejecutivo debe reglamentarla.

Jurídicamente, el concepto de ANPs fue introducido a inicios de los noventa en nuestra legislación, sobre todo a raíz del CMARN[118]. Pero tiene sus precedentes normativos en la Ley Forestal y de Fauna Silvestre —Decreto Ley 21147 (1975)— y en su Reglamento de Unidades de Conservación —Decreto Supremo 160-77-AG.

Mediante Decreto Supremo 010-99-AG se ha aprobado el Plan Director de las ANPs y se ha establecido el marco conceptual del SINANPE, así como la estrategia nacional para las ANPs. Por otra parte, existe toda una normativa específica en relación con el reconocimiento e implementación casuística de cada una de las ANPs. También se cuenta con el Decreto Ley 26154, que crea el Fondo Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (FONANPE) y el PROFONANPE.

9. Normas específicas sobre recursos naturales[119]

La normativa más específica sobre recursos naturales es muy profusa y diferenciada. Sin embargo, se pueden señalar algunas líneas generales acerca de su proceso regulador:

9.1. Tendencia a la modernización y a la promoción de las inversiones, con incorporación de la variable ambiental

Salvo el caso de la Ley General de Aguas —Decreto Ley 17752 (1969)— y, en lo pertinente, el de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Re-

[115] Ver de INRENA, SINANPE, Lima. 1996. Difusión informativa sobre las diferentes ANPs del país. A modo de ejemplo en el Derecho comparado, cabe citar a Raquel Najera que para el caso de México nos expone las características del ordenamiento jurídico de las ANPs, en el marco de la Política Ambiental Mexicana. *Introducción al estudio del Derecho Ambiental*. Edit. Porrúa, México, 1998, pp. 52 al 67.

[116] Igualmente la discusión en específico de dicha Ley se encuentra en la publicación de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República (CAEA, 1997-d).

[117] Ver Anexo 5 referido a la Normativa sobre Ordenamiento Ambiental.

[118] Con anterioridad al CMARN, se expidió el Decreto Supremo 010-90-AG que crea el Sistema Nacional de Areas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE).

[119] El desarrollo de dicha temática desborda los propósitos del presente trabajo; sin embargo estamos elaborando un manual específico sobre la materia.

giones de Selva y Ceja de Selva —Decreto Ley 22175 (1978)—, en lo fundamental, la restante normativa específica sobre recursos naturales ha sido significativamente modificada o innovada, en tiempos recientes, y se han incorporado consideraciones de carácter ambiental (v.g., lineamientos o principios político-ambientales, aunque muy generales, con cargo a ser desarrollados o reglamentados de modo más específico). Podemos citar la reciente Ley Forestal y de Fauna Silvestre —Ley 27308 (2000)—, la Ley General de Hidrocarburos —Decreto Ley 26221—, la Ley General de Pesca —Decreto Ley 25977—, la Ley General de Minería —TÚO, Decreto Supremo 014-94-EM—, la Ley «de Tierras» —Ley 26505—, la Ley de Concesiones Eléctricas —Decreto Ley 25844— y la Ley de Recursos Geotérmicos —Ley 26848.

9.2. Reglamentación de las leyes específicas sobre recursos naturales

Estas leyes presentan diversos modos de reglamentación por el Poder Ejecutivo:

a. En algunos casos se cuenta con sólo un reglamento general para toda la ley (v.g., Reglamento de la Ley General de Pesca[120]).
b. En otros casos se cuenta con diversos reglamentos específicos. Es el caso de la Ley General de Aguas, de la anterior Ley Forestal y de Fauna Silvestre (1975) y de la Ley General de Hidrocarburos.
c. Se puede afirmar que a partir de los contenidos ambientales que se encuentran en las leyes más recientes, la tendencia es la de «desprender» reglamentos ambientales específicos en relación con cada recurso. Es el caso de los Reglamentos para la Protección Ambiental en las Actividades Minero-Metalúrgicas (Decretos Supremos 016-93-EM y 59-93-EM), de Hidrocarburos (Decreto Supremo 046-96-EM), Eléctricas (Decreto Supremo 29-94-EM) y Pesqueras Acuícolas (Decreto Supremo 004-99-PE).
d. Es de suponer que en una futura Ley sobre Aguas, o en el caso de la actual Ley Forestal y de Fauna Silvestre[121], los probables contenidos ambientales de las mismas sigan ese camino específico de reglamentación ambiental.

9.3. Contenidos ambientales en la normativa de menor jerarquía

Por último, a partir de la referida reglamentación ambiental específica se viene desprendiendo una diversidad de normas de menor jerarquía, léase resoluciones ministe-

[120] Como lo fue inicialmente a través del Decreto Supremo 01-94-PE; posteriormente con el Reglamento General para la Protección Ambiental en las Actividades Pesqueras y Acuícolas, Decreto Supremo 004-99-PE —que deroga al Titulo 8º sobre Medio Ambiente del mencionado Reglamento— se amplían los instrumentos reglamentarios de dicha Ley.

[121] Ley 27308 del 16 de julio del 2000.

riales, directorales, entre otras, con aspectos normativos de lo más variados, como por ejemplo sobre EIAs (Registro de Inscripción de Empresas, mecanismos para la participación en las audiencias públicas), Límites Máximos Permisibles, aprobación de formatos, etc.[122].

10. Tendencias en los contenidos de los reglamentos ambientales

De modo muy general, se podría decir que los reglamentos ambientales específicos relativos a recursos naturales —incluyendo algunas actividades transformativas, como la industria manufacturera— tienden a considerar aspectos como:

a. Política ambiental sectorial y principios ambientales aplicados al sector (v.g., precaución, el control en la fuente, la prevención, etc.).
b. Terminología o glosario de definiciones sectoriales.
c. Establecimiento de una institucionalidad: autoridad ambiental competente para el sector.
d. Derechos y deberes ambientales de los titulares responsables de la actividad concerniente al recurso natural en cuestión.
e. Instrumentos de gestión ambiental:
   - EIAs, PAMAs, etc.;
   - programas y protocolos de monitoreo;
   - instrumentos económicos;
   - mecanismos de control: fiscalización, auditorías ambientales e inspectorías;
   - régimen de infracciones y sanciones;
   - establecimiento de guías ambientales, de carácter mandatorio, mediante las cuales se desarrollan aspectos técnicos de acuerdo a las especificidades y complejidades de los temas sectoriales o subsectoriales.

11. TÚPAs (Textos Únicos de Procedimientos Administrativos)[123]

La incorporación de contenidos ambientales en los TÚPAs sectoriales, en relación con el aprovechamiento de los recursos naturales o aspectos conexos, se ha convertido en una

[122] Para ilustrar al lector, revisar las concordancias del CMARN de la Edición de PROTERRA (1999) —sobre todo en relación con los EIA— que se puede advertir el incesante desarrollo o despliegue normativo ambiental en los más diversos niveles jerárquicos. Ver Anexos 3, 4 y 5 del presente trabajo.

[123] Mecanismo introducido por el Decreto Legislativo 757 orientado a brindar información referida a la existencia, requisitos y costos de los distintos procedimientos administrativos, garantizando que los ciudadanos se encuentren debidamente informados, lo cual contribuye a reducir el margen de arbitrariedad en la actuación de la administración pública peruana. Ver «Impulsando la Simplificación

práctica cada vez más recurrente y consolidada al interior de los diversos sectores de la Administración. No pretendemos presentar la variada normativa —que, dicho sea de paso, por su propia naturaleza regulatoria se encuentra en permanente adecuación, sin que ello quiera significar que estamos ante un instrumento que genere inseguridad jurídica—, sino tan sólo mostrar un ejemplo. Citemos el TÚPA del INRENA[124], en donde advertimos, en sus cinco Direcciones Generales, procedimientos de contenidos ciertamente ambientales o de relevancia ambiental. En particular, en la Dirección General de Medio Ambiente encontramos, entre otros, estos procedimientos: Nº 83, sobre evaluación de Declaraciones de Impacto Ambiental (DIAs) de proyectos y actividades agrarias y agroindustriales (Sector Agrario); Nº 84, sobre evaluación de Estudios de Impacto Ambiental (EIAs) de proyectos y actividades del Sector Agrario; sobre opinión técnica de EIAs y Addendas, PAMAs, de proyectos y actividades de otros sectores[125].

IV. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

En este apartado queremos tan sólo presentar algunas de las instituciones jurídico-ambientales que se inscriben en el marco de los denominados instrumentos de Gestión Ambiental, conforme a lo prescrito por nuestra legislación nacional.

A. Premisas a considerar en relación con la normativa nacional referida a los instrumentos para la Gestión Ambiental

1. Aspecto conceptual

El concepto de Gestión Ambiental, como sucede en muchas de las temáticas ambientales, adolece —o acaso tiene la ventaja— de ser sumamente polisémico. Su significado dependerá en mucho del enfoque disciplinario (v.g., ingeniería, derecho, administración, etc.), técnico, cultural, e incluso simplemente del autor.

2. Diversas acepciones y dimensiones

A lo anterior se suma la cuestión de la dimensión o escala a la que nos queramos referir. Por ejemplo, si nos remitimos estrictamente a lo que indica el Vocabulario de la

Administrativa: Un reto pendiente». INDECOPI, Area de Estudios Económicos. Documento de Trabajo Nº 002-2000 (*El Peruano*, 10 de Abril del 2000).

[124] Decreto Supremo 025-200-AG.

[125] En cada procedimiento se establecen los requisitos, el derecho a pagar por el trámite expresado en % de Unidades Impositivas Tributarias, el carácter de la calificación (automática o de evaluación previa, en éste último caso mediante silencio administrativo positivo o negativo, o si no está regulado). La dependencia en donde se inicia el trámite, la autoridad que resuelve el trámite, así como el recurso impugnativo.

Norma ISO 14050, encontraremos que, si bien no se define expresamente el término, sin embargo se alude al «sistema de gestión ambiental» como «la parte del sistema general de gestión que incluye la estructura, organización, planificación de las actividades, responsabilidades, prácticas, procedimientos, procesos y recursos para desarrollar, implementar, llevar a efecto, revisar y mantener la política ambiental». Ahora bien, en este contexto se entiende como organización a la «Compañía, corporación, firma, empresa, autoridad o institución, o parte o combinación de ellas, organizada en forma societaria o no, pública o privada, la cual tiene sus propias funciones y administración». Estas definiciones, siendo técnicas, se han «juridificado» mediante el reconocimiento de las normas ISO 14000 a través del INDECOPI, de modo que pertenecen oficialmente a nuestro sistema jurídico.

3. Imprecisión conceptual en la normativa nacional

Asimismo, en el propio ordenamiento jurídico nacional se han regulado consideraciones sobre la Gestión Ambiental en la normativa referida al Consejo Nacional del Ambiente, en particular en lo que se ha convenido en calificar como el Marco Estructural de Gestión Ambiental (MEGA). Sin embargo, nuevamente, se asume implícita su definición[126]. En todo caso, se entiende —entre un conjunto frondoso de aspectos conceptuales— como un quehacer ambiental, antes que como una institucionalidad, y se enfoca desde una perspectiva nacional, considerando las dimensiones menores así como las de orden internacional en tanto corresponda. A fin de cuentas, no se reduce a los aspectos orgánico-empresariales, aunque los toma en cuenta como parte del rol que cumple la sociedad civil —ergo, las empresas— en el MEGA.

4. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN)

Con la expedición del CMARN (setiembre de 1990) no se advierte con claridad la tendencia por desarrollar de modo claro, sistemáticamente y bajo una lógica propiamente multisectorial los instrumentos relativos a la Gestión Ambiental, no obstante estar presentes el EIA, el Ordenamiento Ambiental o los Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y LMPs bajo diversas acepciones, aun cuando de modo inorgánico. Es

[126] En una versión de Glosario Ambiental del CONAM, se indica que Gestión Ambiental es el conjunto de diligencias conducentes al manejo del sistema ambiental. Dicho de otro modo e incluyendo el concepto de desarrollo sostenible, es la estrategia mediante la cual se organizan las actividades antrópicas que afectan al ambiente, con el fin de lograr una adecuada calidad de vida, previniendo o mitigando los problemas ambientales. La gestión ambiental responde al «como hay que hacer» para conseguir lo planteado por el desarrollo sostenible, es decir, para conseguir un equilibrio adecuado para el desarrollo económico, crecimiento de la población, uso racional de los recursos y protección y conservación del ambiente.

más, en la medida en que se trataba de instituciones innovadoras en nuestro sistema jurídico, y no obstante tener como marco contextual un referente holístico, en ese estadio del proceso de desarrollo de la normativa ambiental de nuestro país, no era todavía suficientemente advertible dicha preocupación.

5. Normativa sobre promoción a las inversiones

Posteriormente, en el contexto de la normativa de promoción a las inversiones, representada sobre todo por la Ley Marco para el Crecimiento de las Inversiones —Decreto Legislativo 757 (noviembre de 1991)—, se postulará explícitamente la orientación político-ambiental hacia la sectorialización —lo cual ciertamente incidirá en aspectos como la organización y gestión ambiental pública—, de suerte que los Ministerios y Sectores regularán todo lo relativo a Estudios de Impacto Ambiental, Límites Máximos Permisibles, etc. Dicho proceso se ha venido desarrollando al interior de cada sector con diferentes ritmos, posibilidades tecnológicas, financieras, de gestión y normativa especializada, con conflictos y celos intersectoriales, además de lexicografía —quién sabe si hasta poliglosia— propia, generándose así una rica experiencia o dinámica de ensayo-error.

6. Consejo Nacional del Ambiente (CONAM)

La mencionada experiencia sectorial servirá de base para reorientar la política y gestión ambiental nacional, contando con una serie de criterios políticos y jurídicos que se enmarcan en las líneas programáticas del CONAM. En efecto, tras esa dinámica sectorializada, los instrumentos de gestión ambiental vienen siendo progresivamente reorientados en una perspectiva, más que de integración, de interrelación y multisectorialidad. Es el caso de los criterios institucionales (MEGA: Marco Estructural de Gestión Ambiental); de las perspectivas para un Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental; de la reglamentación e implementación de procedimientos orientados a la normativa técnica referida a los Estándares de Calidad Ambiental y los Límites Máximos Permisibles, a una futura programación o Planificación sobre Ordenamiento Ambiental; de las bases técnico-normativas orientadas a la forja de un Sistema Nacional de Información Ambiental; por mencionar los aspectos más generales y relevantes.

7. Clasificación de los instrumentos de Gestión Ambiental en la normativa nacional

De conformidad con la normativa del CONAM (Art. 34 de la norma, que crea el MEGA), los instrumentos de Gestión Ambiental, de carácter preventivo, reparador o restaurador, son, entre otros:

- los Patrones de Calidad Ambiental, los cuales, luego de una «aventura terminológica» (v.g., parámetros, patrones, etc.), finalmente deben entenderse como los Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y los Límites Máximos Permisibles (LMPs);
- la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), a lo que se suman los Planes de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMAs);
- el Ordenamiento Ambiental (OA);.
- el Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA).

Sin embargo, en el documento de estudio sobre el MEGA, editado por el CONAM (1999, p. 25), se destacan, como principales instrumentos de Gestión Ambiental aplicables a la realidad nacional —con lo que es probable la existencia de otros más—, los siguientes:

a. Instrumentos preventivos
   - EIA
   - Planes de ordenamiento
   - Planes de manejo de recursos
   - Normas de calidad ambiental
   - Normas de emisión
   - Planes de prevención

b. Instrumentos de control
   - Auditorías ambientales
   - Mecanismos y procedimientos de fiscalización

c. Instrumentos / Sistemas de información
   - Sistema Nacional de Información Ambiental

d. Instrumentos de restauración o reparación
   - PAMAs
   - Planes de conservación de recursos naturales
   - Planes de descontaminación
   - Seguros ambientales

e. Instrumentos para la disponibilidad de recursos financieros[127]
   - Fondo Nacional del Ambiente (FONAM)
   - Fondo Nacional para las Áreas Naturales Protegidas (FONANPE).

[127] Sin embargo cabe tener en cuenta que en diversas normas nacionales e internacionales, se vienen estableciendo fondos más específicos, por ejemplo en relación con la Decisión 391 y el Acceso a los Recursos Genéticos, entre otros.

f. Instrumentos económicos[128] y acuerdos voluntarios
   - Incentivos y sanciones.
   - Serie de normas ISO 14000

8. Aspecto comparativo

Desde una perspectiva comparada —aunque sin hacer referencia explícita a la Gestión Ambiental como tal, sino más bien a la Política Ambiental—, el Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible de la Unión Europea (V Programa Comunitario sobre Medio Ambiente), prevé que dicha política se basará en cuatro categorías de «instrumentos»:

a. Instrumentos normativos.
b. Instrumentos de mercado: incluidos los económicos y fiscales, así como los acuerdos voluntarios.
c. Instrumentos horizontales de apoyo (investigación, información, educación).
d. Mecanismos financieros de apoyo.

9. Normativa ambiental sobre los instrumentos de Gestión Ambiental

En lo que sigue del presente documento nos limitamos a exponer consideraciones sobre la normativa nacional en torno a sólo tres de los instrumentos de Gestión Ambiental previstos por la regulación tanto del CONAM como de los sectores; esto es, los EIAs, los ECAs y LMPs, y el Ordenamiento Ambiental. Habría que tener en cuenta que, en tanto se trata de instrumentos que progresivamente se van incorporando a nuestro sistema jurídico, realmente se hallan sometidos a un permanente proceso experimental de ensayo-error, lo cual se puede advertir incluso en el propio «desarrollo» (o cambio vertiginoso) de la terminología o fraseología jurídico-ambiental empleada. A ello se suma una diversidad de aspectos limitantes o condicionantes, como serían los procesos de sectorialización, adecuación tecnológica, concienciación, financiamiento, entre otros.

[128] CONAM ha publicado un estudio, diríamos preliminar, sobre Instrumentos Económicos para la Gestión Ambiental (1999), en donde se contemplan Instrumentos como categorías para el corto y mediano plazo: los cargos de efluentes, impuestos a la gasolina, impuestos sobre productos desechables, entradas a parques, certificación de bosques, tasas e incentivos de explotación de recursos naturales con criterios ambientales y el impuesto o pago territorial.

B. Estudios de Impacto Ambiental (EIAs)[129]

1. Aspectos conceptuales

Realmente, la terminología y los aspectos conceptuales sobre la materia resultan desbordantes en cuanto a autores, tendencias, normatividad nacional e internacional, normas técnicas, etc. Para una comprensión más jurídico-doctrinal de la cuestión, podríamos diferenciar entre Evaluación del Impacto Ambiental (procedimiento jurídico-administrativo orientado a lograr un conocimiento técnico o predictivo), Estudio de Impacto Ambiental (análisis técnico integrado e interdisciplinario que busca establecer la valoración de los impactos) y Declaración de Impacto Ambiental (que vendría a ser el dictamen oficial resultante del procedimiento administrativo emitido por el órgano ambiental competente[130]). Sin embargo, como ya se señaló, esta fraseología será manejada del modo más disímil en el campo de las normas legales y técnicas, así como en el de la teoría.

2. Aspectos comparados[131]

3. Antecedentes. CMARN

Se puede afirmar, con propiedad, que los Estudios de Impacto Ambiental recién se integran a nuestra normativa nacional a partir de la expedición del CMARN, donde por primera vez se les conceptualiza, se establecen sus alcances —las obras o actividades a las que se les exigirá un EIA—, su contenido, las instituciones que los elaborarán, su carácter público, entre otros aspectos[132].

[129] Ver Bolaños (2000) y CONAM - SEIA (1999)

[130] *Iniciación al Derecho Ambiental*. Silvia Jaquenod de Zsögön , Dykinson, Madrid, p. 92-93

[131] Ver Nota a pie de página Nº 220 de FOY (1997). No está demás recordar que por ejemplo algunos países han elevado a categoría constitucional los EIA, como en el caso de Brasil (1988, art. 225, 1º IV). Ver de Antonio Manuel Peña Freire y José Luis Serrano Moreno. *Ecología y Derecho. 2. La Evaluación Ambiental*. ECORAMA, Granda 1994. Asimismo de García Ureta Evaluación de impacto ambiental Módulo Nº 12 del MIDA, Universidad del País Vasco, 1999-2000. Para el caso de México Raquel Najera inscribe en el tema de las Política Ambiental Mexicana a La Evaluación de Impacto Ambiental. En *Introducción al estudio del Derecho Ambiental*, Edit. Porrúa, México, 1998, p. 73.

[132] En el Perú existe un conjunto de disposiciones sectoriales sobre la materia. Le corresponde al CONAM de acuerdo al art.3º inciso «e» de su ley de creación (Ley 26410), establecer criterios generales para la elaboración de estudios de impacto ambiental. Inclusive actualmente se postula la implementación de un especie de Sistema Nacional sobre EIAs.

4. Promoción a las inversiones

El artículo 51 del Decreto Legislativo 757, al derogar el artículo 8 del CMARN[133], establece que las autoridades sectoriales serán las competentes para determinar las actividades que requerirán de un EIA, siempre que por el riesgo ambiental que generen pudieran exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro ambiental.

En este contexto se expedirán sendos reglamentos ambientales desarrollando alcances acerca de los EIAs, además de normas menores detallando aspectos específicos sobre la materia.

Posteriormente, en el marco de vigencia del CONAM, se precisarán algunos alcances en cuanto a su rol en la materia, mediante la denominada Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para Obras y Actividades —Ley 26786 (1997)[134].

5. Temáticas que conciernen a la discusión jurídica sobre los EIAs

Los aspectos centrales relativos a esta institución tienen que ver con cuestiones como:

- la actual reglamentación y normativa fragmentada sobre las EIAs;
- los criterios político-ambientales generales y sectoriales;
- la autoridad competente;
- los procedimientos administrativos;
- los criterios para la fomulación de estudios, revisión, etc.;
- la participación e información ciudadanas;
- los términos de referencia y guías;
- la normativa sobre entidades que realizan los EIAs: inscripción, requisitos, impedimentos, etc.

6. Perspectiva actual

En la actualidad se encuentra pendiente la propuesta para la creación de un Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental, el cual contemplaría cuatro categorías:

[133] Originalmente indicaba de modo enumerativo (numerus apertus), no taxativo (numerus clausus) qué actividades deberían someterse a la elaboración de los EIAs. Ello en cierta medida generaba inseguridad jurídica no sólo por el extenso y genérico listado de las mismas, sino también debido a la alta discrecionalidad que se le confería a la «autoridad ambiental o competente». Ver de Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

[134] Impropiamente se le denomina Ley sobre EIA, cuando simplemente se limita a modificar el Decreto Legislativo 757, sin establecer un tratamiento más orgánico o sistemático sobre la materia, tal vez bajo el supuesto que ello sería materia de reglamentación posterior. En todo caso se trata de una norma un tanto transitoria o de adecuación mientras se define una propuesta mayor, referida a un Sistema Unico de Evaluación de Impacto Ambiental.

- Estudio de Impacto Ambiental Estratégico. Relativo a los planes y programas de relevancia nacional, sectorial o local.
- Estudio de Impacto Ambiental Detallado. Referido a obras con impactos ambientales significativos.
- Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado. Referido a obras con menor impacto ambiental.
- Declaración de Impacto Ambiental. Declaración jurada por la que se expresa la inexistencia de afectación ambiental en la actividad u obra a emprender.

7. Normativa nacional sobre EIAs[135]

A. Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs)

1. Importancia técnica y conceptual[136]

Una de las características de la normativa ambiental o de relevancia ambiental es la de ser técnico-reglada, es decir, debe encontrarse sujeta a criterios de medición sobre la base de parámetros, estándares o términos similares. De este modo se podrá, por una parte, establecer aquellas situaciones generales normativas de tolerancia o permisibilidad de las actividades humanas, y por otra, aquellas situaciones específicas en que se transgredan tales límites, en cuyo caso se identificarán las responsabilidades y se establecerán las medidas a ser tomadas.

2. Antecedentes normativos

Dado que los problemas técnicos ambientales tienen su propia caracterización e interpretación —debido a su naturaleza—, desde diversos ámbitos disciplinarios se ha procurado establecer una variedad de conceptos, términos y criterios para tratar de regular la medición de los límites de tolerabilidad y permisibilidad en cuanto a las afectaciones ambientales. Esta dinámica, trasladada al terreno de lo jurídico —y más aún en un medio como el nuestro, carente de suficiente experiencia tecnológica—, nos condujo a una heterogénea terminología, de modo que se aludirá a «valores límites permisibles» para agentes químicos (Decreto Supremo 00258-75-SA); «límites bacteriológicos»; «deman-

[135] Ver Anexo respectivo.

[136] Hoy en día se alude a la necesidad de una «cultura de los límites», en el sentido que no podemos hacer uso indiscriminado de los recursos escasos con que se cuenta, de suerte que la cultura del límite debe estar lo suficientemente sincronizada con la cultura del crecimiento, es decir con la cultura del productivismo para evitar desequilibrios o desbalances. De alguna manera éste imperativo se traduce mediante éstos componentes técnicos reglados.

da bioquímica» de oxígeno; «sustancias potenciales peligrosas» o «sustancias o parámetros potenciales perjudiciales» (Decreto Supremo 261-69-SA, modificado por el Decreto Supremo 007-83-SA); «decibeles» para el caso de los ruidos; por mencionar algunos términos identificados en la normativa correspondiente.

3. CMARN y Código Penal

3.1. Posteriormente, con el CMARN se incorporan términos como «daños no tolerables al ambiente» (Art. 8, derogado por el Decreto Legislativo 757); «daños a niveles tolerables» (Art. 9); «calidad del ambiente» (Art. 14); «alteración de las aguas en proporción capaz de hacer peligrosa su utilización» (Art. 15); «condiciones técnicamente aceptables para no alterar la salud humana y las cualidades del ecosistema» y «estándares internacionales» (Art. 63 y 67, derogados por el Decreto Legislativo 757, que aludirá a los «estándares establecidos por la autoridad competente»); «daños al ambiente» (Art. 64); «niveles tolerables para el medio ambiente, la salud humana y la propiedad» (Art. 66, sustituido por el Decreto Legislativo 757, que se referirá a los «niveles» establecidos por la autoridad competente); y «niveles admisibles», para referirse a las aguas residuales (Art. 108).

3.2. A su turno, el Código Penal —Decreto Legislativo 635 (1990)—, al regular los delitos ambientales, se referirá a la infracción de las normas sobre protección del medio ambiente, que lo contamine «por encima de los límites establecidos» (Art. 304).

4. Normativa sobre inversiones

Ocurre un proceso similar al acontecido con los EIAs[137].

5. Normativa sobre CONAM

5.1. La Ley de creación de CONAM prevé entre sus funciones la de «establecer los criterios y patrones generales de ordenamiento y calidad ambiental, así como coordinar con los Sectores la fijación de los límites permisibles para la protección ambiental» (Art. 4, inc. c). En la 5ª. Disposición Final y Transitoria señala que una Comisión Técnica Multisectorial se encargará de elaborar el Reglamento Nacional sobre Parámetros de Contaminación Ambiental.

5.2. El Reglamento de dicha ley —Decreto Supremo 048-97-PCM— introduce una Sección que denomina «Patrones de Calidad Ambiental y de los Límites Permisi-

[137] En tal sentido nos remitimos al apartado correspondiente.

[138] Aunque luego los desarrolla en términos de Límites Máximos Permisibles (LMPs).

bles»[138]. Al respecto, aclara que los Patrones de Calidad Ambiental incluyen a los Límites Máximos Permisibles (LMPs), en una suerte de relación de género a especie, y que los parámetros referidos en la ley, finalmente se corresponden con los LMPs.[139]

5.3. Luego de esta confusión terminológica, en el Decreto del Consejo Directivo 001-97-CD/CONAM, que aprueba el Marco Estructural de Gestión Ambiental (MEGA), se mantiene el concepto general de Patrones de Calidad Ambiental

6. Reglamento Nacional para la Aprobación de ECAs y LMPs

6.1. Mediante Decreto Supremo 044-98-PCM se expide el Reglamento Nacional para la Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental (ECAs)[140] y Límites Máximos Permisibles (LMPs)[141], el que establece en un Glosario de Términos[142] una definición precisa para cada uno de estos conceptos. Se puede suponer que con dicho reglamento se resuelven las indefiniciones y confusiones terminológicas, y que hacia adelante se contará con un esquema más definido no sólo en términos conceptuales, sino sobre todo en lo que respecta a los procedimientos y coordinación para la fijación de los instrumentos concernidos.

6.2. En efecto, en dicho reglamento se establece que el estudio para definir los LMPs será desarrollado por el Sector asignado en el Programa Anual, en tanto que el estudio para definir los ECAs se llevará a cabo mediante los GESTA (Grupos de Estudio Técnico Ambiental).

6.3. En las normas de CONAM que declaran el inicio de las actividades conducentes a la aplicación de los Programas Anuales 1999[143] y 2000[144] se establecen los GESTA y sus responsables en Aire (CONAM) y Aguas y Ruido (DIGESA), así como los

[139] En realidad estas transformaciones y equivalencias de términos un tanto confusas, revelan un proceso de ensayo error en el desarrollo de la normativa, a modo de «tanteo», en principio cuestionable, pero atendible en razón al propósito de perfeccionamiento o de enmienda, frente a inadvertencias o negligencias cometidas.

[140] «*Concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni del ambiente*».

[141] «*Concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o emisión, que al ser excedido causa o pueda causar daños a la salud, bienestar humano y al ambiente de las personas ni del ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente*».

[142] Ver Anexo del referido Reglamento.

[143] Resolución Presidencial 025-99 del CONAM.

[144] Resolución 88-99-CONAM/PCD.

responsables sectoriales para la formulación de los LMPs de emisiones por vehículos automotores (MTCV), y de emisiones en los Sectores Industrial (MITINIC), Hidrocarburos y Electricidad (MEM), y Pesquero (MINPE).

7. Normativa nacional sobre ECAs y LMPs[145]

C. Ordenamiento ambiental

1. Aspectos conceptuales y terminológicos

De modo similar a los instrumentos anteriormente expuestos, esta temática también adquiere múltiples enfoques conceptuales y pluridisciplinarios. Por ejemplo, la Estrategia Mundial para la Conservación para los años Ochenta, aludía al Ordenamiento ambiental y a la asignación racional del aprovechamiento (Capítulo 10) como instrumentos para la integración de la conservación y del desarrollo. La Agenda 21 alude a la Ordenación de los Ecosistemas Frágiles, así como al Ordenamiento de los Recursos Genéticos. En esta temática también se presentan problemas tanto en el orden terminológico como en el semántico.

2. Antecedentes[146] y referencias

El artículo 255 de la Constitución de 1979 encargaba a las municipalidades la zonificación y urbanismo. Desde una óptica de Derecho comparado, cabría mencionar:

2.1. La Ley que crea el Ministerio de Medio Ambiente de Colombia (1993), en su artículo 7 establece que el *ordenamiento ambiental* del territorio es una función estatal que regula y orienta el proceso de diseño y planificación del uso del territorio y de los recursos naturales renovables de la nación, para asegurar la adecuada explotación y su desarrollo sustentable. Dicho Ministerio tiene una Dirección General de Planeación y Ordenamiento Ambiental del Territorio, con una Subdirección sobre Zonificación y Planificación Territorial.

2.2. La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de Venezuela (1983), en su artículo 2 entiende por *ordenación del territorio* la regulación y promoción de la localización de los asentamientos humanos, de las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico espacial, con el fin de lograr una armonía entre el mayor bienestar de la población, la optimización de la explotación y uso de los recursos naturales y la protección y valorización del medio ambiente, como obje-

[145] Ver Anexo respectivo.

[146] Debido a la múltiple normativa que se desprende acerca de ésta temática, hemos omitido presentar el cuadro de antecedentes y remitirnos a la normativa vigente, que a su vez solamente parte de ella, la listamos y sumillamos en el correspondiente Anexo 5.

tivos fundamentales del desarrollo integral. A su turno, la Ley Orgánica del Ambiente de Venezuela (1976), para efectos de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, comprende —entre otros— la ordenación territorial y la planificación de los procesos de urbanización, industrialización, poblamiento y desconcentración económica, en función de los valores del ambiente (Art. 3, inc. 1).

2.3. La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de México (1988), define al *Ordenamiento ecológico* como el proceso de planeación dirigido a evaluar y programar el uso del suelo y el manejo de los recursos naturales en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, para preservar y restaurar el equilibrio ecológico y proteger el ambiente (Art. 3, XX). Diferenciará a este ordenamiento en función a la regulación del aprovechamiento de los recursos naturales, de la localización de la actividad productiva y de los asentamientos humanos (Art. 20).

2.4. El Proyecto de Ley del Medio Ambiente para el Ecuador (1995), en su Glosario de Definiciones considera a la *Ordenación del Territorio* como la expresión espacial de las políticas económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como una actuación interdisciplinaria y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio de acuerdo con unas directrices (concepto definido en la Carta Europea de la Ordenación del Territorio, Sexta Conferencia de Ministros de Ordenación de Territorio, CEMAT, 1983, España).

2.5. La Ley del Medio Ambiente de Bolivia (1992) —Título II (Gestión Ambiental), Capítulo III (Planificación Ambiental)— considera entre sus instrumentos básicos para la planificación ambiental al *ordenamiento territorial*, sobre la base de la capacidad de uso de los ecosistemas, la localización de asentamientos humanos y las necesidades de la conservación del medio ambiente y los recursos naturales (Art. 12, inc. b).

Como se aprecia, la terminología, en el Derecho comparado, no permite una caracterización o denominación uniforme sobre esta materia ambiental.

3. Normativa nacional sobre ordenamiento ambiental[147]

V. Consideraciones para una Política Ambiental Peruana

Antes que hacer una evaluación global, de conjunto, sobre la normativa nacional ambiental y de los recursos naturales, que ciertamente se desprende de las premisas gene-

[147] Ver Anexo 5 en donde se sumillan las principales normas sobre la materia.

rales expuestas, hemos optado por presentar algunas reflexiones acerca de los componentes que —desde nuestra perspectiva— debieran sustentar una postura político-ambiental para un país como el nuestro, teniendo en cuenta algunos factores actualmente condicio-nantes o relevantes, como la globalización[148], el rol de la sociedad civil[149], el marco conceptual de la política al servicio del ambiente[150], la propia percepción de lo que se asume como problema o crisis ambiental[151], entre otros[152].

[148] *Globalización*.- Retomando las definiciones que Germán Vera (1998) investigara acerca del tema, nos quedamos con dos definiciones:
- *Globalización* (Aart. Scholte).- Tendencia por medio de la cual las relaciones sociales están menos unidas a marcos territoriales.
- *Globalización* (Lubbers).- Concepto triangular:
- Glob. Política.- Implica gobierno basado en el libre mercado.
- Glob. Económica.- Caracterizada por la flexibilización del comercio internacional, la interdependencia económica, la creación de mercados de capitales mundiales y la consideración de que el mundo es el mercado (mercado mundializado)
- Glob. Tecnológica.- Por ejemplo, internet, teléfonos móviles, TV por cable, etc.

Ver también de Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. ILSA, Santafé de Bogotá, 1998. Richard Flak sugiere reflexiones estimulantes en «Environmental in an Era of Globalization», sobre todo en relación con los alternativas a ser adoptadas, en HANDL, Günther. (Editor). *Yerbook of international environmental Law*. Volumen Nº 6, 1995, Clarendon Press Oxford, 1996.

[149] *Sociedad Civil*.- Sin ingresar al concepto sociológico o socio-político del término, para efectos de la presente exposición entiendo que resulta suficiente referir a aquellos Grupos Principales que cumplen un rol relevante para las tareas del desarrollo sostenible, señalados en la Sección III de la Agenda 21, esto es mujeres (Cap. 24), infancia y juventud (Cap. 25), Poblaciones indígenas y sus comunidades (Cap. 26), Ongs (Cap. 27), Autoridades locales y vecinos o ciudadanos en sí (Cap. 28), trabajadores (Cap. 29), empresarios del comercio y la industria (Cap. 30), comunidad científica (Cap. 32), agricultores (Cap. 32).

[150] *Política Ambiental*.- Si para la Ciencia Política los hechos políticos representan su objeto de estudio, podría colegirse que para la Ciencia de la Política Ambiental —si cabe hablar de ella como una suerte de moderna rama de aquella, o lo que algunos denominan Ecología Política o Ecopolítica— *el hecho político ambiental* vendría a ser su objeto y en ése sentido, le importarán todos los hechos del poder en relación con las tareas y cometidos vinculados al ambiente o al desarrollo sostenible. Desde esa perspectiva, los «hechos político ambientales» como todos los hechos políticos, de una parte, no sólo se refieren a los aspectos oficiales o gubernamentales, sino a todos los agentes de la sociedad gobernados y gobernantes en una interacción compleja y dinámica; y de la otra, se encuentran inextricablemente vinculados a otras esferas de qué hacer humano -vg. la economía, la tecnología, la educación, etc. Ahora bien, se suele reducir la política ambiental a la esfera de las decisiones gubernamentales, lo cual en algunos casos podría ser correcto en la medida en que la relación gobernante gobernado, se encuentre plenamente legitimada, debido a la existencia de mecanismos participativos adecuados, representativos, transparentes, descentralizados y confiables. De éste modo la actuación gubernamental no será lo únicamente expresivo de la política ambiental, sino también aquella que debidamente canalizada, lleven a cabo los diferentes agentes sociales, en el marco de una decisión político ambiental conjuntamente construida. Por lo expuesto asumiremos como política ambiental las acciones y decisiones del poder como una actuación conjunta entre gobernantes y gobernados respecto el qué hacer frente a los problemas o desafíos ambientales actuales en el escenario de la globalización.

1. Motivación

Los problemas y soluciones ambientales[153] del Perú actual no sólo se refieren a determinados aspectos relativos al aprovechamiento de los recursos naturales o a los efectos depredatorios o contaminantes desencadenados por algunas inadecuadas prácticas productivas (v.g., extractivas, transformativas) o sociales en general[154]. Muy por el contrario, en la medida en que contemporáneamente el (medio)ambiente se concibe como una nueva dimensión integradora —holística— del quehacer humano, ello comprenderá igualmente al conjunto de condiciones —materiales, económicas, sociales o culturales— que debieran permitir el bienestar y desarrollo tanto de la persona como de la comunidad en su conjunto; es decir, el conjunto de condiciones que inciden en la mejora —o no— de la calidad de vida de las actuales generaciones, con previsión de las necesidades de las generaciones futuras[155].

151 Allende Landa señala la importancia del nuevo enfoque, en el sentido que los temas no deben tratarse como problemas sino como síntomas de una mala gestión, en tanto que los auténticos problemas vendrían responsables de la afectación ambiental serían las pautas de conducta y consumo de los seres humanos. Política Ambiental II, Módulo Nº 55, Universidad del País Vasco, 1999-2000.

152 Desde una perspectiva epistemológica, cabrían muchos otros aspectos a tener presente en el orden tecnológico, cultural o religioso. Al respecto, devienen interesantes las reflexiones de: a) Rupert Scheldrake en *El Renacimiento de la Naturaleza. El Resurgimiento de la Ciencia y de Dios*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1991. b) Luc Ferry, *El Nuevo Orden Ecológico. El árbol, el animal y el hombre*. TUSQUETS Barcelona, Editores, 1994. c) Francisco Garrido, *La ecología Política como Política del Tiempo*. ECORAMA, Granada, 1996. d) Fritjof Capra, *El punto crucial. Ciencia, sociedad y cultura naciente*. Rutas del viento, Integral, Barcelona 1982. e) Jöel de Rosnay, *El hombre simbiótico*. Miradas sobre el tercer milenio, Cátedra teorema, Madrid, 1996; éste último alude a la teoría del Cibionte: macroorganismo planetario actualmente en construcción. Superorganismo híbrido, biológico, mecánico y electrónico, que incluye a los hombres, las máquinas, las redes, las sociedades. En el libro se hace referencia a él con diferentes denominaciones: macrocélula viva planetaria, ecosistema social, ser vivo macroscópico ... ¿Alguien se preguntará que más holístico que el cibionte?

153 Sobre las diversas dimensiones problemático ambientales (Foy, 1997: 52-59). Algunas consideraciones de conjunto, ver «Reflexiones acerca de una ecodisea intelectual». Pierre Foy, Prólogo al libro de Germán Vera Esquivel *Negociando Nuestro Futuro Común. El derecho internacional y el medio ambiente. En el umbral del nuevo milenio*. Fondo de Cultura Económica e IDEA-PUCP, 1998. Acerca de dicha problemática y su relación con la postmodernidad , ver de Steven Yearley; «Environmental challenges». En *Modernity ands its futures*. Edit by Stuart. Hall, David Held y Tony Mc Grew. Polity Press, Cambridge, 1993. También ver Módulo 1: La conceptualización de los problemas ambientales y Módulo 2: El problema ecológico como problema global, en Jesús Ballesteros y José Pérez Adán, *Sociedad y medio ambiente*, Edit. Trotta, Valladolid, 1997.

154 Foy, 1997, *Op. cit.*, pp. 60 y ss.

155 Tampoco se puede dejar de lado aspectos importantes como el del impacto ambiental de la pobreza, así como de ésta sobre el ambiente. Ver de Manuel Toharia ¿Desarrollo sostenible en un mundo sin pobreza? En *El futuro que viene*. Manuel Toharia (editor). Enciclopedias del tercer milenio, Madrid, 1997.

2. Lineamientos político-ambientales[156]

Los lineamientos de política ambiental al servicio de un desarrollo sostenible en el contexto anteriormente expuesto[157], se relacionan, según nuestro modo de ver, con los siguientes componentes:

a. La necesidad de una afirmación práctica —y no sólo postulatoria o normativa— de una *política o estrategia ambiental nacional* (debidamente concertada y participativa) que se articule al mismo nivel del marco general de las políticas económicas y sociales del Estado. Ello permitiría garantizar la sostenibilidad de la base material, social y productiva sobre la cual debe impulsarse el desarrollo nacional, en su integración con las dimensiones regionales —léase América Latina, Comunidad Andina, subregión amazónica, MERCOSUR— e internacionales en general.

b. El establecimiento de una normativa o sistema jurídico realista[158] —con revisión de la preexistente— que permita conciliar los requerimientos propios del desarrollo (v.g., tecnología, rentabilidad, confort, etc.) con los de la protección y aprovechamiento racional del ambiente, al servicio de las actuales y futuras generaciones. Así por ejemplo, se está previendo la expedición de una norma o Decisión ambiental a nivel andino.

c. La fijación de criterios para un *ordenamiento ambiental y territorial*[159] orientado a optimizar las capacidades y ofertas ambientales en función del crecimiento demográfico y la consecuente demanda de necesidades. Habría que proyectar criterios armónicos de ordenamientos subnacionales (v.g., amazónicos, andinos, etc.).

[156] Conviene precisar que el hecho de exponer o proponer un conjunto de premisas sobre política ambiental no significa que muchos de sus alcances no se encuentren en proceso de diseño, formulación, regulación o implementación, pero hay que mantener posiciones de alerta para evitar meros actos simbólicos o cumplidores. Por ejemplo, podemos constatar determinados esfuerzos por configurar mecanismos de prevención ambiental empresarial, sin embargo variables de orden político, abuso del poder, nepotismo, campadrazgo, negociados, probablemente con implicancias de orden delictivo -¿ criminalidad «de cuello blanco»? - en muchos casos limitan un control efectivo respecto las inconductas ambientales, sean éstas individuales o institucionales, públicas o privadas, nacionales o foráneas. Algo similar podría decirse sobre ciertos monopolios consultivos o de asesoramiento ambiental para la cuestión pública que ciertamente requiere una mayor transparencia y «desconcentración». Para las tareas formales del control, ver de la Comisión de Ambiente, Amazonía y Ecología del Congreso de la República del Perú, *Control político y gestión ambiental*. CAEA (1997-a).

[157] En Allende Landa, J. «Política Ambiental I». Módulo Nº 54 (MIDA), Universidad del País Vasco, 1999-2000, se señalan criterios generales e introductorios de política ambiental sobre todo de orden global.

[158] Ver cuadro sinóptico sobre las tendencias de la normativa ambiental peruana en al apartado referido a la normativa ambiental nacional.

[159] Ver acotaciones sobre el tema en el apartado anterior.

d. Un *marco de descentralización estratégica* que permita equilibrar los fenómenos migratorios campo-ciudad, así como evitar decisiones centralizadas acerca de las diversidades sociales y ecosistémicas distintas y distantes de la capital. Esto de ningún modo lleva a obviar las competencias centrales que, desde una perspectiva unitaria y estratégica, todo Estado moderno debe reservar para sí.

e. La creación de mecanismos que permitan optimizar *las ventajas comparativas* que tenemos en relación con *la diversidad biológica y los recursos naturales* (v.g., potencial u oferta hidrobiológica, hidroenergética, ganadera, hidrocarburífera, forestal, minera, turística, tecnológica —incluyendo los conocimientos ancestrales—, por citar sólo algunos de los componentes de la potencialidad y diversidad ecológica y cultural del país).

f. El desarrollar un conjunto de lineamientos, mecanismos y exigencias orientados a *controlar y prevenir el riesgo y el deterioro ambiental* derivados de la moderna actividad económica, industrial y comercial.

g. El contar con una *estructura organizativa moderna* y funcional en relación con las capacidades y competencias ambientales que les corresponda a las instituciones públicas, así como con una *participación activa* de la sociedad civil y el sector privado (empresa, organizaciones sociales, ciudadanía en general), que permitan garantizar un sistema de control y seguridad ambiental de la nación y de la ciudadanía, para impulsar un desarrollo humano. Esto implica una dinámica permanente en la búsqueda de conciliación de intereses, así como la afirmación simultánea y equilibrada de los *principios de autoridad y concertación en materia ambiental.*

h. La conformación o consolidación de un *sistema (v.g., fondo) nacional o mecanismo económico* para las tareas que permitan impulsar acciones y programas de la Política Ambiental Nacional a través de diversos instrumentos económicos[160], como la conversión de deuda por ambiente, la cooperación internacional y la inversión del sector privado (bajo la premisa —cada vez más legitimada— de que invertir en condiciones ambientales no sólo es necesario, sino también rentable, además de humano y respetuoso de la vida).

i. El imperativo de incorporar las consideraciones ambientales para los acuciantes problemas sociales referidos al crecimiento poblacional, la vivienda, el transporte, el trabajo, la pequeña empresa, las tecnologías intermedias, la alimentación, la educación y la salud. Exigencia impostergable si tenemos presente que modernamente se advierte que las soluciones convencionales a estos problemas sociales —ya por las carencias, insuficiencias o inadecuada implementación de las mismas—, ha conducido irremediablemente a consecuencias ambientales adversas o limitativas.

[160] Ver el apartado correspondiente a los aspectos generales sobre la normativa de los instrumentos de gestión ambiental.

j. Una *agresiva política de fomento a la educación y estimulación de la conciencia ambiental* —tanto nacional como subregional y regional—, integrada a la producción y al bienestar individual y colectivo, con el objeto de:

- integrar el pensamiento y la práctica empresarial y productiva con las exigencias de la sostenibilidad (ecoeficiencia, calidad ambiental, etc.);
- recuperar la dimensión estética y humana de la contemplación y el reencuentro con la naturaleza, sobre todo del habitante citadino, *afirmando de este modo el derecho constitucional al tiempo libre y al ocio*[161];
- propiciar un cambio de actitudes en la ciudadanía y sociedad civil en su conjunto (empresariado, políticos, técnicos, juventud, niñez, mujeres, tercera edad, etc.), para impulsar en la práctica la armonización entre desarrollo, ambiente y equidad.

k. Un *sistema de prevención, monitoreo, información y comunicación* que permita conocer y tomar decisiones óptimas sobre los recursos, las realidades o las situaciones ambientales, en sus distintas dimensiones (locales, subnacionales, nacionales, regionales e internacionales). Igualmente, *una contabilización ambiental de los recursos naturales y culturales*, como parte de la medición y valorización del patrimonio y la riqueza de la nación, incluyendo los pasivos ambientales.

l. Afirmar el principio de autoridad a partir del *control y sanción ejemplar de las conductas corruptas* que tienden a aprovecharse ilegalmente —y al amparo de la impunidad— de los recursos naturales para fines estrictamente conveniencieros o personales *(combate al impacto ambiental de la corrupción)*. Ciertamente , la colaboración internacional juega un rol importante.

m. Lo anterior, de modo alguno limita otras alternativas en el orden de las denominadas «sanciones positivas» es decir soluciones en el orden premial o de estímulo de conductas y comportamientos ambientales destacables o meritorios.

n. Una *política internacional ambiental*[162] de colaboración e integración regional, continental, internacional y global, en relación con acciones productivas, comerciales y culturales relativas a los problemas y soluciones ambientales compartidas o compartibles. Para ello, se deberán respetar adecuadamente en el plano internacional los principios de:

[161] Ver de Víctor Julio Ortecho, «Derecho al disfrute del tiempo libre», en Ediciones Normas Legales, Tomo Nº 281, octubre de 1991, Trujillo.

[162] El escenario al que nos invita a reflexionar Huntigton ya sea en términos del cambiante equilibrio, orden emergente y choque de las civilizaciones, obliga a dimensionar el verdadero sitial que corresponde al país y a sus políticas internacionales, incluyendo ciertamente las ambientales. No debe desestimarse la perspectiva integracionistas, sin embargo ello por ahora tampoco resulta muy alentador. Samuel Huntington, *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundia*l. Paidós, BBuenos Aires-Barcelona-México, 1997.

- soberanía;
- responsabilidad compartida pero diferenciada;
- colaboración y cooperación;
- información y participación activa en dicho escenario;
- prevención y precaución.

Epílogo

En buena cuenta, no podemos darnos el lujo de hacer dispendio, mal uso o destrucción de nuestros recursos naturales —y culturales—, puesto que con ello no sólo se pierden divisas o se atenta contra el bienestar de las poblaciones, sino que también se alteran las tendencias orientadas a una expansión sostenida de la economía. Tampoco podemos seguir maltratando la calidad de vida actual y la que correspondería a las futuras generaciones, al omitir atender estas dimensiones contemporáneas y actuales que articulan desarrollo con (medio)ambiente.

Sin lugar a dudas, los nuevos «booms» relacionados con los *recursos ambientales* y la producción, hoy en día pasan por la búsqueda de mecanismos agresivos de equilibrio entre economía y ecología; todo ello coadyuvado con los debidos procesos de concertación social (participación) y toma de conciencia ambiental al servicio de una economía humana y sostenida.

Los postulados generales que hemos referido, pretenden orientarse a la postulación y afirmación de un desarrollo sostenible y un *ambiente posible* —parafraseando a Basadre—, con crecimiento económico, rostro humano[163], bienestar, así como con equidad social y cultural.

[163] Sin embargo, al referirnos a lo «lo humano» cabría evocar a Erich Fromm, quien al tratar el tema del hombre —¿lobo o cordero?— y recordar el exterminio de millones de armenios, judíos y enemigos políticos de parte de Talaat Pacha, Hitler y Stalín, respectivamente se interrogaba: ¿supondríamos que tú y yo y la mayor parte de los hombres corrientes son lobos disfrazados de corderos y que nuestra «verdadera naturaleza» se manifestará una vez que nos libremos de las inhibiciones que nos ha impedido hasta ahora obrar como bestias?. *El Corazón del hombre*. FCE, México, 1990, p. 12.

ANEXO 1

Bases políticas para la constitucionalización ambiental y del desarrollo sostenible

(Fundamentos y estimativas sobre Derecho Constitucional Ambiental)

Desde nuestro punto de vista, una concepción que pretenda fundamentar las bases interpretativas desde el pensamiento político y constitucional, para la incorporación de las consideraciones ambientales y del desarrollo sostenible en un texto constitucional, supone un conjunto de elementos y cuestiones de orden metodológico y epistemológico, a modo de sucesivas aproximaciones programáticas:

PRIMERA APROXIMACIÓN: MARCO TEÓRICO Y METODOLÓGICO

En este punto consideramos que la atención debe centrarse al menos en tres principales aspectos de orden conceptual (de los muchos que se pueden advertir):

a) En *primer lugar*, interesa puntualizar los términos bajo los cuales se comprende la relación existente entre política, Constitución y sistema jurídico. Sin duda, nos encontramos ante un complejo y profuso escenario teórico relativo a tales componentes y a sus complejas interrelaciones. Sin embargo, cabría identificar ciertos postulados que sirvan de base conceptual para su ulterior aplicación. Por ejemplo, la fundamentación del ejercicio del poder, para en su momento articularla con la concepción política relacionada con el aprovechamiento de los recursos naturales y ambientales; la dogmática de los derechos humanos relativa al derecho a la vida, para integrar una concepción sistémica de ese derecho, diferente a la versión individualista o meramente social de los derechos humanos de primera y segunda generación, respectivamente; o las condiciones requeridas para un pacto social a la luz de las exigencias de la sostenibilidad, como paradigma e imperativo cultural contemporáneo.

b) En *segundo lugar*, resulta imprescindible abordar determinados postulados acerca de la relación entre ambiente y desarrollo sostenible, en la medida en que ambos conceptos hoy en día se convierten en bases fundamentales para la toma de decisiones políticas en diversos niveles. Además, hoy, muchos de estos componentes se encuentran incorporados de una u otra forma en los diversos textos constitucionales contemporáneos.

c) En *tercer lugar*, conviene establecer determinados alcances conceptuales de lo que según nuestro modo de ver representan los sistemas de control jurídico en relación

con el ambiente y el desarrollo sostenible; es decir, considerar determinadas premisas de lo que disciplinariamente suele denominarse el Derecho Ambiental, o, si se quiere, el Control Jurídico Ambiental; en otras palabras, abordar determinados postulados centrales acerca del modo en que, doctrinaria y jurídicamente, se traduce el impacto de la crisis y la cuestión ambiental en lo sistemas jurídicos contemporáneos: los fundamentos de las respuestas jurídicas a la cuestión ambiental. En este contexto, ciertamente, se inscribirán las diversas expresiones del Derecho Constitucional Ambiental Comparado.

SEGUNDA APROXIMACIÓN: CONSIDERACIONES SOBRE ECOLOGÍA, POLÍTICA Y ESTADO DE DERECHO

Resulta pertinente establecer las relaciones entre *ecología y política*, y cómo ello puede —o debe— enmarcarse en una concepción de *Estado de Derecho*. A esos efectos, cabría abordar el tratamiento de los siguientes aspectos:

a) Desde una *perspectiva diacrónica*, centrada en la historia del pensamiento político, cabe identificar algunos ejes centrales capaces de distinguir la *relación entre política y entorno natural-cultural*. Ciertamente, esta tarea en sí misma puede resultar de largo aliento; sin embargo, también resultaría válido encuadrar o procesar los postulados históricos o hitos fundamentales acerca de lo que ha sido dicha *relación* y cómo ésta ha marcado nuestro pensamiento cultural en el sentido más amplio del término. Por ejemplo, la visión baconiana, cartesiana o marxiana respecto a la naturaleza, por referir un caso, o las diferentes lecturas históricas —«corsi» y «ricorsi»— sobre los derechos de la naturaleza y de los animales.

b) Desde una *perspectiva sincrónica* o situacional, corresponde establecer un marco conceptual e interpretativo que explique en la actualidad la relación entre política y entorno natural-cultural; tarea no menos pretenciosa, pero que remite a la médula de la discusión.

c) Como consecuencia de las perspectivas precedentes, se desprenden elementos y consideraciones capaces de orientar la formulación de postulados esenciales que permitan establecer una fundamentación racional entre ecología y Estado de Derecho, básicamente en el marco político de la democracia.

TERCERA APROXIMACIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Esta aproximación compromete al menos tres dimensiones:

a) Desde el Derecho Constitucional Ambiental Comparado, se identifican diversos contenidos ambientales en el marco de las actuales Constituciones Políticas, a partir de lo

cual cabe desprender algunas interpretaciones o consideraciones sobre las sistemáticas y las tendencias constitucionalizadoras en materia ambiental. Asimismo, en el marco de las tendencias a la integración y los procesos de globalización, corresponde tener —y proyectar— consideraciones generales relativas a las «Constituciones supranacionales»; es el caso, por ejemplo, de los contenidos ambientales del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992; Amsterdam, 1997).

b) A partir de las referencias al Derecho Constitucional Ambiental Comparado, en articulación con los enfoques procedentes de la Teoría Constitucional y la Teoría Política, se deriva una fundamentación de lo «ambiental» desde la racionalidad propia de determinadas categorías políticas y constitucionales (v.g., la legitimación del poder, las bases materiales de la Constitución, los derechos fundamentales, la organización del Estado, entre otros).

c) Por último, sobre la base de los criterios y la racionalidad jurídico-política de orden constitucional propuestos, cabe proceder a la elaboración de una sistemática y un contenido constitucional en materia ambiental.

CUARTA APROXIMACIÓN: ENFOQUE SINTÉTICO

Antes que una cuarta aproximación en sí misma, correspondería elaborar una propuesta integradora conceptual, a modo de síntesis, sobre las estimativas o consideraciones para una Constitución Política del Nuevo Milenio, que, parafraseando a Michel Sierres[164], postulen un nuevo pacto social orientado a la sostenibilidad.

[164] Filósofo francés que proponía un nuevo pacto social con la naturaleza. *El contrato natural*, Pre-textos, Valencia, 1991.

ANEXO 2

Textos Constitucionales relevantes sobre el Sistema Jurídico Nacional y Medio Ambiente

	Sumilla	*Texto Legal*
1.	*Derecho a la paz, tranquilidad, tiempo libre, descanso y ambiente*	**Artículo 2º.-** Toda persona tiene derecho (...) 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.
2.	*Derecho a la información (ambiental)*	**Artículo 2º.-** Toda persona tiene derecho (...) 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
3.	*Derecho a la salud*	**Artículo 7.-** Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)
4.	*Patrimonio cultural de la Nación*	**Artículo 21.-** Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. (...)
5.	*Derechos y deberes políticos de los ciudadanos: participación directa* *Participación en el gobierno local*	**Artículo 31.-** Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum: iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. (...) Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen también el derecho de ser elegidos.

ANEXO 2 (Continuación)

	Sumilla	*Texto Legal*
6.	*Políticas de fronteras e integración*	**Artículo 44.-** (...) Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.
7.	*Territorio del Estado* *Dominio marítimo* *Espacio aéreo*	**Artículo 54.-** El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. (...) El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.
8.	*Reserva de materia exclusiva de tratados, como competencia del Congreso* *Otras materias que requieren ley*	**Artículo 56.-** Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio e integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deber ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.
9.	*Tratados de aprobación por el Presidente*	**Artículo 57.-** El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todo esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

ANEXO 2 (Continuación)

	Sumilla	*Texto Legal*
9.	*Procedimientos de reforma del tratado*	Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. (...)
10.	*Libertades de trabajo, empresa, comercio e industria*	**Artículo 59.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. (...)
11.	*Recursos naturales*	**Artículo 66.-** Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.
12.	*Estado y medio ambiente*	**Artículo 67.-** El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.
13.	*Diversidad biológica y áreas naturales protegidas*	**Artículo 68.-** El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.
14.	*Amazonía*	**Artículo 69.-** El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.
15.	*Derecho de Propiedad. Expropiación*	**Artículo 70.-**El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.
16.	*Propiedad de nacionales y extranjeros*	**Artículo 71.-**En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni

ANEXO 2 (Continuación)

	Sumilla	*Texto Legal*
16.	*Límites a la propiedad de extranjeros. Excepción*	Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a Ley.
17.	*Bien de dominio público*	**Artículo 73.-** Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico
18.	*Cánon y recursos naturales*	**Artículo 77.-** (...) Corresponden a las respectivas circunscripciones conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidas por el Estado en la explotación de recurso naturales en cada zona en calidad de cánon.
19.	*Régimen agrario* *Tierras abandonadas*	**Artículo 88.-** El Estado apoya preferentemente al desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.
20.	*Comunidades Campesinas y Nativas* *Autonomía y tierras* *Identidad cultural*	**Artículo 89.-** Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las

ANEXO 2 (Continuación)

	Sumilla	*Texto Legal*
22.	*Municipalidades* *Funciones*	Artículo 191.- Las municipalidades provinciales, distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía las funciones ejecutivas.
23.	*Atribuciones de las municipalidades* Organización y presupuesto Bienes y rentas Tributos Servicios públicos Planificación y desarrollo Participación Otros	**Artículo 192.-** Las municipalidades tienen competencia para: 1. Aprobar su organización interna y su presupuesto. 2. Administrar sus bienes y rentas. 3. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasa, arbitrios, licencias y derechos municipales. 4. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad. 5. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, y ejecutar los planes y programas correspondientes. 6. Participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley. Y 7. Los demás que determine la ley.
24.	*Garantías constitucionales (La jurisprudencia viene demostrando su validez para la judicialización de los derechos ambientales:* Acción de Amparo Acción de Hábeas Data Acción de Inconstitucionalidad Acción Popular Acción de Cumplimiento	**Artículo 200**..- Son garantías constitucionales: Acción de Amparo Acción de Hábeas Data Acción de Inconstitucionalidad Acción Popular Acción de Cumplimiento
25.	*Interpretación de derechos y libertades*	**Disposiciones Finales y Transitorias** **Cuarta.-** Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú

ANEXO 2 (Continuación)

	Sumilla	*Texto Legal*
26.	***Perú, país antártico***	**DECLARACION** **El Congreso Constituyente Democrático** Declara que el Perú, país del hemisferio austral, vinculado a la Antártida por costas que se proyectan hacia ella, así como por factores ecológicos y antecedentes históricos, y conforme con los derechos y obligaciones que tiene como parte consultiva del Tratado Antártico, propicia la conservación de la Antártida como una Zona de Paz dedicada a la investigación científica, y a la vigencia de un régimen internacional que, sin desmedro de los derechos de que corresponden a la Nación, promueva en beneficio de toda la humanidad la racional y equitativa explotación de los recursos de la Antártida, y asegure la protección y conservación del ecosistema de dicho Continente (21-12-1993).

ANEXO 3

Normas sobre EIA

Principales normas nacionales sobre evaluación de impacto ambiental

1. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo 613 (1990).
2. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 (1991).
3. El Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección al Medio Ambiente, prevé la Evaluación del Impacto sobre el Medio Ambiente (Art. 8º), Decreto Ley 25950 (1992).
4. Convenio sobre Diversidad Biológica, Resolución Legislativa 26181 (1993).
5. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Resolución Legislativa 26185 (1993).
6. Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Resolución Legislativa 26324 (1994).
7. Ley del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), Ley 26410 (1994).
8. Protocolo para la conservación y administración de las áreas marinas y costeras protegidas del pacífico sudeste, Resolución Legislativa 26477 (1995).
9. Formalización de denuncias por delitos ambientales en el código penal, Art. 2ª, Ley 26631 (1996).
10. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Decisión 391 (1996).
11. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821 (1997).
12. Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para obras y actividades, Ley 26786 (1997).
13. Reglamento de Organización y Funciones del CONAM, Decreto Supremo 048-97-PCM.
14. Marco Estructural de Gestión Ambiental (MEGA). Decreto del Consejo Directivo 001-97-CD/CONAM.
15. Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Ley 26839 (1997).
16. Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos, Ley 26848 (1997).
17. Ley sobre Manejo Integrado para el Control de las Plagas, Ley 26744 (1997).
18. Ley de prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología (Evaluación de Riesgos), Ley 27104 (1999).

18-A La Ley General de Residuos Sólidos, (julio del 2000), refiere que los sistemas de manejo de residuos sólidos constituirán parte integrante de los EIAs y AMAs de los sectores productivos y de servicios, además de los EIA de infraestructura.

Principales normas sectoriales sobre estudios de impacto ambiental

AGRICULTURA

19. Registro del INRENA para entidades que realicen EIA para el Sector Agrario, Resolución Ministerial 0369-94-AG.
20. Procedimiento para Registro en INRENA para entidades que realizan EIA, Resolución Jefatural 163/94-INRENA.
21. Guía para la formulación de términos de referencia para los EIA en el Sector Agrario. Resolución Jefatural 021-95-INRENA.
22. Establecen casos en que la aprobación de EIAs y PAMAs requerirán la opinión técnica del INRENA, Decreto Supremo 056-97-PCM, Modificado por el Decreto Supremo 061-97-PCM.
23. Reglamento de la Ley 26505, referida a la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, Decreto Supremo 011-97-AG (Art. 20º).
24. Decisión 436 Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola (16-6-98), comtempla los EIAs.
25. Plan Director de las Areas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 010-99-AG.
26. Reglamento de la Ley de Promoción del Manejo de Integrado para el Control de Plagas, Decreto Supremo 008-2000-AG, Art. 11 refiere que la evaluación del riesgo ambiental y el plan de manejo ambiental son componente del Estudio de Impacto Ambiental.
27. Reglamento para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola, Decreto Supremo 016-2000-AG, prevé procesos de evaluación riesgo/ beneficio y toma de decisiones (evaluación toxicológica y ambiental).

DEFENSA

28. Convenio Regional para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, Resolución Legislativa. El Art. 8º prescribe la exigencia de una evaluación de posibles daños ambientales, Ley 24926 (1988).
29. Términos de Referencia para EIA relativa a evacuación subacuática de residuos, Resolución Directoral 0052-96/DGC.
30. Lineamientos para EIA en proyectos de construcción de muelles y similares, Resolución Ministerial 0283-96/DGC.
31. Normas para la participación ciudadana en EIA, Resolución Directoral 0197-98/DGC.

ENERGÍA Y MINAS

32. Título Décimo Quinto del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo 014-92 y Reglamento para la Protección Ambiental en las Ac-

tividades Minero Metalúrgicas, Decretos Supremos 016-93-EM y 59-93-EM. Modificatoria de los Arts. 20º (Decreto Supremo 029-99-EM sobre ampliación de producción en operaciones mineras o dimensiones de plantas) y 48º (Decreto Supremo 058-99-EM sobre incumplimiento de PAMAs).

33. Reglamento de Procedimientos Mineros, Decreto Supremo 050-92-EM, se refiere a los EIAs en los procedimientos para Concesiones Mineras.
34. Ley de Fiscalización a través de terceros, a través de empresas de Auditorías e inspectorías, Decreto Ley 25763 (1992).
35. Reglamento de Fiscalización de las actividades Minero-Energéticas por terceros, Decreto Supremo 012-93-EM
36. Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, Decreto Supremo 29-94-EM.
37. Aprueban publicación de las Guías de Monitoreo de Agua y Aire para la actividad minero-metalúrgica, Resolución Directoral 004-94-EM/DGAA.
38. Aprueban guías para la elaboración de EIAs y PAMAs, Resolución Directoral 013-95-EM/DGAA.
39. Aprueban guías ambientales como lineamientos para la elaboración de EIAs y PAMAs dentro del subsector minero, Resolución Directoral 035-95-EM/DGAA.
40. Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, Decretos Supremos 046-96-EM y 09-95-EM.
41. Exoneran de procedimientos Audiencias Públicas de EIA actividades de distribución eléctrica, Resolución Ministerial 391-96-EM/SG.
42. Ley que obliga presentar EIA para actividades de generación termoeléctrica cuya potencia instalada supere los 10 MW, Ley 26896 (1997).
43. Titulares de actividades minero-metalúrgicas, de hidrocarburos y de electricidad que tengan aprobados sus PAMAs, presentarán al MEM hasta el 31 de Diciembre de cada año, el cronograma de acciones e inversiones y el porcentaje de avance físico mensualizado de su PAMA correspondiente al año siguiente, Resolución Directoral 036-97-EM/DGAA.
44. Registro de entidades autorizadas a realizar EIA en el Sector Energía y Minas, Resolución Ministerial 580-98-EM/VMM.
45. Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, Decreto Supremo 038-98-EM, por el cual se contemplan planes de mitigación y recuperación de impactos o las Evaluaciones Ambientales en el caso de las denominadas Actividades de exploración de categoría «C», Decreto Supremo 038-98-EM.
46. Ley que regula las concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana, Ley 27015 (1998), y contempla entre sus exigencias un EIA o PAMA según el caso, para los titulares de las concesiones.
47. Reglamento de la Ley que regula las Concesiones Mineras en Areas Urbanas y de Expansión Urbana, Decreto Supremo 007-99-EM. Alude al Art. 5º de la Ley referido a los EIAs o PAMAs.

48. Reglamento de Participación Ciudadana en el Procedimiento de los EIA, Resolución Ministerial 728-99-EM/VMM.
49. Establecen disposiciones para uniformizar procedimientos administrativos, Decreto Supremo 053-99-EM
50. Precisan que plazo para la aprobación de EIAs no se considera dentro de los plazos fijados para desarrollar fases de exploración y explotación de hidrocarburos, Decreto Supremo 003-2000-EM .
51. Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, Decreto Supremo 041-99-EM. El Título IX Protección Ambiental, art. 152º, indica que dicho transporte se rige por el Reglamento Ambiental del Subsector, el CMARN y demás disposiciones pertinentes. El concesionario podrá aplicar, además de dichas normas y disposiciones nacionales, otras más exigentes aceptadas por la industria internacional de hidrocarburos para circunstancias similares. También el Concesionario deberá evitar en lo posible se vean afectadas las comunidades nativas y campesinas, para ello se incluirán en los Estudios de Impacto Ambiental respectivos las medidas necesarias para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos sociales, culturales, económicos y de salud.

INDUSTRIA

52. Registro de entidades autorizadas a realizar EIA, Resolución Directoral 080-92-ICTI-DGI.
53. Aprueban Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de las Actividades de la Industria Manufacturera, Decreto Supremo 019-97-ITINCI.
54. Aprueban Guías para elaboración de EIAs, PAMAs, DIAs y formato de Informe Ambiental, Resolución Ministerial 108-99-ITINCI/DM.

PESQUERÍA

55. Reglamento de la Ley General de Pesca, Decreto Supremo 01-94-PE.
56. Resolución Ministerial 073-94-PE, modificada por Resolución Ministerial 168-95-PE, por la cual se designa al órgano competente para llevar a cabo el registro de instituciones que realicen EIA y PAMA
57. Aprueba Términos de Referencia para la Elaboración de Estudios de Impacto Ambiental en el Sector Pesquero, Resolución Ministerial 177-94-PE.
58. Aprueba los lineamientos para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental para la Acuicultura, Resolución Ministerial, 232-94-PE..
59. Lineamientos para la Elaboración de PAMA en la actividad de procesamiento pesquero, Resolución Ministerial 236-94-PE.
60. Incorpora como órgano de línea del Ministerio de Pesquería a la Dirección del Medio Ambiente, Resolución Ministerial 438-94-PE.

61. Designa a la Dirección de Medio Ambiente del Ministerio de Pesquería como órgano encargado del Registro Administrativo donde se inscribirán las instituciones que realicen EIA y PAMA en el Sector Pesquero, Resolución Ministerial 168-95-PE.
62. Establecen el sistema de evaluación y calificación del estudio de impacto ambiental, Resolución Ministerial 322-95-PE.
63. Modificaciones al Reglamento de la Ley General de Pesca, mediante Decretos Supremos 08/09-97-PE, 004/005-96-PE y 016-99-PE.
64. El MINPE supervisa y controla la correcta ejecución y cumplimiento de los PAMA, de los EIA y de los Estándares de Calidad, Límites de Emisión y exposición, normas técnicas obligatorias, así como las medidas destinadas a proteger los recursos hidrobiológicos y garantizar su aprovechamiento sustentable, Resolución Ministerial 645-97-PE.
65. Reglamento General para la Protección Ambiental en las Actividades Pesqueras y Acuícolas, Decreto Supremo 004-99-PE.
66. Aprueban formulario para la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), Resolución Ministerial 300-99-PE.

TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

67. Registro de entidades autorizadas para elaborar EIA, Resolución Ministerial 170-94.TCC/15.03.
68. Términos de Referencia para EIA en la Construcción Vial, Resolución Ministerial 171-94-TCC/15.03.
69. Reglamento de la Ley 26306, mediante el cual se reconoció la propiedad de los terrenos que conforman el corredor ribereño denominado Costa Verde a diversos municipios. Su Art. 33º exige un EIA para todos los proyectos de inversión pública o privada. Decreto Supremo 01-95-MTC.
70. Ley de Promoción a la Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Legislativo 839 (1996).

AUTORIDAD DEL PROYECTO COSTA VERDE

71. Reglamento de usos del suelo y del mar, habilitación urbana, construcción y medio ambiente de la Costa Verde, Publicado en El Peruano el 16 de Octubre de 1997.

MUNICIPALIDAD DE LIMA METROPOLITANA

72. Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima, Ordenanza 062-94.
73. Ordenanza sobre la Zona de Reglamentación Especial de los Pantanos de Villa y de la Zona de Amortiguamiento, Ordenanza 184 (1998).

74. Requerimiento de los EIA para la Gestión Urbana Ambiental según el Art. 49º del Plan Maestro del Centro de Lima, Ordenanza 201 (1998).
75. Renovación de concesiones no metálicas en Area de Expansión Urbana requerirá de EIA, según la Ordenanza de Clasificación del suelo metropolitano por condiciones generales de uso, Ordenanza 228 (1999).

ANEXO 4

Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs)

A. Principales normas generales

1. Reglamento sobre supresión de ruidos molestos, Resolución Suprema 499 del 29 de Setiembre de 1960.
2. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo 613 (1990).
3. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 (1991).
4. Código Penal, delitos contra el medio ambiente, Decreto Legislativo 635 (1991).
5. Ley del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), se refiere a criterios y patrones generales de ordenamiento y calidad ambiental y límites permisibles (Art. 4º c) y a Parámetros de Contaminación (5ª Disposición Final y Transitoria), Ley 26410 (1994).
6. Ley que crea OSINERG, modifica el Artículo 51º del Decreto Legislativo 757, alude a LMPs, Ley N 26734 (1996).
7. Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para obras y actividades, Ley 26786 (1997).
8. El Reglamento de Organización y Funciones del CONAM, contempla los Patrones de Calidad Ambiental y de los Límites Permisibles (Arts. 22º al 24º), Decreto Supremo 048-97-PC.
9. Marco Estructural de Gestión Ambiental (MEGA), incluye como parte de los instrumentos de Gestión Ambiental a los Patrones de Calidad Ambiental. Decreto del Consejo Directivo 001-97-CD/CONAM.
10. Reglamento Nacional para la Aprobación de Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles, Decreto Supremo 044-98-PCM.
11. Resolución Presidencial de CONAM 025-99-CONAM/PCD sobre inicio de actividades para programa anual de Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs) para el año 1999.
12. Resolución Presidencial de CONAM 088-99-CONAM/PCD sobre inicio de actividades para programa anual de Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs) para el año y 2000.

B. Principales normas sectoriales

AGRICULTURA

13. El Reglamento para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola, Decreto Supremo 016-2000-AG, en su Capítulo XI regula los Límites Máximos de

Residuos (LMR) y se remite -transitoriamente- a las Directrices de FAO sobre «Ensayos de residuos con fines de registro y establecimiento de LMR» así como al Codex Alimentarius.[165]

DEFENSA

14. Dictan disposiciones referidas a contaminantes del mar y los criterios establecidos para su identificación, Resolución Directoral 0127-97/DCG.

ENERGÍA Y MINAS

15. Niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero metalúrgicos, Resolución Ministerial 011-96-EM/VMM.
16. Niveles Máximos permisibles de elementos y compuestos presentes en emisiones gaseosas provenientes de unidades minero metalúrgicas, Resolución Ministerial 315-96-EM/VMM.
17. Niveles máximos permisibles para efluentes líquidos producto de actividades de explotación de hidrocarburos líquidos y derivados, Resolución Directoral 030-96-EM/DGA.
18. Niveles máximos permisibles de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, Resolución Directoral 008-97-EM/DGAA.

INDUSTRIA, TURISMO, INTEGRACION Y NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

19. Aprueban Reglamento de Protección Ambiental para el desarrollo de las Actividades de la Industria Manufacturera, Decreto Supremo 019-97-ITINCI.
20. Aprueban Protocolos de Monitoreo de Efluentes Líquidos y Emisiones Atmosféricas, Resolución Ministerial 026-2000-ITINCI/DM.

PESQUERÍA

21. Reglamento de la Ley General de Pesca, Decreto Supremo 01-94-PE. Alude a porcentajes permisibles de ejemplares, criterios de talla mínima, etc.
22. Aprueba Términos de Referencia para la Elaboración de Estudios de Impacto Ambiental en el Sector Pesquero. Alude a las características de los efluentes y desechos. Resolución Ministerial 177-94-PE.

[165] Sobre el Codex Alimentarius, ver *Derecho y Salud Ambiental*, INAPMAS, Lima, 1999, pp. 45 y ss.

23. Lineamientos para la Elaboración de PAMA en la actividad de procesamiento pesquero. Alude a la identificación de parámetros para auditorías ambientales, Resolución Ministerial 236-94-PE.
24. Límites permisibles de emisión de desechos al ambiente marino para la actividad pesquera de consumo humano indirecto, Resolución Ministerial 478-94-PE (en suspenso por la RM 208-96-PE).
25. Dictan disposiciones referidas a los límites permisibles para la actividad pesquera de consumo humano indirecto, Resolución Ministerial 221-95-PE.
26. El MINPE supervisa y controla la correcta ejecución y cumplimiento de los PAMA, de los EIA y de los Estándares de Calidad, Límites de Emisión y exposición, normas técnicas obligatorias, así como las medidas destinadas a proteger los recursos hidrobiológicos y garantizar su aprovechamiento sustentable, Resolución Ministerial 645-97-PE.
27. Aprueban Protocolo de Monitoreo de Efluentes de la Industria Pesquera de Consumo Humano Indirecto, Resolución Ministerial 721-97-PE.
28. Establecen condiciones más estrictas para la protección de recursos hidrobiológicos destinados a la pesca industrial, Resolución Ministerial 236-98-PE.
29. Reglamento General para la Protección Ambiental en las Actividades Pesqueras y Acuícolas, Decreto Supremo 004-99-PE.

SALUD

30. Valores límites permisibles para agentes químicos en el ambiente de trabajo, Decreto Supremo 00258-75-SA
31. Reglamento de Desagues Industriales, Decreto Supremo 28-60-SAPL, estipula LímitesMáximos de los Residuos Industriales Admisibles en las Redes.
32. Reglamento de los Títulos I, II, y III de la Ley General de Aguas, Decreto Supremo 261-69-AP (Modificado por DS 007-83-SA).

MUNICIPIOS

33. Ordenanza 015 sobre Ruidos (1986) de la Municipalidad de Lima y su Reglamento, Decreto de Alcaldía 072-A (1986).
34. Establecen medidas para la reducción de la contaminación del aire por carga de gases tóxicos mediante niveles máximos permisibles en el Distrito de Jesús María, Ordenanza 023-98/MJM.
35. Reglamento sobre Prevención y Control de Ruidos Nocivos y Molestos en San Borja, Ordenanza 177-99-CDSB-C.
36. Aprueban Texto Unico Ordenado para la Protección del Medio Ambiente y Recursos Naturales del Distrito de Ventanilla, contiene referencias a LMPs y decibeles, Ordenanza 003-99/CDV.

37. Establecen niveles máximos de ruidos permisibles en el Concejo Distrital del Rímac, Ordenanza 059-99-MDR
38. Ordenanza que regula funcionamiento de establecimientos públicos de esparcimiento en el Cercado de Lima, incluye referencias al ruido, Ordenanza 235 (1999).

ANEXO 5

Ordenamiento Territorial[166]

1. Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23853 (1984), en su Art. 65º se refiere a las funciones en materia de acondicionamiento territorial, vivienda y seguridad colectiva.
2. El Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, Decreto Supremo 007-85-VC.[167] Prevé tres tipos de Planes de Desarrollo Local:
   a. Plan Integral de Desarrollo Provincial.
   b. Plan de Acondicionamiento Territorial.
   c. Plan Urbano. Los Planes Urbanos, según su complejidad pueden ser —de más a menos—:
      - Plan de Desarrollo Metropolitano.
      - Plan Director.
   d. Plan de Ordenamiento. Se limita a las capitales de distritos y a los centros poblados menores que indique el Plan de Acondicionamiento).
3. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo 613 (1990):
   a. Art. 5º se refiere a los elementos de la Planificación Ambiental entre los que incluye al «ordenamiento del territorio», como diferente al de los asentamientos humanos y al de los recursos.
   b. Art. 7º, establece los criterios para el Ordenamiento Ambiental (naturaleza y características de cada ecosistema; aptitud de cada zona en función de sus recursos naturales, la distribución de la población y las actividades económicas predominantes; desequilibrios existentes en los ecosistemas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales; equilibrio indispensable de los asentamientos humanos y sus condiciones ambientales; el impacto ambiental de nuevos o asentamientos humanos, obras o actividades; la capacidad del área; los hábitos y costumbres de cada región).

[166] En principio, en orden cronológico.

[167] De la vasta normativa edilicia sobre ordenamiento y suelo urbano cabe destacar la Ordenanza sobre clasificación del suelo metropolitano por condiciones generales de uso, que diferencia entre área urbana y área de expansión urbana, ésta última con tres sub áreas: de crecimiento urbano, de protección por Función Ambiental y Recreativa y de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural. Ordenanza de la Municipalidad de Lima Metropolitana 228 (30-08-99).

c. Art. 84º sobre limitaciones para la localización de industrias y actividades en los asentamientos humanos.

d. Art. 87º referido a las Licencia en función a los planes de ordenamiento urbano y zonificación.

e. Art. 96º sobre la observancia de los planes de ordenamiento y zonificación.

f. Art. 99º, señala que en la planificación urbana se tendrá en cuenta las tendencias de expansión de las ciudades, la localización de aeropuertos y demás fuentes productoras de ruidos y emanaciones difícilmente controlables o nocivos a la salud humana y el respeto irrestricto a las sementeras o áreas de cultivo agrícola.

g. Las disposiciones especiales relativas a las tierras agrícolas circundantes a las ciudades.

h. También se podría tomar como referencia lo relativo a otras consideraciones ecosistémicas y sobre áreas naturales protegidas.

4. Constitución Política del Perú, 1993:
   a. Art. 192º se refiere a la Planificación del Desarrollo de las Municipalidades.
   b. Por conexión cabría referirse a los Arts. 17º (educación intercultural según las zonas), 44º (zonas fronterizas), 48º (idioma aborigen y zonas de predominio), 69º (Amazonía), 77º (canon por explotación de recursos naturales), 79º (tratamientos tributarios por zonas), 88º (limitaciones a las tierras agrarias según las zonas), 189º (división territorial y circunscripciones de la República: regiones, departamentos, provincias y distritos) y Declaración del Congreso Constituyente sobre la condición del Perú como país antártico.
5. Ley del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), Ley 26410 (1994). Entre sus funciones, el CONAM debe establecer los criterios y patrones generales de ordenamiento ambiental (Art. 4º inciso c).
6. Protocolo para la conservación y administración de las áreas marinas y costeras protegidas del pacífico sudeste, Resolución Legislativa 26477 (1995).
7. La «Ley de Tierras», Ley 26505 (1995) establece las zonas de protección ecológica de la selva, las cuales sólo podrán ser materia de concesión sujetas a las normas de protección del medio ambiente, sin comprender en ello a las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas, las zonas urbanas y suburbanas, ni la propiedad constituida ante de dicha Ley (Art. 12º).
8. Reglamento de la Ley 26505, Decreto Supremo 011-97, en su Título III regula las Zonas de Protección Ecológica en la Amazonía, definiéndolas como «aquellas áreas geográficas con especiales características ambientales de suelos, aguas, diversidad biológica, valores escénicos, culturales, científicos y recreativos, sujetas exclusivamente al uso sostenible compatible con la naturaleza». Comprendiendo a las ANPs; las tierras de protección de ladera, de acuerdo al reglamento de Clasificación de

Tierras; las áreas de aguajales y cochas determinadas en el Mapa Forestal del Perú; las áreas adyacentes a los cauces de los ríos, según la delimitación establecida por la Autoridad de Aguas (Art. 19º).

9. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821 (1997), prevé una Zonificación Ecológica y Económica para el uso de los recursos naturales, en apoyo al Ordenamiento Territorial a fin de evitar conflictos por superposición de títulos y usos inapropiados, y demás fines y se realiza en base a áreas prioritarias conciliando los intereses nacionales de la conservación del patrimonio natural con el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Art. 11º).
10. Reglamento de Organización y Funciones del CONAM, Decreto Supremo 048-97-PC, en el Título IV de las funciones y atribuciones, Capítulo IV de los Instrumentos para el Planeamiento y la Gestión Ambiental, Sección I del Ordenamiento Ambiental se señala que su objetivo es orientar y establecer que las condiciones de uso del espacio y de sus componentes se realice de acuerdo con sus características ecológicas, económicas, culturales y sociales con el fin de obtener su máximo aprovechamiento sin comprometer su calidad y sostenibilidad. Se hace referencia a un Plan Nacional de Ordenamiento Ambiental (Art. 20).
11. Marco Estructural de Gestión Ambiental (MEGA). Decreto del Consejo Directivo 001-97-CD/CONAM. Reitera el carácter de instrumento de gestión ambiental del Ordenamiento Ambiental.
12. Se podría aludir a la existencia de diversos criterios de ordenamientos sectoriales que cuenta a su vez con su respectivo tratamiento jurídico, como serían los de carácter[168]:
    A. Sector Agrario en general.[169]
    B. Forestal.[170]
    C. Tierras.[171]

[168] En realidad, no pretendemos en éste apartado agotar ni mucho menos la diversidad normativa temático sectorial con referencia directa o indirecta a criterios de ordenamiento ambiental, simplemente, evidenciar la existencia de dicha trama y el imperativo de «ordenar» progresivamente todos estos «ordenamientos».

[169] Por ejemplo, el ámbito de aplicación del Reglamento de la Ley de Promoción del Manejo Integrado para el Control de Plagas, (Decreto Supremo 008-2000-AG, Art. 4º), se refiere a que los MIP (Planes y Programas sobre Manejo Integrado de Plagas), se enfocarán globalmente, considerando las diferentes áreas agroecológicas de las regiones naturales (...)

[170] La reciente Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308 (16-07-2000) se refiere en su Título II al Ordenamiento Forestal, que dentro del Patrimonio Forestal Nacional comprende: Bosques de Producción, (permanentes y en reserva), Bosques para aprovechamiento futuro, Bosques en tierras de protección, Areas Naturales Protegidas, Bosques en comunidades nativas y campesinas y Bosques Locales, además de la Zonificación Forestal de acuerdo a la Zonificación Ecológica Económica.

[171] El Reglamento de Clasificación de Tierras (Decreto Supremo 0062-75-AG), según las capacidades de Uso Mayor o utilización óptima permisible que corresponda a sus características ecológicas

D. Cuencas hidrográficas.[172]
E. Areas naturales protegidas.[173]
F. Defensa: ordenamiento marino.[174]
G. Pesquería y las diferentes «pesquerías»[175]
H. Minero-energético.
I. Transportes y comunicaciones.

intrínsecas (Art. 2º), para lo cual grupos de Capacidad de Uso Mayor de las Tierras: Tierras aptas para CULTIVO EN LIMPIO (A), CULTIVO PERMANENTE (C), PASTOREO (P), PRODUCCION FORESTAL (F) y de PROTECCION (X).

172 La Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, Decreto Legislativo 563, Art. 55º y su Reglamento, el Decreto Supremo 0048-91-AG, Arts. 122 y ss. regula las AUTORIDADES AUTÓNOMAS DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS, las cuales se crean siempre que la cuenca disponga de riego regulado y/o en las que exista un uso intensivo y multisectorial del agua, constituyendo el máximo organismo decisorio en materia de uso y conservación de los recursos de agua y suelo en el ámbito de su jurisdicción. En tanto los *DISTRITOS DE RIEGO* (demarcación geográfica) se encuentran a cargo del Administrador Técnico del Distrito de Riego quién es la autoridad de aguas en su jurisdicción, encargado de administrar las aguas de uso no agrario y agrario, conforme los Planes de Cultivo y de Riego aprobados. Ver estudio de Walter Valdez en el presente libro.

173 La Ley de Areas Naturales Protegidas (LANP), Ley 26834 (1997) reconoce en su Art. 22º a 9 categorías propiamente dichas dentro del Sistema Nacional de Areas Naturales (SINANPE): a) Parques Nacionales; b) Santuarios Nacionales; c) Santuarios Históricos; d) Reservas Paisajísticas; e) Refugios de Vida Silvestre; f) Reservas Nacionales; g) Reservas Comunales; h) Bosques de Protección; y f) Cotos de Caza. Las nuevas categorías en nuestro ordenamiento jurídico solamente son d) y e). El resto estaban contemplados en la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Ley 21147 (1975), en donde a), b), c) y f) se inscribían en el entonces Sistema Nacional de Unidades de Conservación (SINUC). Independientemente de tales categorías, cada uno de ellas puede contar a su interior con ciertas zonificaciones, según proceda (Art. 23º): Zona de Protección Estricta (PE), Zona Silvestre (S), Zona de Uso Turístico y Recreativo (T), Zona de Aprovechamiento Directo (AD), Zona de Uso Especial (UE), Zona de Recuperación (REC), Zona Histórico-Cultural (HC). A su vez la LANP considera las Zonas Reservadas como espacios pendientes de ser categorizados como ANP (Art. 13º), las Zonas de Amortiguamiento o zonas adyacentes a las ANPs (Art. 25º), las Areas de Conservación Regional (Art. 11º) y las Areas de Conservación Privada (Art. 12º). Las Areas de Conservación Local no están reconocidas como tal. El Decreto Supremo 010-99AG, Plan Director de las ANPs Naturales, en su Capítulo I (SINANPE: Marco Conceptual), apartado 7 considera que «Es evidente que el país requiere contar también con éste tipo de área protegida, complementaria al SINANPE. En ese sentido, sería positiva su incorporación en futuros instrumentos legales».

174 Desde la perspectiva internacional existe el *Programa de Mares Regionales* cuyos antecedentes son las estrategias del Programa de Mares Regionales (1974) como programa global ejecutado a través de componentes regionales, cada cual con sus respectivos Planes y criterios de ordenamiento.

175 La Ley General de Pesca, Decreto Ley 25977 (1992), establece criterios sobre ordenamiento pesquero, entendido como el conjunto de normas y acciones que permiten administrar una pesquería, sobre la base del conocimiento actualizado de sus componentes biológicos-pesqueros, económicos y sociales (art.10º). Su Reglamento señala que la finalidad de los Planes de Ordenamiento Pesquero es establecer los principios y las normas regulatorias aplicables a pesquería específica o recursos hidrobiológicos que deban ser administrados como unidades diferenciadas (Art. 11º).

FUENTES DOCUMENTALES

ALVAREZ R. Manuel. *Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas*. DYKINSON, Madrid, 1997.

ALLENDE LANDA, J.

a) Política Ambiental I. Módulo Nº 54 del Máster a distancia Interactiva en Derecho Ambiental (MIDA), Universidad del País Vasco, 1999-2000.

b) Política Ambiental II. Módulo Nº 55 del Máster a distancia Interactiva en Derecho Ambiental (MIDA), Universidad del País Vasco, 1999-2000.

ANDALUZ, Carlos y VALDEZ, Walter. *Código del medio ambiente y los recursos naturales*. Proterra, Lima, 1999.

ANDALUZ, Carlos. «Tratamiento jurídico del recurso tierra» En Foy, 1997.

APOYO. Boletín de APOYO al Congreso de la República Año 1, Nº 8, Número especial dedicado al Código del medio ambiente y los recursos naturales.

ANTON, Francisco y SOLER Juan. *Policía y medio ambiente*. ECORAMA, Granada, 1996.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

BALLESTEROS, Jesús y PÉREZ ADÁN, José. *Sociedad y medio ambiente*, Edit. Trotta, Valladolid, 1997.

BANCO MUNDIAL. *El conocimiento al servicio del desarrollo* Madrid-Barcelona-México, 1998.

BLUME, Ernesto (Compil.). *El rango de Ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993*. Municipalidad de Lima Metropolitana, Lima, 1997.

BOLAÑOS, Elar. «De la sectorialización de la Evaluación de Impacto Ambiental a un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Experiencia Peruana». Articulo publicado en el presente libro.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y GARCIA CANTIZANO, «Carmen. Delitos contra la Ecología», en Foy, 1997.

CAILLAUX, Jorge. «Las Políticas Nacionales frente al medio ambiente: el Código del Medio Ambiente». En Madalengoitia, 1991.

CAILLAUX, Jorge y RUIS MÜLLER, Manuel (Editores). *Acceso a recursos genéticos*. SPDA, Lima, 1999.

CAPRA, Fritjof.

a). *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*. Edit. Anagrama, Barcelona, 1996.

b) *El punto crucial. Ciencia, sociedad y cultura naciente. Rutas del viento*, Integral, Barcelona 1982.

CHARPENTIER, Silvia e HIDALGO, Jessica. Políticas ambientales en el Perú. Agenda PERÚ, Lima, 1999

CAAE (Comisión de Ambiente, Amazonía y Ecología del Congreso de la República del Perú). Edit. Oswaldo Sandoval, Lima 1997.

a) Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Antecedentes y comentarios.

b) Control político y gestión ambiental.

c) Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

d) Ley de Areas Naturales Protegidas.

e) Legislación ambiental.

CARO, Carlos

a) *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica Horizontes, Lima, 1999.

b) La protección penal del ambiente. Benítez, Mercado & Ugaz ABOGADOS, Lima, 1995.

CONAM (Consejo Nacional del Ambiente), Lima

a) *MEGA. Marco Estructural de Gestión Ambiental*. Mayo, 1999.

b) *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Mayo*, 1999.

c) *Instrumentos económicos para la gestión ambiental*, Mayo, 1999.

d) *Sistema Nacional de Información Ambienta*l, Mayo, 1999.

e) *Informe CONAM*, 1999.

CONFEP- USAID. *Canje de Deuda por Naturaleza* (Lima, 1996).

CONTRERAS, Oscar. *Tutela de intereses supraindividuales en materia ambiental. Las acciones de interés público y de clase como alternativas compatibles con el concepto de desarrollo sostenible en el Perú*. Tesis para obtener Título de Abogado, Universidad de Lima, 1997.

CHIRINOS, Carlos. *La Protección del Medio Ambiente*. Las Acciones de Interés Público, Lima, 1996.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Petroleras, Estado y Pueblos Indígenas: El Juego de las Expectativas*, Lima, 1998.

DE ROSNAY, Jöel El hombre simbiótico. Miradas sobre el tercer milenio, Cátedra Teorema, Madrid, 1996

ESCOBAR R. Guillermo *La ordenación constitucional del medio ambiente.* FIDA DYKINSON, Madrid, 1995.

ESPINOZA, Víctor. La participación ciudadana como deber-derecho en el medio ambiente. *¿Una utopía relevante*. Tesis de Abogado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 1998.

FERRY, Luc. El nuevo orden ecológico. *El árbol, el animal y el hombre.* TUSQUETS, Barcelona, Editores, 1994.

FOY, Pierre (Edit) *Derecho y Ambiente: Aproximaciones y estimativas.* (IDEA-PUCP / Fondo Editorial PUCP / Facultad de Derecho PUCP, Lima, 1997).

FOY, Pierre

a) «Reflexiones acerca de una ecodisea intelectual». Prólogo al libro de Germán Vera Esquivel *Negociando Nuestro Futuro Común. El derecho internacional y el medio ambiente. En el umbral del nuevo milenio*. Fondo de Cultura Económica e IDEA-PUCP, 1998.

b) *En busca del Derecho Ambiental (I): Aproximaciones y Estimativas*. En Foy, 1997.

c) *Camino a la Agenda 21*. En IDEA PUCP, 1998.

d) «Consideraciones sobre el marco normativo del Derecho Ambiental Peruano». Gaceta Jurídica, Tomo 23 p. 45-A/57ª, 1995.

e) «Delito contra el Medio Ambiente: tierras agrícolas intangibles». Comentarios a la Primera Jurisprudencia Penal Ambiental Peruana. En Revista Gaceta Jurídica. Tomo 16 p. 5-B/9-B, 1995.

f) *Criminalidad y Derecho Penal Ambiental* (Antología). LIBRO (Universidad de Lima). Estudio preliminar y selección de textos especializados, 1994.

g) Aproximación al Estudio de la Criminalidad y el Derecho Penal Ambiental Peruano. Derecho 46, PUCP, 1992.

FOY, Pierre y VALDEZ, Walter. «Recursos regionales. Gobiernos Regionales, Recursos Naturales y Medio Ambiente. Ipadel, Instituto Para La Democracia Local, Nº 12, Vol. 2, Lima, abril de 1989.

FROMM, Erich. *El Corazón del hombre.* FCE, México, 1990.

GALEANO, Eduardo. *Úselo y tírelo. El mundo del fin del milenio visto desde una ecología latinoamericana.* Planeta, Buenos Aires, 1997.

GARCIA URETA, A.

a) El derecho a la información en materia ambiental. Módulo Nº 6 del Máster a distancia Interactiva en Derecho Ambiental (MIDA), Universidad del País Vasco, 1999-2000.

b) Evaluación de impacto ambiental Módulo Nº 12 del Máster a distancia Interactiva en Derecho Ambiental (MIDA), Universidad del País Vasco, 1999-2000.

GARRIDO, Francisco, *La ecología política como política del Tiempo*. ECORAMA, Granada, 1996

HANDL, Günther. (Editor). Yerbook of international environmental Law. Volumen Nº 6 1995, Clarendon Press Oxford, 1996.

HUNTINGTON, Samuel. *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial.* Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México, 1997

IDEA PUCP (Instituto de Estudios Ambientales de la PUCP). Agenda 21. *Desarrollo sostenible: un programa para la acción*, Lima, 1998.

IDMA, Especial sobre el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Revista Medio Ambiente 47 (s/f), IDMA, Lima.

INAPMAS (Instituto Nacional de Protección del Medio Ambiente para la Salud). *Derecho y salud ambiental.* Lima, 1999.

INDECOPI. Impulsando la Simplificación Administrativa: Un reto pendiente, Area de Estudios Económicos. Documento de Trabajo 002-2000, Lima, *El Peruano*, 10 de abril del 2000.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *Iniciación al Derecho Ambiental*, DYKINSON, Madrid.

KISS, Alexander SHELTON, Dinah International Environmental Law. Graham & Trotman, USA, 1991 y Supplement (1994).

LANDONI SOSA Angel. «Nuevas Orientaciones en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos», en Revista Peruana de Derecho Procesal II, Lima,1998.

LEOPOLD, Aldo. Almanaque de un condado arenoso. Gernika, México, 1966.

LOPERENA ROTA, D. El derecho humano al medio ambiente y su protección. Articulo publicado en el presente libro. Asimismo en el Módulo Nº 1 del Máster a distancia Interactiva en Derecho Ambiental (MIDA), Universidad del País Vasco, 1999-2000.

MADALENGOITIA, Laura. *Medio Ambiente, desarrollo y paz*. Fundación Friedrich Nauman, Lima, 1991.

MOPT (Ministerio de Obras Públicas y Transportes). *Naturaleza en las ciudades*. Madrid, 1991.

NAJERA G, Raquel. *Introducción al estudio del Derecho Ambiental*, Edit. Porrúa, México, 1998.

OIT. Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana y Desarrollo Sostenible, Documento 68, Lima, 1998.

ORTECHO, Víctor Julio. *Derecho al disfrute del tiempo libre*, en Ediciones Normas Legales, Tomo Nº 281, octubre de 1999, Trujillo.

PEREZ, Efraín. *Derecho Ambiental*. Mc Graw Hill, Serie Jurídica Santafé de Bogotá, 2000.

PEÑA; Manuel y SERRANO, José Luis. *Ecología y Derecho. 2. La Evaluación Ambiental*. ECORAMA, Granada, 1994.

PULGAR VIDAL, Javier. *Política, legislación y gestión ambiental en el Perú*. En Trelles (Compil), Lima, 1997.

RAMOS, Carlos. *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima, PUCP, 2000.

RDFA (República Federal de Alemania). *Textos legales. Leyes ambientales*. Bonn, 1995.

RUIZ V. Eduardo. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. ARARTEKO, Guipuzkoa, 1990.

RUIZ, Juste. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

RUBIO, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, PUCP, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. ILSA, , Santafé de Bogotá, 1998.

SCHELDRAKE, Rupert. *El Renacimiento de la Naturaleza. El Resurgimiento de la Ciencia y de Dios*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1991.

SIERRES, Michel. *El contrato natural*, Pre-textos, Valencia, 1991.

TERRADILLOS, Juán. *Derecho penal del medio ambiente*. Edit. Trotta, , Madrid, 1997.

TOHARIA, Manuel. *¿Desarrollo sostenible en un mundo sin pobreza? En El futuro que viene*. Manuel Toharia (editor). Enciclopedias del tercer milenio. Madrid, 1997.

TRELLES, Eloísa. (Compil). *Legislación y Gestión ambiental en los países andinos. Visión integral y análisis por país* (Tomo I) y *Marco regional y leyes ambientales nacionales* (Tomo II). CIEDLA, Lima, 1997.

UICN. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Centro de Derecho Ambiental de la UICN, Programa de Biodiversidad de la UICN, Edición española, 1996. Estrategia Mundial para la Conservación, 1980.

VALDEZ, Walter y La Torre, Gisella. «Marco normativo para la gestión del recurso agua en el Perú». Articulo publicado en el presente libro.

VELAZCO C. Francisco. *La información administrativa al público*. Edit Montecorvo, Madrid, 1998.

VERA, Germán. *Negociando Nuestro Futuro Común. El derecho internacional y el medio ambiente. En el umbral del nuevo milenio.* Fondo de Cultura Económica e IDEA-PUCP, 1998.

WIESNER; Luis R. *Desastre y derecho. Una aproximación al riesgo tecnológico.* Temis, Bogotá, 1991.

YEARLEY; Steven. *Environmental challenges. En Modernity ands its futures.* Edit by Stuart Hall, David Held y Tony Mc Grew. Polity Press, Cambridge, 1993.

Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección

Demetrio Loperena Rota

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE. III. LOS DERECHOS AL MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y A SU PROTECCIÓN SON DIFERENCIABLES. IV. CONCLUSIÓN. Legislación. Jurisprudencia. FUENTES DOCUMENTALES.

> *La gallina de los huevos de oro*
>
> *Cierto hombre era dueño de una gallina que ponía huevos de oro, y creyendo que dentro de ellos encontraría una buena cantidad de este metal, decidió matarla. Pero se equivocó en sus presunciones, pues la halló semejante a las demás gallinas, y de este modo, por haber ambicionado una gran riqueza, perdió la pequeña que poseía.*
>
> ***Moraleja:** esta fábula enseña que cada uno debe estar contento con los bienes que tiene sin entregarse a la codicia.*
>
> *Esopo* (P. 87, Hrs. 89, Ch. 288 d)

I. INTRODUCCIÓN

La fábula de Esopo, conocida también en las versiones dadas por La Fontaine y Samaniego, explica con lucidez las relaciones entre el ser humano y el Planeta Tierra. Conocidas las limitaciones de éste último, sólo una estulticia inexplicable puede llevar a aquél a sobreexplotar sus recursos hoy, ajeno a las consecuencias que esto tendrá mañana. La conciencia generalizada de que se está llevando a cabo un modo de desarrollo fundado en principios análogos a los que determinaron la conducta del dueño de la gallina de los huevos de oro ha impulsado una respuesta cada vez más vigorosa de la sociedad para reconducir este estado de cosas. El Derecho está siendo sensible a esta nueva demanda social y está dando paulatinamente respuestas jurídicas a las interrogantes ambientales. De entre todas ellas quizás la de mayor relevancia teórica es la que concibe el medio ambiente adecuado como un derecho humano.

Los derechos humanos se han convertido en el parámetro clave de nuestro desarrollo civilizatorio, por eso la legitimidad de un sistema social se valora en razón de su

reconocimiento y aplicación práctica. El debate sobre su naturaleza, sin embargo, está muy extendido y nos hallamos todavía lejos de llegar a una versión unívoca de su concepto. Desde nuestro punto de vista, el mínimo común que se acepta es que se trata de un elenco de principios ético-políticos que debidamente juridificados se convierten en el basamento de cualquier sistema jurídico. Este reconocimiento universalizado de su bondad teórica, incluso de su idoneidad como instrumento técnico-jurídico orientado a garantizar valores considerados fundamentales, tiene otra consecuencia: toda aspiración política trata de reconducirse a los derechos humanos, bien incorporándolos al contenido de los ya existentes o, simplemente, tratando que sea reconocida su singularidad.

Esta es la razón por la que se habla de generaciones de derechos humanos, porque poco a poco se han ido propugnando, reconociendo formalmente y aplicando en un cierto iter cronológico que no se ha detenido. Ya desde hace algunos años se habla de la primera, segunda y tercera generación[1]. Recientemente se apunta, incluso, una cuarta generación de derechos humanos[2].

La preocupación por el medio ambiente es relativamente reciente, apenas 25 años, y su proceso para ser reconocido como derecho humano todavía no ha concluido. La doctrina especializada más relevante hace ya algún tiempo que viene señalando que es un derecho humano y propone su reconocimiento formal o positivización tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

Ello no obstante, entre los juristas no parece mayoritaria la opinión de que nos hallamos ante un verdadero derecho humano. Incluso dentro de los que defendemos esta naturaleza las diferencias en la diferenciación del concepto son importantes, lo que hace presumir que el camino de reflexión teórica, así como el del reconocimiento formal en Convenios Internacionales y en los ordenamiento internos tiene un largo camino pendiente por recorrer.

II. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE

Intentar tan sólo convencer de que el derecho al medio ambiente adecuado es un derecho humano es complicado por partida doble dado que nos enfrentamos a dos conceptos, derechos humanos y medio ambiente, cuyas definiciones distan mucho de ser precisas.

[1] El origen científico de la categoría de los derechos humanos de la solidaridad o de la tercera generación, como es conocido, se halla en la clasificación realizada por VASAK, K en su obra: *Le Droit International de Droits de l'Homme*; 1972.

[2] DE CASTRO apunta a la existencia de esta cuarta generación de derechos humanos: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Universidad de León. Secretariado de Publicaciones, 1993. p. 136, en nota 6.

Que se ha asumido su existencia sin ningún tipo de pretensión acerca de su previa conceptualización lo prueba el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el estudio de las Constituciones aprobadas las últimas décadas. Sin ser un documento referido explícitamente al medio ambiente, es conveniente recordar que en la Declaración de las Naciones Unidas de 1948 encontramos una primera base sobre la que se ha podría asentar el derecho al medio ambiente adecuado, cuando se dice que «*toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...*». Así, posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 hace ya referencia expresa a la necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona.

Con anterioridad a este pacto se firmó en Roma la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, al que aludimos por ser un instrumento por el que se crearon tanto la Comisión Europea de Derechos del Hombre como el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, instancias ante las cuales, si bien no se puede alegar directamente el derecho a un medio ambiente adecuado, éste ha obtenido su protección al ser conectado con la defensa de otros derechos ejercitables directamente[3].

La archiconocida Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo 1972, establece ya un derecho del hombre a «*condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar*». Como contrapartida a este derecho se establece el «*deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras*».

En la reunión mundial de Asociaciones de Derecho ambiental celebrada en Limoges entre el 13 y el 15 de noviembre de 1990 se aprobó una declaración, uno de cuyos puntos dice:

> *La Conferencia recomienda que el derecho del hombre al medio ambiente debe ser reconocido a nivel nacional e internacional de una manera explícita y clara y los Estados tienen el deber de garantizarlo*[4].

[3] Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso López Ostra contra España, 9 de diciembre de 1994, invocándose en este caso los arts. 3 y 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre referidos a los tratos inhumanos o degradantes y al derecho a la vida privada y familiar así como a la libertad de elección de domicilio, respectivamente. Asimismo, Comisión Europea de Derechos Humanos, petición número 7407/76, donde se invoca el art. 2 de la Convención en el que se recoge el derecho a la vida. Para más referencias sobre este tema vid. DÉJEANT-PONS, M.: «Le Droit de l´Homme á l'Environnement, Droit Fondamental au Niveau Europèen dans le Cadre du Conseil de l'Europe, et la Convention Europèenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

[4] La Declaración de Limoges está publicada por el Centro Internacional de Derecho Comparado del Medio Ambiente de la Universidad de Limoges en 1990. p. 86.

Prácticamente en los mismos términos se expresa el artículo 1 de la *Charter of Environmental rights and obligations of Individual, Groups, and Organizations*, adoptada en Ginebra en 1991 y que establece:

> *All the human beings have the fundamental right to an environment adequate for their health and well being and the responsability to protect the environment for the benefit of present and future generations.*

La Cumbre de Río de Janeiro de 1992, en la que quedó patente el poder de convocatoria de la cuestión ambiental, 170 países representados y más de 100 jefes de Estado presentes, consolidó esta evolución al señalar en su Principio primero que todos los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la Naturaleza[5].

Pasando al Derecho Comparado, podemos decir que muchos Estados, de una manera u otra, reconocen el derecho al medio ambiente adecuado como un derecho fundamental, si bien, este reconocimiento, no siendo expreso en algunas ocasiones, viene de la mano de su conexión con algún otro derecho ya positivizado. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso italiano en cuya Constitución, promulgada en 1948, no se recoge ningún artículo donde se haga referencia expresa al derecho al medio ambiente adecuado, habiendo sido reconocido éste por vía jurisprudencial al relacionarlo con los artículos 9, 32 y 41 de esa Constitución referidos respectivamente a la protección del patrimonio histórico y artístico de la nación, a la protección de la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad y a la iniciativa económica dentro de un marco que no se contradiga con su utilidad social ni perjudique la seguridad, la libertad y la dignidad humana[6].

En el caso alemán, la Ley Fundamental de Bonn tampoco recogió inicialmente el derecho al medio ambiente adecuado, aunque jurisdiccionalmente se aceptó el derecho a su protección. Posteriormente, la referencia expresa a éste ha tenido lugar en las enmiendas a dicha Ley Fundamental, siendo la más reciente la aprobada el 27 de octubre de 1994 por la que se inserta un artículo 20 en el que se prescribe que en el marco del orden constitucional y teniendo en cuenta su responsabilidad para con las generaciones futuras, el Estado protege las condiciones naturales indispensables para la vida. La incorporación de este artículo a la Ley Fundamental alemana no estuvo

[5] Respecto a los resultados de la Conferencia véase LOPERENA ROTA, D.: «Balance de la Conferencia de Río sobre medio ambiente y desarrollo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 35, 1993. Asimismo BELLVER CAPELLA, V.: *Ecología: de las razones a los derechos.* Ed. Comares. Granada, 1994.

[6] PECCOLO, G.: «Le Droit a l'Environnement dans le Constitution Italienne». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

falta de polémicas entre los distintos partidos políticos acerca de la naturaleza del derecho al medio ambiente así como su finalidad[7].

La Constitución griega de 1975 establece en su artículo 24.1 que la protección del medio ambiente natural y cultural constituye una obligación del Estado, el cual debe tomar medidas especiales, preventivas o represivas, con el fin de su conservación[8].

En el artículo 9 de la Constitución de Portugal de 1976 se establece el deber del Estado de proteger los derechos fundamentales. De su redacción se desprende que un requisito para la protección de la herencia cultural de los portugueses es la defensa de la naturaleza y el medio ambiente y la preservación de los recursos naturales. Sin embargo, y al igual que en la Constitución española, el reconocimiento expreso a un medio ambiente «*saludable y ecológicamente equilibrado*», así como el deber de protegerlo, viene recogido en el artículo 66 de la Constitución, dentro del apartado referente a los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales. Asimismo, la Constitución portuguesa reconoce el derecho de las personas físicas y jurídicas a recibir compensaciones por los daños causados al medio ambiente, debiéndose entender que esto será así cuando el daño les afecte directamente.

El ordenamiento constitucional portugués ha dado al derecho al medio ambiente una serie de garantías, a saber, derecho a la información sobre cuestiones ambientales, derecho a participar en la adopción de resoluciones administrativas, así como al derecho de acceso a la justicia en su sentido más amplio[9], entre otros. La protección del medio ambiente en Portugal se ha visto respaldada por la publicación en 1987 de la Ley Básica de Medio Ambiente y la Ley de las Asociaciones de Defensa del Medio Ambiente, cuya finalidad se dirige a la aplicación efectiva del derecho recogido constitucionalmente.

Un ejemplo más reciente de reconocimiento formal del derecho al medio ambiente adecuado lo encontramos en la Constitución de Brasil de 1988, en la cual varios artículos hacen referencia al derecho al medio ambiente adecuado. El artículo 225 (Título VIII, relativo al orden social), donde se proclama el medio ambiente como derecho perteneciente a las generaciones presentes y futuras. Por otro lado se establece la evaluación de impacto ambiental con carácter obligatorio[10].

Hay más Constituciones recientes que hablan del medio ambiente como derecho, especialmente de los países del Este de Europa, aunque hay otras que no lo mencionan, casos de Nueva Zelanda y Canadá.

[7] BOTHE, M.: «Le Droit a la Protection de l'Environnement en Droit Constitucionel Allemand». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

[8] SIOUTIS, G.: «Le Droit de l'Homme a l'Environnement en Gréce». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

[9] GÓMEZ DA SILVA, J.C.: «Human Rights in the Portuguese Contitution». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

[10] D'AVILA RUFINO, G.: «Le Droit de l'Homme a l'Environnement dans la Constitution de 1988 du Brèzil». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

En resumen, el proceso de positivización es evidente, aunque no exista nitidez en los contornos de este derecho.

III. LOS DERECHOS AL MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y A SU PROTECCIÓN SON DIFERENCIABLES

El objeto medio ambiente está cada vez mejor explicado y asumido con más rigor por la doctrina. Así, puede convenirse que el derecho humano al medio ambiente adecuado se proyecta sobre unos parámetros físicos y biológicos que se dan en nuestro planeta en la actualidad (algunos millones de años) y que han permitido nuestra aparición y desarrollo como especie. De este modo su mantenimiento, dentro de unos estrechos márgenes, está vinculado a nuestra propia supervivencia. Pues bien, la respuesta jurídica que estudiamos, en especial el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente adecuado, se produce cuando el ser humano adquiere conciencia de que esos parámetros pueden alterarse por causas antropogénicas, poniendo en riesgo directa o indirectamente la vida, especialmente la humana.

Simultáneamente la Ecología concluye que los parámetros requeridos son fruto de diversas interacciones, entre las cuales los seres vivos, plantas y animales juegan un papel fundamental, de modo que sólo conservando unas ciertas proporciones en las distintas cadenas biológicas, todas las cuales, además, están interrelacionadas, el mantenimiento de los parámetros necesarios será posible.

Sin embargo, distintos enfoques metodológicos están llevando a conclusiones de diferente amplitud. Porque, en efecto, una cosa es reconocer la existencia del derecho humano al medio ambiente adecuado al objeto de conservar nuestra especie, para lo cual necesitamos salvar las demás, y otro es prorrogar la reflexión a sus materias conexas en mayor o menor medida hasta llegar un punto en que este derecho englobe o afecte a todos los demás. Incluso algunos plantean la superación, no ya del orden jurídico, sino del conjunto del orden social propugnando, por ejemplo, el Estado Ambiental, como superación o próxima etapa tras el Estado Social[11].

Ambas aproximaciones al fenómeno jurídico-ambiental parten de presupuestos análogos y son igualmente legítimas. El problema que se nos plantea es el más clásico en la teoría del conocimiento: el panambientalismo, o la reconducción del todo a la unidad ambiental y, en nuestro caso, a su enfoque jurídico, produce confusión e inoperancia a los instrumentos vigentes en la actualidad. Es meritorio el esfuerzo intelectual y valorable su impulso ético de quienes hacen propuestas superadoras del orden social existente, pero una propuesta ambiciosa que tardará muchos años en realizarse no puede privarnos de mantener criterios analíticos estrictos que hagan operativo desde

[11] BELLVER CAPELLA, V.: *Ecología: de las Razones a...*, *op. cit.* pp. 242 y ss.

ahora mismo el derecho al medio ambiente adecuado. Separemos correctamente, pues, lo que son propuestas ético-políticas de futuro, de lo que son necesidades inaplazables que el Derecho debe atender sin demora. Así, desde nuestro punto de vista, y sin perjuicio de que el debate sobre la necesidad de un nuevo ordenamiento social-ambiental se siga realizando, debemos pararnos ahora en el derecho al medio ambiente adecuado. Esto es, el derecho a disfrutar de los parámetros idóneos de la biosfera debe preservarse poniendo a su servicio las técnicas que nuestra cultura jurídica proporciona.

Sin descalificar, pues, otras interpretaciones, optamos por ahora por un concepto restringido de medio ambiente como objeto de un derecho humano, evitando hacer derivaciones hacia otras propuestas jurídicas y políticas que aunque relacionadas son intelectualmente perfectamente separables.

Ya hemos visto que nos hallamos ante un derecho humano. Pero esta categoría también dista mucho de ser homogénea. La clasificación más conocida es la que deriva de la cronología de su reconocimiento, primera, segunda o tercera generación. Análoga es la que divide entre civiles y políticos, sociales y de solidaridad.

La clasificación más frecuente que se suele atender a la hora de agrupar los derechos humanos es aquélla que los divide en derechos civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; y, últimamente, de solidaridad[12]. En el primer grupo estarían incluidos los derechos individuales, identificados con aquellos que tuvieron su plasmación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Frente a éstos, los derechos económicos, sociales y culturales, siguiendo a DE CASTRO, englobarían entre otros, en base al *«momento cronológico de su aparición»*, el derecho al trabajo, a la seguridad social, derecho a la asistencia pública, derecho a la libertad del trabajo, derecho a la libertad de asociación, derecho de huelga, derecho a la educación, derecho de la familia, a una especial protección social, jurídica y económica, etc.[13]. A este segundo grupo identifica I. ARA PINILLA como *«derechos crédito»*, como aquéllos invocables por el ciudadano ante el Estado al asumir éste último no ya el papel de *«garante de la seguridad»* sino *«la realización de los objetivos sociales»*. Para hacer esta clasificación se fija el autor en la evolución de la institución democrática que pasa de tener un carácter formal a un carácter material[14].

[12] Como ya se ha dicho en la nota primera de este trabajo, K. VASAK fue el primero en hablar de los derechos de solidaridad a los que agrupaba en la que denominó tercera generación de derechos humanos, estableciendo asimismo las categorías de primera y segunda generación en las que quedarían englobados los derechos civiles y políticos, por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por otro.

[13] DE CASTRO, B.: *Ecología: de las Razones a op. cit.* pp. 136 y ss.

[14] ARA PINILLA, I.: «Los Derechos Humanos de Tercera Generación en la Dinámica de la Legitimidad Democrática», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, por MUGUERZA, J. y otros, Ed. Debate.

Por su parte, V. BELLVER CAPELLA nos recuerda que la doctrina entiende como derechos de solidaridad o de tercera generación el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho al patrimonio común de la humanidad y el derecho a la paz[15].

Probablemente se ha llegado con demasiada facilidad a la conclusión de que es un derecho de tercera generación o de solidaridad[16]. En realidad, su momento cronológico de reconocimiento y la solidaridad exigida para la política ambiental son datos no rebatibles. Sin embargo, no se ajustan a los caracteres de estos tipos de derechos, como hemos visto. En realidad, por ejemplo, la solidaridad es un elemento de la política ambiental o, si se prefiere, de la acción colectiva de preservación del ambiente; pero el derecho es perfectamente individualizable en cada ser humano. Porque una característica bastante generalizada entre los derechos de segunda y tercera generación, sociales y de solidaridad es la intervención del Estado o de entidades públicas o privadas de carácter colectivo para su promoción. Atendiendo a este criterio podríamos clasificar los derechos humanos en dos categorías: los que el Estado debe respetar y proteger y los que el Estado debe promover o proveer. Observemos que sólo los primeros son imprescindibles para que una sociedad pueda ser calificada de tal. Los segundos son opciones civilizatorias, actualizables con el desarrollo social y progreso económico en su contenido.

El medio ambiente adecuado no es un fruto del desarrollo social sino un *prius* para su existencia. Es un derecho vinculado a la propia vida humana: *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*. El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio Derecho: sin medio ambiente adecuado no hay hombre, ni sociedad, ni Derecho. Por tanto, cuando se juridifica su protección se produce en dos sentidos. Por un lado, se le reconoce como derecho humano o fundamental; y, por otro, se encomienda a los Poderes Públicos, parte de cuyos instrumentos son las leyes, su conservación y tutela. Análogo proceso se sigue con el derecho a la vida: se le reconoce como fundamental y se ordena su tutela a los Poderes Públicos. Y es que el medio ambiente adecuado no es una consecuencia de un determinado desarrollo civilizatorio, como lo es la asistencia sanitaria universalizada, por ejemplo. No. El disfrute de este derecho no depende de los sistemas sociales o políticos ya que, como la vida misma, procede de la Naturaleza, no del actuar humano. Lo que sí depende del sistema social es su negación, pero esta constatación no altera la ontología de la relación hombre-medio y su consecuencia jurídica: el derecho al medio ambiente adecuado.

[15] BELLVER CAPELLA, V.: *Ecología: de las razones a..., op. cit.* p. 272

[16] La referencia a la inclusión en este grupo del derecho al medio ambiente adecuado la hallamos en casi todos los autores. Véase a título de ejemplo MARTÍN MATEO, R.: *Tratado de Derecho Ambiental.* Vol. I, Ed. Trivium. pp. 98-99; BELLVER CAPELLA, V.: *Ecología: De la Razón a..., op. cit.* pp. 270 y ss.; así como JORDANO FRAGA, J.: *La Protección del Derecho a una Medio Ambiente Adecuado.* Ed. J.M. Bosch, 1995. pp. 132-134.

En nuestra opinión, la aparición y evolución de los derechos humanos obedece o es el resultado de esa permanente lucha interna de los seres humanos, considerados individual o colectivamente, entre el instinto egoísta en el que se concentra el impulso del poder y el instinto altruista en el que se concentra el impulso ético, sirviendo a los demás en busca de la igualdad[17]. La antonimia igualdad-desigualdad en la balanza social y jurídica en los dos últimos siglos se inclina paulatinamente del lado de la igualdad. Como desarrollo de este postulado ético aparecen varias generaciones de derechos humanos que partiendo de los más elementales y formales van progresando hacia los más avanzados y reales: desde el reconocimiento de la subjetividad jurídica y la dignidad básica del individuo, vida y libertad, hasta aquellos que los cualifican dándoles contenido material, promocionando a los más débiles en base a esfuerzos colectivos que se canalizan desde las Instituciones Públicas.

El derecho al medio ambiente adecuado, a diferencia de otros derechos, como la educación, por ejemplo, en los que la intervención de los Poderes Públicos resulta requisito para su propia existencia, no exige de éstos una actividad previsora, ya que ha sido la Naturaleza quien ha provisto los parámetros de la biosfera. La actividad del Estado queda limitada en nuestro caso a la protección de lo preexistente. Análoga situación se da con el derecho a la vida que el Estado no provee y sólo protege. Según estos últimos razonamientos, pues, el derecho al medio ambiente adecuado en relación con la actividad del Estado guarda grandes analogías con los derechos civiles y políticos, derechos de primera generación, ya que el Estado debe reconocerlos y simplemente tutelar que no sean violados, sin que su actuación positiva sea imprescindible.

En el caso del medio ambiente, las Instituciones Públicas están obligadas a evitar que actuaciones antropogénicas (también las de origen natural, que se intervienen por otros títulos, como protección civil) alteren los parámetros de la biosfera que a nuestra especie, y las que con nosotros comparten el Planeta, convienen. Obsérvese que la desaparición de nuestras especie, y de las que están con nosotros, por la alteración de algún parámetro biosférico podría dar lugar a la aparición de nuevas especies, con las cuales no nos manifestamos nada solidarios, porque, se argumente como se quiera, la perspectiva antropocéntrica es ontológicamente ineludible. La protección de los seres vivos que nos rodean, incluso, no obedece a un impulso situado fuera del interés humano: defendemos su supervivencia porque de ella depende la nuestra; poco nos importa que su desaparición y la nuestra permita alumbrar nuevas formas de vida desconocidas hoy para nosotros. En todo caso, las especies que nos rodean y la nuestra misma un día desaparecerán; tratamos, pues de retardar, conservando parámetros biosféricos, nuestra desaparición y el eventual alumbramiento de otras especies[18].

[17] Véase MARTÍN MATEO, R.: *El hombre una especie en peligro*. Ed. Campomanes Libros. Madrid, 1993.

[18] LOPERENA ROTA, D.: *El Derecho al Medio Ambiente Adecuado*. Ed. Civitas, 1994. pp. 25 y ss.

La protección del medio ambiente, en cuanto acción colectiva, tiene también una dimensión ética de solidaridad, ya que las futuras generaciones dependen de nuestro legado ambiental. Así, los que todavía no pueden ser titulares de derechos podrán serlo cuando nazcan, en la medida en que la acción colectiva protectora del medio lo garantice. Este es uno de los mensajes del contenido poliédrico que se encierra en la expresión ya universalmente aceptada de desarrollo sostenible.

Ahora bien, la cada vez más visible acción colectiva para la protección ambiental, que se instrumenta a través de las Administraciones Públicas, no nos debe llevar a una confusión desgraciadamente frecuente en la doctrina. El derecho al medio ambiente adecuado no se ejerce frente al Estado. El derecho a la protección del medio ambiente adecuado sí se ejerce frente al Estado. Son dos derechos de naturaleza diferente, que, al menos en el plano de la teoría jurídica conviene tenerlos debidamente diferenciados. Así ocurre también con el derecho a la vida y el derecho a la asistencia sanitaria, están relacionados pero son de diferente naturaleza, de diferente generación en el iter de reconocimiento de los derechos humanos. Vemos, pues, como el derecho al medio ambiente adecuado posee los rasgos característicos de los de primera generación, mientras que el derecho a la acción pública para su protección puede catalogarse entre los sociales o de solidaridad. De las actividades que debe desarrollar el Estado con el medio ambiente, prevenir su deterioro, protegerlo y restaurarlo, si se deterioró, la menos importante desde la perspectiva jurídica es la restauración aunque pueda ser la más importante, quizás, desde la perspectiva política.

No se trata de perseguir una biosfera perfecta, como se hace con los derechos sociales buscando una igualdad que nunca existió a través de instrumentos compensatorios. El Estado simplemente ha de proteger la biosfera que existió y existe y que no es fruto del esfuerzo solidario de nuestra especie, como son los Derechos Sociales y los de tercera generación.

La jerarquización de los derechos fundamentales es una tarea llena de riesgos. Ahora bien, aunque esto se rechace, no se puede ocultar la cronología de su aparición histórica. Y, sobre todo, su precedencia lógica. Así, el derecho a la vida precede lógicamente al derecho a la asistencia sanitaria; del mismo modo, el derecho al medio ambiente adecuado precede lógicamente al derecho a su protección. La Constitución Española, según lo antedicho, resulta uno de los textos jurídicos más logrados técnicamente, a pesar de las críticas que con toda justeza puedan realizársele. Así, de los párrafos segundo y tercero se deduce un derecho a la protección del medio ambiente adecuado oponible frente al Estado. El párrafo primero, sin embargo, hace un reconocimiento simple y directo al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Pero es un reconocimiento independiente del acierto que los Poderes Públicos tengan en la aplicación de los párrafos segundo y tercero y, por tanto, perfectamente separable. El constituyente ubicó los tres párrafos referidos al medio ambiente en el

artículo 45, dentro del Capítulo III, del Título I[19]. Pues bien, al menos el primer párrafo no está en el lugar correcto desde una perspectiva sistemática, como venimos defendiendo. Su lugar está en la Sección Primera del Capítulo II, probablemente en el artículo 15, del cual podría deducirse si no existiera el expreso reconocimiento del artículo 45.1.

Puede objetarse a la exposición precedente un exceso de teorización, sin consecuencia práctica alguna. Y probablemente sea acertada tal apreciación, aunque la reflexión teórica, acertada o equivocada, es un *prius* para la acción consciente, y por tanto imprescindible. De todos modos, de los ordenamientos positivos puede inducirse perfectamente que el derecho a la acción protectora del medio ambiente, cuya responsabilidad está encomendada a las Administraciones Públicas, en ningún caso agota el contenido del derecho al medio ambiente adecuado en la legislación ambiental. Así, la existencia del delito ecológico en muchos ordenamientos indica que se protege un bien y un derecho independientemente de la acción protectora del Estado. Se trata de un bien y un derecho análogo a cualquier otro cuyo quebranto supone una grave alteración del orden social en su más amplio sentido, y no una simple actuación contra las Instituciones Públicas. En ningún caso se configura de esta última manera. Por otra parte, en los Códigos Civiles hay segmentos del derecho al medio ambiente adecuado que se regulan en las relaciones existentes entre los particulares, sin que su violación o su disfrute afecte a la acción protectora del Estado. Puede aceptarse en el plano del puro pragmatismo que el derecho a la protección del medio ambiente quede embebido en el más amplio derecho al medio ambiente adecuado. Pero en ningún caso, a nuestro juicio, pueden confundirse, y mucho menos reducir, el derecho al medio ambiente adecuado a los restrictivos términos derivados de la acción protectora de las Instituciones Públicas.

Pero, en efecto, ¿cuándo una acción humana viola el derecho al medio ambiente adecuado? ¿Cuándo se han alterado los parámetros de la biosfera? ¿Es posible elaborar criterios prácticos para su apreciación?

Una cosa resulta evidente: hay violación del ordenamiento ambiental cuando no se respete los criterios determinados por el derecho positivo. Pero ello no elude la necesidad de establecer un criterio que oriente al legislador y al juez acerca de cuándo nos encontramos ante una actuación que pone en riesgo los parámetros biosféricos. Lo cierto es que cuando hablamos de alterar estos parámetros, tienen que darse unas

[19] El artículo 45 del texto constitucional establece: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».
2. Los Poderes Públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

circunstancias de intensidad prácticamente imposibles de conseguir por una acción humana aisladamente. Una gigantesca pero individualizada emisión de CO_2, o un envenenamiento masivo de la fauna de un río son incapaces de alterar los parámetros biosféricos, ya que la capacidad de autodepuración de la Naturaleza es infinitamente más poderosa que cualquier actuación individual. Pero ello no invalida, a nuestro juicio, la tesis aquí defendida.

En efecto, el test para averiguar si una actuación humana viola o no el derecho al medio ambiente adecuado es ver sus consecuencias desde la hipótesis de que todos los seres humanos hubiesen realizado el mismo uso de la biosfera. Los científicos nos darían con cierta facilidad la respuesta de si sería seriamente alterada la biosfera o no. En el primer supuesto se trataría de un acto antijurídico, perfectamente punible. Naturalmente, cuando una actuación no sea imputable a un individuo, sino a una colectividad, local, regional o estatal, debe hacerse la correspondiente ponderación. Y aquí es precisamente donde debemos resaltar uno de los rasgos que, por su evidencia, no suelen comentarse en exceso, pero que exigen un leve apunte. Nos referimos al principio de igualdad en el ejercicio de este derecho. Dicho sea de una manera tosca, pero bien entendible, todos los seres humanos tenemos derecho a la misma cuota parte de capacidad autodepurativa y autorregeneradora de la biosfera. Y esto no se cumple en la práctica, a pesar de las enfáticas Declaraciones Internacionales. Cuando un país emite a la atmósfera cantidades de CO_2 que son absorbidas y depuradas por la atmósfera sólo porque otros muchos países no lo hacen en la misma cantidad; cuando la parte de capacidad autodepurativa o, autoregeneradora de la biosfera usada por un país es varias veces superior a la que en aplicación del principio de igualdad le correspondería, nos hallamos ante una palmaria actuación antijurídica, contraria al derecho al medio ambiente adecuado y al principio de igualdad en el uso de la biosfera que le es inherente.

Todos sabemos que el desarrollo económico del Norte está apoyado, entre otras cosas, en que los países en vías de desarrollo no contaminan per cápita y no consumen recursos naturales en la misma medida que nosotros. Si lo hicieran, parece que los parámetros atmosféricos, al menos, habrían sido ya tan seriamente alterados que probablemente la especie humana estaría en peligro de extinción. Hemos tomado prestado sin su consentimiento y sin compensación alguna, como reiteradamente han expresado los economistas que estudian estos fenómenos, un crédito ambiental que no nos pertenece y que debemos restituir, además de con las medidas compensatorias que un básico sentido de la justicia reclama, reconduciendo nuestro modo de vida a usos de la capacidad autodepurativa y autorregeneradora de la biosfera proporcionales a nuestra población.

Para finalizar esta reflexión debemos señalar que a pesar de su reciente reconocimiento formal no nos hallamos ante un derecho cuyo disfrute sea novedoso. Nuestra especie y cada uno de los individuos que la componen precisamente viven porque han disfrutado de un medio ambiente adecuado. Lo que ocurre es que el proceso de reconoci-

miento jurídico de un derecho que se basa en que, bien hasta ese momento no había sido cuestionado su ejercicio y sobraba la tutela jurídica, o bien porque se trata de una nueva conquista civilizatoria que el Derecho va a tratar de garantizar. El no reconocimiento formal hasta hace poco del derecho al medio ambiente adecuado se deriva de que su disfrute se ejercía con naturalidad, sin específica protección jurídica, como hoy vemos y oímos sin que formalmente se nos haya reconocido ese derecho. Si el medio ambiente adecuado está siendo reconocido formalmente como derecho es porque es generalmente aceptado que estamos en riesgo de no poder seguir disfrutándolo.

IV. CONCLUSIÓN

Podemos concluir afirmando la asunción progresiva por el Derecho Internacional del derecho al medio adecuado, como se refleja en Convenios y Declaraciones. Del mismo modo, las legislaciones positivas de los Estados van incorporando reconocimientos directos o indirectos de este derecho, aunque sin una clara diferenciación entre los dos derechos que aquí tratamos de separar: el derecho al medio ambiente adecuado, como derecho a disfrutar directamente de los parámetros idóneos de la biosfera, y el derecho a su protección, como derecho a que las Instituciones Públicas provean instrumentos para prevenir la degradación, proteger y restaurar, donde fuese necesario, el medio ambiente. Quizás la confusión entre ambos es la que impide llevar el derecho al medio ambiente adecuado al nivel de máxima protección jurídica.

Legislación

- Declaración Universal de Derechos del Hombre. Resolución 217 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.
- Carta Social Europea suscrita en Turín en 1961.
- Protocolo de San Salvador de 1988 a la Convención Americana de los Derechos del Hombre de 1969.
- Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos adoptada por la Asamblea de la OUA en Nairobi el 24 de junio d 1981.
- Constitución española de 1978.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- STC 32/1983 de 28 de abril
- STC 149/1991 de 4 de julio
- STC 26/1995 de 26 de junio

Tribunal Supremo

- Sentencia de 25 de abril de 1989. Aranzadi 3233
- Sentencia de 18 de abril de 1990. Aranzadi 3650
- Sentencia de 26 de diciembre de 1991. Aranzadi 378, 1992

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Asunto Zimmerman y Steiner c. Suiza. Sentencia de 13 de julio de 1983. Serie A, Nº 66.
- Asunto Zander, Comisión c. Suecia. Sentencia de 25 de noviembre de 1993. Serie A, Nº 279.
- Asunto Marckxs c. Bélgica. Sentencia de 13 de junio de 1979. Serie A, Nº 31.
- Asunto Powell y Rayner c. El Reino Unido. Sentencia de 21 de febrero de 1990. Serie A, Vol. 172.
- Demanda López Ostra c. España, Nº 16789/90. Sentencia de 9 de diciembre de 1994.

FUENTES DOCUMENTALES

ALSTON, P. «Conjuring up New Human Rights: a proposal for quality control». *American Journal of International Law*. Vol. 78-II. Julio, 1984.

ARA PINILLA, I. «Los Derechos Humanos de la Tercera Generación en la Dinámica de la Legitimidad Demacrática». *Fundamento de los Derechos Humanos*. MUGUERZA, J. y otros. Editorial debate.

BELLVER CAPELLA, V. *Ecología: de las razones a los derechos*. Editorial Comares. Granada, 1994.

BOTHE, M. «Le Droit a la Protection de l'Environnement en Droit Constitucionel Allemand». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

CABRILLAC, R., FRISON-ROCHE, M.A., y REVET, T. *Droits et libertés fondamentaux*. Editions Dalloz, 1997.

CARRILLO, J.A. y GALÁN, R. «¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario entorno al Asunto López Ostra c. España, resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994)». *Revista de Derecho Administrativo*. Abril-junio, 1995.

DÁVILA RUFINO, G. «Le Droit de l´Homme a l'Environnement dans la Constitution de 1988 du Bràzil». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

DE CASTRO CID, B.

a) *El reconocimiento de los derechos humanos*. Editorial Tecnos. Madrid, 1982.

b) *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Universidad de León. Secretariado de Publicaciones, 1993.

DÉJEAN-PONS, M. «Le droit de l´homme à l'environnement, droit fondamental au niveau européen dans le cadre du Conseil de l'Europe, et la Convention Européene de Sauvagarde des droits de l'homme et del libertés fondamentales». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

DOMPER FERRANDO, J.

a) *El medio ambiente y la intervención administrativa de las actividades clasificadas. Vol. I. Planteamientos Constitucionales.* Monografías Civitas. Madrid, 1992.

b) «El medio ambiente: planteamientos constitucionales». *Derechos del Medio Ambiente*. Colección CURSOS. Vol. 16. Ministerio de Justicia e Interior. Centro de Publicaciones. Madrid, 1995.

EGEA FERNÁNDEZ, J. «Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (A propósito de

la Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994)». *Derecho Privado y Constitución*, nº 9.mayo-agosto, 1996.

GARCÍA URETA, A. «López Ostra v. Spain: Environmental Protection and the European Convention on Human Rights». *Environmental Liability*. Volume 3, Issue 5. Sweet & Maxwell Limited. London, 1995.

GÓMEZ DA SILVA, J.C. «Human Rights in the Portuguese Contitution». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

JACQUÉ, J.P. «La protection du droit à l'environnement au niveau européen ou régional». *Environnement et droits de l'homme*. Pascale KROMAREK, directrice de publication. Unesco, 1987.

JORDANO FRAGA, J. *La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Editorial J.M. Bosch, 1995.

LIÑÁN NOGUERAS, D. «Efectos de las Sentencias del tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Español». *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XXXVII, Nº 2, 1985.

LOPERENA ROTA, D.

a) «Balance de la Conferencia de Río sobre medio ambiente y desarrollo». *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 35, 1993.

b) *El derecho al medio ambiente adecuado*. Editorial Civitas. Cuadernos Civitas. 2ª Edición, 1998.

c) *Los principios del Derecho Ambiental*. IVAP-Civitas. Madrid, 1988.

MARTÍN MATEO, R.

a) *Tratado de Derecho Ambiental. Volumen I*. Trivium, 1ª Edición. Madrid, 1991-1992.

b) *El hombre una especie en peligro*. Editorial Campomanes Libros. Madrid, 1993.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M.

a) *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Ámbito, Órganos y Procedimientos*. Colección temas constitucionales, 4. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1985.

b) *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: textos Internacionales de Aplicación*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1988.

PECCOLO, G. «Le Droit a l'Environnement dans le Constitucion Italiennes». *Revue Juridique de l'Environnement*, 4/1994.

PÉREZ-LUÑO, A.E.

a) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, 2ª Edición, 1986.

b) *Los Derechos Fundamentales*. Editorial Tecnos. 5ª Edición. Madrid, 1993.

PRIETO SANCHIS, L. *Estudio sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate. Madrid, 1990.

ROBERTSON, A.H. *Human Rights in the world. An introduction to the study of the international protection of human rights*. Manchester University Press, 1989.

RUIZ VIEYTEZ, E.J. *El derecho al medio ambiente como derecho de participación.* Colección Derechos Humanos, «P- Francisco de Vitoria». Ararteko. Vitoria-Gasteiz, 1993.

SANDS, P. *Principles of international environmental law. Volume I. Frameworks, standards and implementation*. Manchester University Press. Manchester and New York, 1995.

SIOUTIS, G. «Le Droit de l'Homme a l'Environnement en Grece». *Revue Juridique de l?Environnement*, 4/1994.

TRUYOL Y SERR, A. *Los derechos humanos*. Editorial Tecnos, Tercera Edición. Madrid, 1984.

VIZCAÍNO SÁNCHEZ-RODRÍGO, P. *Introducción al Derecho del Medio Ambiente*. Editorial CTO Medicina. Madrid, 1996.

Castigos de la naturaleza como Actos jurídicos y Ecológicos. Reflexiones a partir de la experiencia de los Aymaras del Sur Andino[1]

Antonio Peña Jumpa

Sumario

INTRODUCCION. I. CASTIGO DE LA NATURALEZA COMO CONSECUENCIA DE ACTOS HUMANOS. II. REFLEXIONES DESDE LO JURIDICO. DESDE EL DERECHO RACIONAL-FORMAL. DESDE EL CONCEPTO DE JUSTICIA COMUNAL. III. REFLEXIONES DESDE LO ECOLÓGICO. LA FUNCION HOMEOSTATICA. DATOS DEL MODELO OPERATIVO. DATOS DEL MODELO COGNITIVO. CONCLUSION. BIBLIOGRAFIA CENTRAL

Introducción

Los Aymaras del Sur Andino del Perú, como ocurre con los quechuas de la misma región y de las poblaciones de los Andes en general, comparten una particular relación con su medio, y, específicamente, la naturaleza que los rodea. Nos interesa reflexionar sobre ese tipo de relación teniendo en cuenta el enfoque de lo Jurídico y lo Ecológico.

Los «castigos de la naturaleza como consecuencia de actos humano» constituyen una de las prácticas más controvertidas visto desde la epistemología occidental, al extremo de poder identificarse como «irracional». Sin embargo, dentro de la concepción de los aymaras, tal práctica tiene una gran importancia jurídica y ecológica, en tanto a través de dicha práctica consiguen, principalmente, sancionar los «malos» actos denominados «inmorales» y reforzar la protección de sus recursos. Se trata, siguiendo a Roy Rappaport (1987) de la manifestación de una epistemología aymara, o de la presencia de un modelo cognitivo sobre el operativo, como desarrollaremos más adelante.

En las páginas siguientes, presentaremos en términos generales la experiencia del «Castigo de la Naturaleza como consecuencia de Actos Humanos», tal como lo llegara a conocer el autor durante su trabajo de campo en el Departamento de Puno, específicamente en 7 comunidades aymaras de la provincia de Huancané. La experiencia o caso referido fue presentado por primera vez en una investigación recientemente

[1] El presente es un ensayo elaborado para el curso de Ecología (Maestría de Antropología), dirigido por el Dr. John Earls (julio 1999).

publicada (Peña, 1998). Tras la presentación del caso, pasamos a reflexionar lo Jurídico del mismo a partir de las categorías de Derecho y Justicia tal como se puede entender en sentido «moderno» y desde la antropología jurídica. Finalmente los ingredientes anteriores son reflexionados desde una perspectiva Ecológica, teniendo en cuenta su relación con el concepto de ecosistemas y, específicamente, ecosistemas de poblaciones.

I. CASTIGO DE LA NATURALEZA COMO CONSECUENCIA DE ACTOS HUMANOS

Para el comunero aymara del Sur Andino no es extraño considerar que la naturaleza puede «castigar». El «castigo de la naturaleza» es entendido como un acto regular ante la comisión de determinados actos producidos entre determinados miembros de la comunidad. Básicamente son tres las formas como el castigo de la naturaleza puede manifestarse según el conocimiento de los aymaras:

- Una inesperada granizada,
- Una adelantada helada, o
- Una torrencial lluvia.

Dichas formas o actos tienen un efecto grave en los momentos de la siembra (torrencial lluvia) o cuando los comuneros se encuentran al cuidado de su siembra o preparándose para cosechar lo sembrado (granizada inesperada o helada adelantada). Esto en razón a que la siembra de productos de panllevar resultan fundamental dentro de la economía y autosubsistencia de los comuneros aymaras del Sur Andino.

De otro lado, también puede entenderse como castigo de la naturaleza la peste que afecta al ganado familiar. En nuestro trabajo de campo fue menor la referencia de este tipo de «castigo», sin embargo debe tenerse presente su importancia de acuerdo al grado de importancia que presta la comunidad a su ganado, variando de acuerdo al piso ecológico en el que se encuentra. Por ejemplo, en las comunidades de piso ecológico alto (puna), la identificación con el ganado lanar (ovino, llama, alpaca), es mayor que las comunidades de piso ecológico intermedio donde destaca el ganado vacuno.

En las páginas siguientes concentraremos particularmente nuestra atención en los «castigos de la Naturaleza» a nivel de la agricultura, por corresponder con mayor precisión al trabajo de campo desarrollado.

Los comuneros aymaras saben, al respecto, que es normal que la lluvia, la granizada y la helada se produzcan, pero siempre dentro de determinados límites: que la granizada no caiga en exceso, que la helada no se adelante a la temporada de invierno, o que la lluvia tampoco se precipite en exceso durante muchos días. Si se sobrepasan tales límites y se afectan —como consecuencia— los sembríos del territorio comunal, el conjunto de aymaras de la comunidad racionaliza que ha ocurrido un **castigo** de la naturaleza, y que éste se ha producido como consecuencia de la «mala» conducta de algún miembro de la comunidad. Ellos entienden que la naturaleza se siente ofendida

por la comisión de actos «inmorales» que habría practicado el referido miembro de la comunidad, y envía a los «demonios» climáticos para que castigue a la comunidad por permitir dichos actos.

La respuesta de los comuneros, frente al castigo de la naturaleza y los actos «inmorales» que le habrían dado origen, será la de reprimir éstos actos o sancionarlos, con el objeto de redimir o rearmonizar sus relaciones con la «madre naturaleza». Sólo así entienden que no volverá a producirse la anormalidad climática.

Los actos «inmorales» que provocan el castigo de la naturaleza pueden ser variados, dependiendo de la identidad histórica de cada comunidad como de su contexto geográfico o ecológico. En el primer caso, es posible encontrar como actos inmorales desde el adulterio y la existencia de relaciones incestuosas, hasta el aborto —seguido del entierro clandestino del feto— y las faltas del hijo contra la madre. En el segundo supuesto, puede identificarse como actos «inmorales» o más precisamente actos contrarios a la naturaleza la caza de vizcachas o de patos durante la época de siembra. En este último caso, importa la existencia de ecosistemas en los que es posible el desarrollo de los patos o vizcachas, destacando la presencia de bosques o lagos, por ejemplo. Teniendo en cuenta tales características, en este último caso puede ocurrir también que la prohibición de la caza sea temporal. Por ejemplo, en Vilquechico, distrito de la provincia de Huancané, la caza de vizcachas se libera durante el invierno, luego de haber pasado la época de la cosecha.

Frente a los actos «inmorales» o contrarios a la naturaleza existe un proceso de resolución que consiste en atacar directamente —enfrentamiento— la ira de la naturaleza y en poner fin a las causas que dieron lugar al castigo de la naturaleza a través de la sanción —represión— del acto inmoral o el acto de caza prohibido.

De un lado, la respuesta directa o enfrentamiento a los castigos de la naturaleza se encuentra en manos de las autoridades «políticas» de cada comunidad: el teniente político y sus alguaciles, principalmente. Estas autoridades salen a enfrentar la granizada con dinamitas y «cohetes» que son reventados en los cerros, o, si se trata de una inesperada helada, incineran azufre (que despide bastante humo y un desagradable olor). Los comuneros aymaras entienden que con ello ahuyentarán los males de tales hechos climáticos.

Pero seguidamente, los comuneros aymaras saben que deben corregir las causas de fondo o principales que han producido los hechos de la naturaleza. Los comuneros racionalizan que alguien o algunos de los miembros de la comunidad han practicado actos contrarios a la moral de la comunidad o actos de caza prohibidos, que merecen ser sancionados; en suma, entienden que hay un conflicto que rebasa la esfera meramente familiar comprometiendo al conjunto de comuneros que debe ser solucionado de inmediato para evitar subsecuentes catástrofes.

Descartada la comisión de actos de caza prohibidos —en las comunidades con ecosistemas donde ello puede ocurrir—, las causas «inmorales» como el adulterio, el incesto, el aborto o las faltas graves del hijo contra su madre, son resueltos bajo un peculiar procedimiento.

Producidos los hechos de la naturaleza, los comuneros se reúnen en asamblea extraor-dinaria. Esta vez, a través de las autoridades comunales (el Presidente de la comunidad y su directivo) y acompañado por las autoridades políticas, se convoca a todos los comuneros, hombres y mujeres, para encontrar a los «inmorales».

Ante el posible hecho de aborto, por ejemplo —que para los comuneros aymaras resulta ser la causa más común—, la asamblea delega en una «matrona» de la comunidad la revisión del pezón de las mujeres viudas y solteras, principalmente. Con ello se probaría si hubo un aborto reciente, seguido del entierro clandestino del feto.

A la indicada prueba se suman las declaraciones de los comuneros que de una u otra manera pueden haber llegado a conocer de las relaciones adulterinas o incestuosas desencadenantes del aborto. Para evitar el escándalo, los hechos pudieron haberse mantenido en «secreto», pero una vez producida la calamidad —a causa de la cual, por ejemplo, el mismo comunero confidente pudo haberse visto afectado— tales «prácticas inmorales» se hacen públicas.

En el caso de la falta o maltrato de un hijo contra su madre, en cambio, basta con la declaración de la agraviada (la madre) para hacer constar el acto inmoral. La presión de la comunidad garantiza la confesión de aquélla.

Pero también puede ocurrir que no se encuentre algún culpable. Entonces se entenderá que el hecho de la naturaleza obedece a una responsabilidad colectiva donde todos los comuneros se encontrarían involucrados. En tal caso, la actitud que se exige también es colectiva: todos los comuneros se llamarán la atención.

Sin embargo, en caso de encontrarse a los responsables de algún acto inmoral o «delito» —como también lo llaman— la asamblea comunal pasa a tomar una decisión al respecto.

Normalmente se ha entendido que la pareja culpable o el hijo irresponsable debían ser **castigados** con penas de sufrimiento físico: los «latigazos», por ejemplo. A estos se acompañaba la **recomposición** del acto inmoral: si se había faltado a la madre, el conjunto de comuneros exigía que el hijo se disculpe y cambie de conducta; y si se había cometido el aborto o las relaciones adulterinas o incestuosas, el conjunto de comuneros exigía la «cristiana sepultura del feto», la confesión y comunión de los causantes, así como la separación de la pareja adulterina o incestuosa. A ello se sumaba la reparación material de los hechos, en el entendido que los bienes de él o los «culpables» no habían sido afectados.

En la actualidad, las sanciones han variado: si bien se conserva la exigencia, a los culpables, de recomponer los actos inmorales, los castigos severos van siendo sustituidos. Las penas pecuniarias están reemplazando los flagelos físicos. Así, por ejemplo, muchas comunidades han procedido a aplicar fuertes «multas» que ocasionan, a veces, la expropiación de las cosechas o las tierras de los causantes, o la venta de parte de su ganado, lo que revierte como dinero en efectivo a la comunidad. En tal caso, la prioridad es puesta en una función indemnizatoria de los hechos, buscando favorecer a los comuneros más perjudicados. Es también común o normal que los «culpables» de los actos inmorales

o prohibidos empiecen a ser «mal vistos» al interior de la comunidad y en las comunidades aledañas, provocando como efecto inmediato la emigración de dichos «culpables».

II. REFLEXIONES DESDE LO JURIDICO

La experiencia descrita se nos presenta como un interesante espacio de reflexión de Lo Jurídico desde la confrontación de dos puntos de vista: el derecho racional-formal identificado por Max Weber como aquel que corresponde a la sociedad «moderna» (1969), y el concepto de Justicia Comunal, como un concepto amplio que involucra sin mayores límites lo que un grupo social, como la comunidad aymara, identifica como Justo en sus relaciones normales[2].

DESDE EL DERECHO RACIONAL-FORMAL

Conforme al derecho racional-formal enseñado y difundido en el mundo desde «occidente», podemos afirmar que el «castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos» no viene a ser sino el desarrollo de un «derecho irracional» cuyo contenido contradice la razón humana de la lógica y lo empírico. Tal derecho carecería de criterios racionales por lo siguiente:

- La naturaleza no es una deidad. Es tan solo un medio que el hombre transforma.
- La granizada, helada o lluvia torrencial no pueden ser razonados como castigos de la naturaleza, sino que como efectos climáticos que responden a diversas causa explicables.
- Los actos «inmorales» o prohibiciones de caza de determinados animales, son actos o prohibiciones humanas que no tienen ninguna conexión con los efectos climáticos severos.
- Los castigos físicos o sanciones pecuniarias impuestas por la asamblea comunal, resultan contrarios a los principios del «debido proceso», la libertad individual y el derecho a la integridad de la persona, garantizado en normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos.

De lo indicado puede resaltarse que resulta absurdo para el derecho racional-formal o «moderno» cualquier relación de los elementos del derecho (por ejemplo las normas, los procedimientos, las instituciones) con lo **trascendente**. No es admisible ningún tipo de divinidad —a no ser la del hombre mismo— como tampoco la conexión de actos «inmorales» con efectos climáticos de la naturaleza. Ambos son actos o hechos autónomos, separados de cualquier conexión trascendental: los actos «inmorales» son

[2] El concepto de Justicia Comunal es particularmente desarrollado en el trabajo anteriormente citado del autor (Peña, 1998).

actos de los hombres, explicables a sí mismo; los efectos climáticos corresponden al mundo inanimado de la física o la geografía pero sin ninguna conexión con los anteriores.

La desacralización del derecho aparece como un signo «moderno» y como tal identifica su derecho. Cualquier aparente relación entre los actos inmorales y los efectos climáticos son mera casualidad, simples «milagros», pero sin ningún sentido, sin ninguna relación **causal** o lógica.

Es más, el procedimiento de resolución y sanción que asume el conjunto de comuneros resultan contrarios al conjunto de normas que garantizan el Estado de Derecho o las «normas mínimas de convivencia» de la sociedad. Los derechos humanos o derechos fundamentales de las personas resultan ser esas normas mínimas. El desarrollo de un procedimiento por conflictos «irracionales» o ilógicos, sin las «mínimas garantías» resultan fácilmente cuestionado desde el principio del «debido proceso» como parte de los derechos fundamentales: pluralidad de instancias, juez natural, derecho de defensa, presentación de pruebas de parte, etc. A su vez, la sanción de flagelos físicos o la sanción pecuniaria que expropia parte de los bienes de la persona identificada como «culpable», transgreden los mínimos derechos fundamentales de la persona consistente en la libertad individual —que incluye la libertad de movimiento, de tránsito, corporal, y hasta la autonomía de voluntad— y el derecho a la integridad física y psicológica de la persona. La infracción, transgresión o violación de estos derechos fundamentales, contrariamente, puede conducir a procesar a los miembros de la comunidad que tratan de aplicar tal derecho «irracional».

En otras palabras, desde el derecho racional-formal o «moderno» resulta imperativo impedir la actuación de los comuneros aymaras sobre las aparentes causas de los castigos de la naturaleza —los actos inmorales o de caza prohibidos— y, más bien, se trata de brindar las garantías para que tales actos se continúen realizando dentro de los límites que el mismo derecho moderno ofrece y no el de los comuneros aymaras.

DESDE EL CONCEPTO DE JUSTICIA COMUNAL

Conforme al concepto de Justicia Comunal que esbozáramos en un trabajo anterior (Peña, 1998), podemos afirmar una posición contraria a la percepción del derecho racional-formal o «moderno» antes referido. A través del concepto de Justicia Comunal sí es posible afirmar la aceptación de casos como el de «castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos», en razón a tres aspectos: en primer lugar, porque resulta importante destacar la oposición del concepto de Justicia, que envuelve una aproximación inmediata con Lo Justo, frente al concepto de Derecho; en segundo lugar, porque el concepto de Justicia Comunal nos permite afirmar la propia elaboración del concepto de Lo Justo a nivel de diversos grupos sociales como el de las comunidades aymaras —de ahí su nombre de «Justicia Comunal»—; y en tercer lugar, porque es posible afirmar la existencia de los límites a los derechos fundamentales a partir de la

propia concepción de Lo Justo que el grupo —la comunidad— define, y, en consecuencia, que lo lleva a establecer propios conceptos de Derechos Humanos.

La importancia del uso del concepto de Justicia, frente al uso del concepto de Derecho, puede sustentarse en la sola amplitud del concepto de Justicia. El derecho racional-formal, definido para la sociedad moderna o el Estado-Nación moderno, aparece como el derecho positivizado, plasmado en normas —o precedentes—, procedimientos y escasamente principios, cuya función principal consiste en otorgar «seguridad jurídica» a los miembros de tal sociedad o Estado. El concepto de Justicia, por el contrario, aparece más identificado con los principios que definen un ordenamiento jurídico, y secundariamente con las normas —o precedentes— y los procedimientos. Los principios identifican valores, pero también formas de actuar, y con ellos formas de «seguridad jurídica» flexibles. Pero, hablar de valores puede conducirnos a una cierta generalidad, que a su vez puede involucrar la relativización de los mismos, tornándolos inexistentes. Ante ello, es posible pensar en la «ubicuidad» del concepto de Justicia, identificándolo en conceptos específicos a nivel de los diversos grupos sociales o sociedades, como puede ser la comunidad campesina[3].

Así, al utilizar el término Justicia Comunal estamos hablando de la concepción de Lo Justo a nivel de los principios (valores y formas de actuar) principalmente, y las normas y procedimientos del grupo social Comunidad. «Lo Justo» a nivel de la Justicia de cada comunidad, supera «Lo Justo» a nivel del Derecho de la comunidad, que estaría limitada a las normas y procedimientos fundamentalmente. Así, frente al tipo de sanción asumida por los comuneros sobre los miembros «inmorales», la percepción del Derecho Comunal se limitaría a la norma sancionatoria del castigo físico (flagelos) sin adecuarse en el momento más deseado a buscar otras formas sancionatorias. La percepción de la Justicia Comunal, en cambio, aparece como más amplia, y es la que permite validar nuevas formas sancionatorias como la conversión pecuniaria antes citada. Es decir, el Derecho como tal se restringe a un «acuerdo» dado en un momento determinado —la norma principalmente—, en tanto que la Justicia supera el momento dado y puede cambiar conforme al propio ritmo de la sociedad o grupo social en la que se desarrolla.

En segundo lugar, la elaboración del concepto de Justicia o de Lo Justo a nivel de cada grupo social como la comunidad, supone una doble interacción: la interacción de los valores que se manifiesta en sus relaciones económicas, sociales y culturales (plano valorativo) que se desarrollan sin la presencia notoria del conflicto; y la interacción de los procedimientos o formas de reinvindicaciones de los valores económicos, sociales y culturales (plano reinvindicativo) a partir de la presencia del conflicto. Así, en la experiencia del castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos, el plano

[3] Para una mayor explicación de este planteamiento puede consultarse el primer capítulo del trabajo antes citado (Peña, 1998).

valorativo del concepto de Justicia puede apreciarse en la sola concepción de los actos «inmorales» o prohibitivos de la caza, como «malos» o contrarias a lo que valorizan por «bueno». Dicha valoración de la Justicia en los comuneros se expresa a través de un conjunto de relaciones culturales, sociales y económicas: culturales, en tanto que hay una creencia o ideología que identifica tal experiencia; social, en tanto permite la reproducción de un orden, una forma de interactuar de sus individuos o subgrupos (familias); y económico, en tanto envuelve la protección de sus recursos vinculados a su sobrevivencia.

De otro lado, el plano reinvindicativo de la Justicia en los comuneros y frente a la misma experiencia del castigo de la naturaleza puede entenderse en la presencia de propias formas de resolución o procedimientos. Así, se ha mencionado cómo es que los comuneros aymaras reaccionan frente al hecho climático suscitado, atacando directamente el hecho en sí, pero también convocando extraordinariamente al conjunto de comuneros para, a través de la «matrona» y el testimonio de los propios comuneros, identificar a los «culpables» de los hechos, y de encontrarlos, proceder a aplicar la sanción que estime la propia comunidad. Se trata de reinvindicar lo que entiende por Justo la propia comunidad, abstraído de sus valores, pero al mismo tiempo sometido a interacción o transformación con el propio actuar del sujeto «culpable» que produjo el conflicto. Es decir, conflicto y valores interactúan, enriqueciendo el propio concepto de Justicia, o Justicia Comunal, frente al caso concreto.

En tercer lugar, el tema de los límites al propio concepto de Justicia Comunal esbozado, se encuentra —como adelantáramos— en la propia concepción de Lo Justo de los comuneros, que los lleva a plantear una propia concepción de Derechos Humanos o Fundamentales. Se trata de comprender el contexto, el grupo y el propio desarrollo de sus valores y reinvindicaciones. Negar tal comprensión es negar propiamente la existencia del grupo social —la comunidad— y con éste el conjunto de conocimientos y relaciones con su medio. En la comprensión del castigo de la naturaleza, los comuneros han entretejido un conjunto de conocimientos (¿tabúes?) que no es producto de una casualidad o la transferencia gratuita de un personaje extraño e interesado, sino que es la expresión de su historia y del conjunto de sus relaciones económicas, sociales, culturales y hasta conflictivas que los identifica. El adulterio, el aborto, el maltrato a la madre, o la caza de vizcachas o patos en el período de siembra o cosecha de sus sembríos, constituyen en sí mismo límites a lo que ellos consideran sus derechos fundamentales o —en términos más amplios— su concepción de Lo Justo.

Esta apreciación de los límites, combina la Justicia de los aymaras con lo sobrenatural y lo divino, lo que resultaría difícil —por no decir imposible— que sea aceptado por la concepción universal de los Derechos Humanos derivado del Derecho Racional-Formal. Lo Divino o Trascendente desbordan los dogmas de la ciencia, la lógica abstracta, cuando se aplican como mecanismos de control social tan o más eficientes que los mecanismos de éstos últimos. Es a través de tal relación que los aymaras pueden enfrentar la «inmoralidad» y proteger sus recursos naturales. Justamente esta última consideración es la que se relaciona al carácter ecológico del acto, que pasamos a reflexionar.

III. REFLEXIONES DESDE LO ECOLÓGICO

Desde un punto de vista ecológico, la comprensión del castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos simboliza una interacción evidente dentro los organismos vivos (comuneros aymaras, animales y plantas) y su ambiente (los componentes químicos y físicos del ambiente inanimado: granizada, helada, lluvia torrencial)[4].

Esto significa que la presencia de una fuerte granizada, de una peligrosa helada o de una torrencial lluvia, puede entenderse en su carácter ecológico por el solo hecho que tales hechos climáticos producen alteración en el medio: los recursos o los organismos vivos se ven afectados; así, el daño a las plantas sembradas, afecta la alimentación del hombre y de los animales. Lo mismo puede ocurrir con la presencia de una peste inesperada sobre los animales de la comunidad, que afecta directamente a las personas que viven de la carne (proteína) de tales animales.

Entendiendo la Ecología como el estudio de ecosistemas, podemos identificar, a su vez, la presencia de más de un ecosistema en la interacción de seres vivos con su medio, a partir de la experiencia del castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos. Un primer ecosistema, puede ser identificado en la relación de los efectos climáticos con las plantas (sembradas y no sembradas) dentro de la comunidad; un segundo ecosistema corresponde a la relación de las plantas con los animales que las requieren para su alimentación (el ganado ovino o vacuno, y las personas, por ejemplo) en la comunidad; un tercer ecosistema está dado por la relación de los mismos hechos climáticos con la reacción que produce en las personas, quienes asumen un particular sistema de control social que opera frente a los actos «inmorales» o contrarios a la caza de vizcachas y patos, por ejemplo. A ellos se suman otros ecosistemas, que no alcanzamos a desarrollar pero que muy bien puede afirmarse su existencia: por ejemplo, los ecosistemas de los microbios y parásitos que habitan en la vegetación y animales, alterados a su vez por los hechos climáticos; el ecosistema regional de abastecimientos de recursos a los mercados de Puno o Arequipa, afectados por la disminución de recursos en las comunidades aymaras, etc.

El conjunto de estos ecosistemas configuran en importancia el carácter ecológico de la experiencia aymara del castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos. David Sutton y Paul Harmon (1977), justamente coinciden en destacar la importancia capital del estudio de ecosistemas para la comprensión más precisa del concepto de ecología. Ciertamente nuestro propósito no consiste en estudiar propiamente los ecosistemas relacionados a la experiencia aymara, aunque si mostrar sus interacciones o efectos a partir del análisis de la propia experiencia y su análisis ritual tal como Roy Rappaport refiere para los Tsembaga de Nueva Guinea (1987).

Una muestra evidente del carácter interactuante de los ecosistemas puede apreciarse en una descripción literal de los acontecimientos. La experiencia del castigo de la

[4] Definición de ecología asumida de Sutton y Harmon (1977:25).

naturaleza aymara puede mostrarnos abiertamente como el conjunto de ecosistemas interactúan, se enriquecen mutuamente, y también se ven afectados y hasta extinguidos recíprocamente. Así, ante la granizada inesperada que afecta el sembrío, se ve disminuido el ecosistema de las plantas de la comunidad, particularmente la que fue objeto de sembrío para alimentación de los animales (avena, cebada) o de los propios comuneros aymaras (quínua, papa, habas, etc.) y con ello se afectan los ecosistemas de estos últimos. El hecho climático también produce reacción a nivel del ecosistema humano de los aymaras, al propiciar la puesta en funcionamiento del sistema de control social de la comunidad y con ello la represión de los actos «inmorales» y prohibidos. Esto último se presenta en forma muy coincidente al concepto de Justicia antes desarrollado y de vital importancia para la propia subsistencia del grupo social —la comunidad— en su sentido cultural, social y económico, al que se suma el sentido ecológico.

De otro lado, un análisis más complejo de estas interacciones nos lo permite ver el análisis de Rappaport (1987) sobre el estudio del ciclo ritual de los Tsembaga[5]. A partir de dicho estudio, Rappaport desarrolla el carácter ecológico o las interacciones de ecosistemas dentro del grupo de estudio. A continuación referimos las líneas principales de su análisis y lo comparamos con un análisis de la experiencia del castigo de la naturaleza de los aymaras.

El ciclo ritual de los Tsembagas, conforme al estudio de Roy Rappaport, se ve identificado por dos momentos importantes denominados el *kaiko* (fiesta del cerdo que supone matanzas masivas de tales animales) y la plantación del *rumbim* (pequeños árboles arbustos cuya plantación define subterritorialidad). Tal ciclo ritual es identificado con la conservación de sus medio ambiente (no degradado), la limitación de los conflictos bélicos a frecuencias que no ponen en peligro la existencia de la población de la región, que ajusta las relaciones hombre-tierra, facilita el comercio, distribuye los excedentes locales de cerdos en forma de carne entre toda la población y garantiza a la población humana una proteína de alta calidad cuando más la necesita (Rappaport, 1987:243).

En forma semejante hemos apreciado en los aymaras cómo el castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos constituye un ritual que convoca a la multitud de comuneros para afirmar un orden de valores, y dentro de éste poner fin a determinados conflictos «inmorales» o contrarios al contexto ecológico de la región (caza de vizcachas o patos). Asimismo, la experiencia de los aymaras puede mostrar como ajusta las relaciones hombre-comunidad, facilita la conservación de los sembríos o plantas por cosechar, redistribuyendo los recursos de quien resultare «culpable» a favor de quienes se han visto afectados por los hechos de la naturaleza y puede llegar a garantizar —en momentos difíciles y cuando no se ubican a «culpables»— el uso de recursos y bienes desde diferentes posiciones —llamada de atención a todos los comuneros— para continuar desarrollando la vida al interior de la comunidad.

[5] Los Tsembaga, a la fecha del trabajo de campo de Rappaport (1962-1963) constituía un grupo humano de 200 individuos de lengua maring, que habitaba en el distrito de Madang, en el territorio de Nueva Guinea, administrado por Australia.

LA FUNCION HOMEOSTÁTICA

Un aspecto específico de análisis que hace Rappaport (1987) de su experiencia de Nueva Guinea, es el referido a la función homeostática del ritual de los Tsembaga, que en nuestra opinión tiene un desarrollo semejante al ritual del castigo de la naturaleza de los aymaras del Sur Andino. Rappaport considera que los rituales poseen virtudes peculiares que los hacen adecuados para funcionar como **homeostatos** y **transductores**.

El funcionamiento del ritual como transductor, es definido por Rappaport en su semejanza a los termostatos[6]. Señala que, al igual que los termostatos, los rituales presentan un aspecto binario: del mismo modo que los termostatos se apagan y se encienden, afectando a la cantidad de calor producida por el horno y a la temperatura del medio, también los rituales de los Tsembaga se inician y se completan, afectando al tamaño de la piara (de cerdos), a la cantidad de tierra cultivada, a la cantidad de trabajo empleada, a la frecuencia de las guerras y a otros componentes del sistema. En el mismo sentido, el ritual del castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos, se inicia y se completa a manera de un termostato, afectando la relación de los comuneros con su medio, produciendo una redistribución de recursos desde los «culpables» a favor de las víctimas de los castigos de la naturaleza, llamando la atención a los «culpables» y a los futuros «culpables» de actos «inmorales». El ritual se enciende a través de hechos aparentemente ajenos a la voluntad de los hombres —los hechos climáticos—, y se apaga con la sanción de los «culpables» que restablece la relación armoniosa con el cosmos.

El mero hecho de la realización de un ritual, sigue diciendo Rappaport, debe ser considerado como una señal, que no es otro que el papel de transductor:

> «...Ya que un ritual, en un momento determinado, solamente puede realizarse o no, el hecho de que se realice transmite una información binaria. La información binaria es cualitativa en cuanto es información de tipo «si-no», más que de tipo «más-menos». De todos modos, la ejecución de un ritual puede depender, como lo hacen muchos rituales maring [al que se integran los Tsenbaga], de un complejo conjunto de relaciones cuantitativas entre numerosas variables. *Así, la realización del ritual puede ser una simple representación cualitativa de una información cuantitativa compleja.*» (Rappaport, 1987:254).

Para una mayor explicación de su afirmación, Rappaport refiere el ritual del arrancado del *rumbim*. El hecho de arrancar el *rumbim* transmite sin ambigüedades

[6] El mismo Rappaport refiere que un termostato es básicamente un interruptor que, como respuesta a un cambio concreto en el medio en el que se halla inmerso, «se enciende» o «se apaga» activando o desactivando una fuente de calor. Así, es definido el termostato como una variable bivalente o binaria contraria a otros componentes del sistema que serían variables continuas o polivalentes (1987:253).

una **señal** al interior de la localidad de los Tsembaga: «...el subsistema local ha alcanzado un determinado estado y que, por ello, la población local puede emprender acciones anteriormente prohibidas que probablemente afectarán al subsistema regional» (1987: 255). La ausencia de **ambigüedades** en el mensaje deriva del carácter binario del dispositivo de transducción ritual, que reduce una gran masa compleja de información de tipo «más-menos» a una simple afirmación de tipo «si-no» (Ibídem).

En el mismo sentido, en el caso del castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos, la señal binaria, que sintetiza las ambigüedades, se encuentra en el hecho concreto de los daños producidos por la fuerte granizada, la peligrosa helada, la torrencial lluvia o la peste que ha capturado al ganado. Los solos hechos climáticos pueden producir una enorme información «mas-menos», dependiendo de la apreciación de los daños y de cuantos afectados pudieran haber en la comunidad; sin embargo, sumada la presunción de la comisión de «actos inmorales» que resultan directa o indirectamente conocidos en la comunidad tal información se sintetiza en la variable binaria «si-no». El hecho «grave» de la naturaleza se transforma en una simple afirmación «si-no» que convoca facilmente al conjunto de aymaras de la comunidad para poner fin al conflicto conocido.

De otro lado, el funcionamiento del ritual como homeostato, lleva a Rappaport a discutir el rol de la antropología y los estudios ecológicos para aclarar las causas, tanto como las consecuencias, del comportamiento/racionalización derivado del ritual, las mismas que estima han de buscarse principalmente en las concepciones de los actores. En tal sentido, Rappaport retoma el planteamiento de otros estudios[7] en los que desarrolla el planteamiento de dos modelos de medio ambiente, a los que denomina:

- Modelo «operativo» (u operacional), y
- Modelo «cognitivo» (o *cognized*).

El modelo operativo, dice Rappaport, es el que construye el antropólogo a través de la observación y de la medición de los entes, los acontecimientos, y las relaciones materiales empíricos: «el antropólogo utiliza este modelo para representar, con fines analíticos, el mundo físico del grupo que está estudiando» (1987:257). El modelo cognitivo, de otra parte, es el modelo del medio concebido por la población que actúa en él. Al comparar los dos modelos, Rappaport sostiene lo siguiente:

> «...Ambos modelos se superponen, pero no son idénticos, Aunque muchos de los componentes del mundo físico estarán representados en ambos modelos, el operativo incluirá probablemente elementos materiales, tales como gérmenes de enfermedades y bacterias

[7] Los estudios de su autoría adicionales a los que se refiere Rappaport son dos: «Aspects of man´s influence upon island ecosystems: alteration and control» (1963: Mans´s Place in the Island Ecosystem, F.R. Fosberg, comp. Honolulu, Bishop Museum), y «Ritual regulation of environmental relations among a New Guinea People» (1967: Ethnology, 6, pp. 17-30).

> nutrificantes, que afectan a los actores, pero de los cuales éstos pueden no ser conscientes. En cambio, el modelo cognitivo puede incluir elementos cuya existencia no podrá ser demostrada por medios empíricos, tales como espíritus y otros seres sobre-naturales». (Rappaport, 1987: 257).

Siguiendo la aplicación de ambos modelos sobre el caso del castigo de la naturaleza como consecuencia de actos humanos, podemos distinguir lo siguiente:

DATOS DEL MODELO OPERATIVO

- El modelo operativo puede apreciarse en primer lugar en la realización de los hechos climáticos, como la fuerte granizada, la peligrosa helada o la torrencial lluvia, así como en la constatación de la peste del ganado.
- El modelo operativo también puede apreciarse en los daños sobre los sembríos o del producto por cosechar, o el daño sobre el ganado de los comuneros. Se aprecia, que se afectan varios ecosistemas de la comunidad y con estos el propio ecosistema humano.
- Un hecho adicional del modelo operativo puede constatarse en la expropiación de los bienes de él o los «culpables» de la comunidad, no afectados por los hechos de la naturaleza, para redistribuirlos en las familias afectadas.
- Se puede sumar también dentro del modelo cognitivo, la presencia de todo un sistema de resolución al conflicto que entienden iniciado: desde órganos de resolución, procedimientos y formas de sanciones o acuerdos sobre los «culpables».

DATOS DEL MODELO COGNITIVO

- El modelo cognitivo resalta, en primer lugar, el entendimiento de los hechos de la naturaleza como actos de castigos, provenientes de la deidad «madre naturaleza».
- Un segundo aspecto del modelo cognitivo está dado por la consideración de la conexión de tales hechos de la naturaleza con los actos «inmorales» o prohibidos que son cometidos o transgredidos por determinadas personas de la comunidad. En suma, se trata de considerar que estos actos humanos producen la ira de la deidad de la naturaleza, que a su vez envía a los demonios climáticos para controlarlos.
- Un aspecto adicional del modelo cognitivo de los aymaras está dado por la posibilidad de poner freno a posibles hechos climáticos a través de la sanción, luego de identificar a los «culpables» de los actos «inmorales» o prohibidos en la comunidad. Es decir, el creer que es posible volver a la relación armoniosa con la naturaleza.
- Asimismo, se puede comprender dentro del modelo cognitivo, la consideración general (regla de prevención general) en la actitud y pensamiento de los comuneros aymaras de prever la comisión de actos inmorales o prohibidos con el objeto de evitar que se produzcan hechos climáticos con efectos calamitosos.

Como puede apreciarse, los datos del modelo operativo tienen plena validez científico, y retomando la reflexión desde «Lo Jurídico», podemos decir que coinciden con la apreciación lógico-dogmático del Derecho Racional-Formal antes presentado. Los hechos en sí, del clima, de los daños de los sembríos, de la sanción aplicada al o los «culpables», como del procedimiento de resolución aplicable para identificar a éstos, tienen una explicación empírica y lógica que sigue el modelo operativo de Rappaport.

En el mismo sentido, los datos del modelo cognitivo de los aymaras, tienen plena validez dentro del concepto de Justicia Comunal que hemos desarrollado. La identificación de la naturaleza como deidad, la relación de los «actos inmorales» con la insatisfacción de la naturaleza, la necesidad de sancionar los «actos inmorales» para volver a la armonía con la madre naturaleza, como la prevención general de no cometer actos inmorales para evitar daños desde la naturaleza, solo pueden ser comprendidos, manejados y valorizados por los comuneros aymaras que encuentran en tales identificaciones su apreciación de Lo Justo. A través de tal conocimiento, los aymaras entienden que pueden controlar su orden, en términos físicos y cosmogónicos, como el propio manejo y redistribución de sus recursos.

En suma, podemos apreciar que lo ecológico, dentro del sentido cognitivo de los aymaras, tiene estrecha relación con la Justicia, puesta de manifiesto en su sentido comunal.

CONCLUSIÓN

Los castigos de la naturaleza constituyen actos de Justicia y actos Ecológicos que superan la simple referencia de un derecho racional-formal (positivo) en términos modernos y los conocimientos empíricos de un modelo operativo.

El hecho del castigo de la naturaleza, como consecuencia de actos humanos es ante todo la expresión de un acto de Justicia, en el más amplio sentido de Lo Justo, que interrelaciona a los aymaras del Sur Andino con la deidad Naturaleza y que valora y reinvindica la prohibición de «actos inmorales» o contrarios al contexto geográfico de la comunidad (caza de patos o vizcachas). Pero tal contenido, al mismo tiempo, significa el reconocimiento de un acto Ecológico, que integra el estudio de ecosistema a partir del conocimiento del actor aymara con su medio, con la deidad naturaleza, y que conduce, al mismo tiempo que establece medios de control social frente a los actos inmorales o prohibidos, la redistribución y cuidado de sus recursos.

Hemos podido apreciar que en un momento dado físico —geográfico— y social —intercultural— del conjunto de ecosistemas de la comunidad, se produce una señal binaria traducida en la apreciación —sin ambigüedades— de los hechos climáticos de la naturaleza que lleva a activar el sistema homeostático de la misma comunidad a través de un modelo cognitivo que solo resulta conocido y manejado por el aymara del Sur Andino y que involucra su concepción de Lo Justo.

Fuentes Documentales

PEÑA JUMPA, Antonio.*Justicia Comunal en los Andes del Perú, el Caso de Calahuyo*. Lima, PUCP. 1998.

RAPPAPORT, Roy A. *Cerdos para los Antepasados. El ritual en la Ecología de un Pueblo en Nueva Guinea*. México, Siglo XXI Editores. 1987.

SUTTON, David B., y HARMON, N. Paul. *Fundamentos de Ecología*. México, Editorial Limusa. 1977.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica. 1969.

II. Tutela ambiental

Presupuestos para la delimitación de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal *

Dino Carlos Caro Coria **[1]

I

§1. Las definiciones negativas han gozado pocas veces de un juicio favorable en la dogmática penal, pues sus resultados difícilmente satisfacen la necesidad de certeza científica. Sin embargo, este método ha sido aceptado en algunas ocasiones por la complejidad del objeto de estudio, p.e. en la delimitación de la culpabilidad, tras el decaimiento del «dogma del libre albedrío»[2], o en la definición material del bien jurídico-penal[3]. En este último caso, un sector de la doctrina es escéptico frente a la posibilidad de erigir criterios positivos para definir penalmente el bien jurídico[4] y, en todo caso, no

* Esta contribución fue concluida en el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau-Alemania, en noviembre de 1997, y sirvió de base para la ponencia presentada en la Universidad de Ibagué-Colombia en diciembre del mismo año.

** Licenciado en Derecho por la PUCP y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca-España. Becario Mutis 1995-1998 de la Agencia Española de Cooperación Internacional en el Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, con la codirección del Rector y Catedrático Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y de la Profesora Laura Zúñiga Rodríguez. Profesor de Derecho Penal de la PUCP.

1 *Abreviaturas*: AT (Allgemeiner Teil). CE (Constitución española de 1978). CP (Código Penal español de 1995). DP (Derecho Penal). p.e. (por ejemplo). PE (Parte Especial). PG (Parte General). SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial —España—). StGB (Strafgesetzbuch —Código Penal alemán—). STS (Sentencia del Tribunal Supremo español). trCP (Texto Refundido del Código Penal español —derogado—). Revistas: ADPCP (Anuario de DP y Ciencias Penales). AP (Actualidad Penal). BIMJ (Boletín Informativo del Ministerio de Justicia). CPC (Cuadernos de Política Criminal). DoP (Doctrina Penal). EPC (Estudios Penales y Criminológicos). JA (Juristische Arbeitsblätter). JPD (Jueces para la Democracia). LIP (L'Indice Penale). NJW (Neue Juristische Wochenschrift). NPP (Nuevo Pensamiento Penal). PCP80 (Proyecto de Código Penal español de 1980). PJ (Poder Judicial). RFDUCM (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid). RIDP (Revue International de Droit Penal). RIDPP (Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale). ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft).

2 Vid. por todos, GIMBERNAT ORDEIG. «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?». En: Estudios de DP. 3ª ed. Madrid; Tecnos 1990, pp. 140ss.

3 CARO CORIA. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs». En: Thémis. Nº 35. (1997) pp. 137ss.

4 STRATENWERTH. DP. PG I. El hecho punible. Madrid; Edersa 1982, pp. 3-4. Por su parte, en el específico sector de los bienes colectivos, PORTILLA CONTRERAS. «Principio de intervención

reina acuerdo en la valoración de los que se han propuesto[5]. De tal forma, mantiene plena vigencia la afirmación de Rudolphi: «a pesar de sus 130 años de historia»—*hoy más de 160*—, desde su creación por Birnbaum en 1834[6], el bien jurídico constituye uno de los conceptos que aún presentan una considerable falta de claridad[7].

Ahora bien, pese a las dificultades para concretar dicho concepto, la dogmática debe renunciar a la línea de las definiciones negativas[8], pues si bien aportan algunos indicios para delimitar el objeto protegible en sede penal, no logran precisarlo plenamente. Ello es común en el terreno de los bienes jurídicos colectivos, donde se observa un importante déficit de «*lex certa*»[9] que puede tolerar la incriminación de conductas únicamente lesivas para valores espirituales, meras funciones o ámbitos de autoorganización. Por contra, el DP, manteniendo su esencia de «Magna Carta del delincuente»[10], debe persistir en el deseo de arribar a una definición positiva de bien jurídico-penal.

§2. Este punto de partida es mayoritariamente defendido en la determinación del bien jurídico protegido por los delitos ambientales[11]. Frente a un minoritario sector doctrinal que mira con recelos la eficacia de la pena[12], aunque sin proponer la renuncia a ésta[13]

mínima y bienes jurídicos colectivos». En: CPC. Nº 39. (1989) pp. 726 y 735, niega la valía de los conceptos previos de carácter genérico y apuesta por un procedimiento negativo, desde el DP mínimo, en la determinación del concepto de bien jurídico-penal.

5 ÁLVAREZ GARCÍA. «Bien jurídico y Constitución». En: CPC. Nº 43. (1991) p. 5. ROXIN. «El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo». En: DoP. (1979) p. 509.

6 BIRNBAUM. «Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung». En: Archiv des Criminalrechts. Nueva ed. T 15. (1834) pp. 149ss.

7 RUDOLPHI. «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico». En: NPP. (1975) p. 329.

8 Es decir lo que no es bien jurídico: no inconstitucionalidad, no creencias o programas morales, éticos, políticos o religiosos, no funciones o unidades de función.

9 CARO CORIA. «Bienes jurídicos colectivos en la «sociedad de riesgo» y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo». En: II Congreso Internacional de DP. Lima; PUCP 1997, II/5ss. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid; FDUCM/CEJ 1993, p. 221. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid; FDUCM 1994, pp. 299ss.

10 En palabras de VON LISZT. «Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts». En: Strafrechtliche. Aufsätze und Vorträge. T 2º. Berlin; Guttentag Verlagsbuchhandlung 1905, p. 80.

11 CARO CORIA. La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal. Inédito. Salamanca 1997, pp. 200ss.

12 Como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. «El medio ambiente como bien jurídico tutelado». En: El delito ecológico. Madrid; Trotta 1992, p. 41, en el actual momento histórico se entiende como obvia la necesidad de proteger jurídicamente el ambiente, aunque se registran diferencias en cuanto al contenido concreto de este interés, como en relación al uso del DP y la intensidad de su intervención.

13 En España: BUSTOS RAMÍREZ. «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente». En: Pena y Estado. Nº 1. (1991) p. 109. HORMAZÁBAL MALARÉE. «Delito ecológico

[14], se acepta casi con unanimidad que la estabilidad del medio natural constituye un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal[15]. En España p.e., el merecimiento se fundamenta en la grave dañosidad social e individual de los comportamientos lesivos del ambiente, en la disposición constitucional que prescribe la utilización del DP (art. 45) en el marco de los Derechos Humanos de Tercera Generación, y en la importancia del entorno para la Unión Europea. A su vez, la necesidad de pena obedece a la ineficacia de los medios no punitivos para controlar determinados eventos dañinos y a la importancia de alcanzar el objetivo de prevención general negativa[16].

Antes bien, persisten criterios doctrinales y legislativos que pretenden delimitar el bien jurídico-penal recurriendo a los «bienes jurídicos del DP clásico»[17], es decir, aquellos intereses individuales y colectivos funcionales a un DP liberal (la vida, la salud individual, el patrimonio, la salud pública o las facultades administrativas)[18]. Pero una tutela basada en este criterio está condenada al fracaso pues los bienes jurídicos clásicos son incapaces de abarcar todos los aspectos ambientales merecedores y necesitados de protección penal. Asimismo, la lesión o la puesta en peligro de estos bienes no puede dar cuenta completamente del contenido de injusto del atentado a la estabilidad del ecosistema.

Esta realidad justifica que la labor de concreción del bien jurídico-penal en los delitos ambientales se realice en dos momentos valorativos: uno negativo y otro positivo. En el presente trabajo se sustenta la inconveniencia de erigir sin autonomía el bien jurídico-penal, o sea, en función de los bienes del DP clásico (II). Igualmente, se quiere evidenciar las principales tendencias hacia la delimitación positiva del objeto de protección (III) y, finalmente, señalar los presupuestos básicos para la formulación de un concepto positivo y autónomo (IV) de la «estabilidad del ecosistema»[19].

y función simbólica del DP». En: El delito ecológico, cit., pp. 58-65. En Alemania: WOLF. «Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico». En: Pena y Estado. Nº 1. (1989) p. 122. En la misma publicación HASSEMER. «DP simbólico y protección de bienes jurídicos», p. 23ss. «Umweltschutz durch Strafrecht?». En: Neue Kriminalpolitik. (1989) pp. 46-49. HEINE. «Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente». En: ADPCP. (1993) p. 290 notas 2-3, pone de relieve el escepticismo de Backes, Albrecht, Mattern, Scheerer, Stangl/Steinert, Hamm, Meinberg, Rüther, a quienes se suman Herzog y Luderssen.

14 Por contra, en otro lugar he sostenido la renuncia a la intervención penal pero limitándome, de modo exclusivo y excluyente, a la realidad del Perú, Vid. CARO CORIA. La protección penal del ambiente. Lima; B,M&U 1995, pp. 229-238, a lo que se ha opuesto FIGUEROA NAVARRO. Recensión. En: Anuario de DP. (Lima 1995) pp. 131ss.

15 En otra oportunidad he defendido la construcción del concepto material de bien jurídico-penal en función de los principios de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit o Strafbedürfnis*), Vid. CARO. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal», cit., pp. 163ss., en igual sentido mi monografía La estabilidad del ecosistema, cit., pp. 154-199.

16 Extensamente, CARO. La estabilidad de ecosistema, cit., pp. 231ss.

17 HASSEMER. «Crisis y características del moderno DP». En: ADPCP. (1993) pp. 636-637.

18 CARO. La protección penal del ambiente, cit., pp. 94ss. HEINE. «Accesoriedad administrativa», cit., pp. 290-292.

19 CARO. La estabilidad del ecosistema, cit., pp. 217ss.

II

§3. Si bien en la doctrina germana[20], itálica[21] y española[22] existe consenso sobre la necesidad de dotar de autonomía a este bien jurídico, ello no era así hasta hace pocos años[23]. En algunos países europeos y de la región latinoamericana subsisten, sin embargo, rezagos legislativos y doctrinales que recurren a los bienes jurídicos de antiguo cuño con el fin de dotar de contenido al entorno natural. Mientras tanto, pese al sentido deseo en el DP europeo de regular autónomamente el objeto de protección, se aprecian diferentes matices que, como se verá seguidamente, son expresión de una previa toma de postura frente al problema ambiental.

[20] KUHLEN. «Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik». En: ZStW. (1993) pp. 697ss. ESER. «La tutela penale dell'Ambiente in Germania». En: LIP. (1989) pp. 236ss. TIEDEMANN. Lecciones de DP económico. Barcelona; PPU 1993, p. 181. DE LA CUESTA ARZAMENDI. «La ley alemana de reforma del StGB para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente». En: CPC. Nº 18. (1982) pp. 651ss. MANZANARES SAMANIEGO. «La protección penal de las aguas, como elemento ecológico en Alemania». En: AP. Vol 1. (1994) p. 295.

[21] ALBAMONTE. Sistema penale ed ambiente. Padova; Cedam 1989, pp. 3ss. PANAGIA. La tutela dell'ambiente naturale nel diritto penale d'impresa. Padova; Cedam 1993, pp. 38ss. DI AMATO. Diritto penale dell'impresa. 2ª ed. Milano; Giuffrè 1992, pp. 338ss. VIOLANTE. «La delinquenza ecologica nel nord/sud del mondo e nel nord/sud d'Italia». En: LIP. (1992) pp. 96ss. BAJNO. «Problemi attuali del diritto penal ambientale». En: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia. Nº 3-4. (1988) pp. 445ss. MARCÓ DEL PONT. «Reflexiones sobre la tutela penal del medio ambiente en Italia». En: Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Nº 13. (1985) pp. 245ss.

[22] RODRÍGUEZ RAMOS. «Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente». En: RIDP. (1977) pp. 279ss. «Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España». En: EPC. Nº V. (1982) pp. 283ss. «Protección penal del ambiente». En: Comentarios a la legislación penal. T I. Madrid; Edersa 1982, pp. 259ss. «Alternativas de la protección penal del medio ambiente». En: CPC. Nº 19. (1983) pp. 133ss. «Delitos contra el medio ambiente». En: Compendio de DP. PE. Madrid; Trivium 1985, pp. 107ss.

[23] En la doctrina española, RODRÍGUEZ R. «Alternativas de la protección», cit., p. 149, puso de manifiesto la existencia de tres opciones legislativas para tutelar el entorno: 1) Defensa de bienes jurídicos ya contemplados en leyes penales no ambientales (vida, salud pública, etc.). 2) Defensa como bien jurídico nuevo y diverso a los anteriores. 3) Soluciones mixtas, defensa del ambiente y de otros bienes jurídicos concurrentes más o menos directamente. En similar sentido se expresó el Informe presentado por el Ministro de Justicia de la RF de Alemania en la 17ª Conferencia Europea de Ministros de Justicia (Estambul, 5-7 de junio de 1990), titulado «Protección del medio ambiente por medio del DP». En: BIMJ. Suplemento del Nº 1569, julio (1990) p. 3092, pues indica que la protección penal del entorno permite «dos enfoques normativos diferentes. Una posibilidad es la creación de delitos adicionales que se estima que ponen en peligro al público en general, haciendo referencia a los objetos de protección legal individuales clásicos, como la vida, la salud o la propiedad (línea seguida por el Nº 3 de la Resolución (77) 28 —*del Consejo de Europa*—). La otra posibilidad es elaborar delitos especiales contra el medio ambiente, que abarquen a entidades medio ambientales independientes o que sirvan sencillamente para apoyar el derecho de la autoridad administrativa a decidir sobre el uso de los instrumentos medioambientales», p. 3092, cursiva entre guiones fuera de texto.

§4. En España[24], hasta hace poco, la legislación penal no protegía el ambiente de manera autónoma. La tutela se limitaba a la protección directa de algunos sectores ambientales[25] y a la que pudiera derivarse de las normas tradicionales del trCP, vinculadas a bienes jurídicos individuales (p.e. la vida o la salud) y/o colectivos (p.e. la salud pública)[26]. Fue la CE de 1978 la que, a través de un mandato expreso de criminalización (Art. 45.3), abrió un nuevo capítulo hacia la autonomía del bien jurídico-penal. Esta se pretendió plasmar posteriormente en el art. 347 bis del derogado Código Penal[27]. La ubicación sistemática, las técnicas de tipificación y las conductas seleccionadas[28] fueron, sin embargo, objeto de profundas críticas[29], dada la incompleta y fragmentaria criminalización que contribuyó a la ineficacia de la norma penal[30].

Hasta antes de la promulgación de la CE de 1978, el común denominador del tratamiento penal consistió en negarle autonomía al bien jurídico ambiental. Sus alcances se definían en función del contenido de los bienes jurídicos tradicionales. Como es evidente, esta opción político criminal descansó en una concepción antisistémica del entorno, es decir, una visión fragmentada y estática que desconoce las interrelaciones existentes entre los diferentes subsistemas naturales (agua, aire, suelos, flora y fauna), y las que se verifican entre éstos y los demás sistemas no naturales (sociocultural, económico, político). Esta forma de comprender el ambiente predominó hasta la década de los sesenta[31], cuando la ciencia empezó a advertir sobre los peligros que encierra el crecimiento económico ignorante de las limitaciones impuestas por el medio natural.

24 También para Alemania, Vid. RUTHER. «Génesis de la norma penal para la protección al medio ambiente». En: CPC. Nº 25. (1985) p. 43.

25 Antes de la CE de 1978, sólo algunos sectores del ambiente gozaban de una tutela penal específica, en virtud de normas especiales tales como la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, la Ley de 31 de diciembre de 1946 sobre Represión de Pesca con Explosivos o Sustancias Venenosas o Corrosivas, la Ley de Energía Nuclear de 29 de abril de 1964 y la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, Vid. VERCHER NOGUERA. Comentarios al delito ecológico. Madrid; Ministerio de Justicia 1986, pp. 27-30, el autor señala que entre 1879 y 1978 se aprecia «una significativa carencia de efectividad de las normas ambientales existentes. Es decir, cumplen, quizá el objetivo inmediato para el cual fueron promulgadas, pero careciendo de la adecuada infraestructura, organización, instituciones ... etc., no cumplen el cometido de proteger al medio ambiente en su conjunto», p. 34.

26 Ibid., p. 35 nota 17, reconoce una indirecta protección penal ambiental según los arts. 347-2; 551-2; 577.3, 4, 6 y 7; 579, 570-2, 3 y 4, y 345 del trCP.

27 Sólo tras cinco años de experiencia constitucional se promulgó en España la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal 8/1983, de 25 de junio, que introdujo el Art. 347 bis para incriminar la contaminación ambiental.

28 VERCHER. Comentarios al delito ecológico, cit., p. 31.

29 RODRÍGUEZ R. «Delitos contra el medio ambiente», cit., p. 109, llegó a plantear la posible inconstitucionalidad por omisión del art. 347 bis. En igual sentido SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA. «El bien jurídico protegido en el delito ecológico». En: CPC. Nº 29. (1986) p. 349.

30 OLMEDO CARDENETE/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. «El mandato constitucional de protección del medio ambiente y su plasmación en el CP de 1995». En: Libro-homenaje al prof. Ruíz-Rico. Madrid; Tecnos 1996, p. 1718.

31 En esos años cobraron importancia los aportes de Rachel Carson y ya en los sesenta las investigaciones de Paul Ehrlich, Vid. RUTHER. «Génesis de la norma penal», cit., pp. 39-40 notas 3 y 4.

§5. En el terreno penal, aun cuando viene imponiéndose la idea de que el bien jurídico ambiental es un sistema con contenido propio, hay quienes en algún momento consideraron innecesario que el DP refleje dichas características. Entre sus defensores se observa una primera orientación que consideraba la protección del entorno en relación con la tutela de intereses individuales tales como la vida humana, la salud individual, o el patrimonio privado[32]. Sin embargo, no reinaba acuerdo respecto a la necesidad de crear nuevos tipos penales que conectaran teleológicamente la tutela ambiental con la dispensada a los bienes privados. Algunos creían suficiente el recurso a los tipos penales existentes que sancionaban el homicidio (doloso o culposo), las lesiones, o los atentados contra el patrimonio individual, es decir, los delitos de daños[33]. Como precisa Rodas Monsalve[34], esta posición es actualmente sustentada por los defensores de la llamada «teoría personal del bien jurídico» de Hassemer[35], según la cual los atentados contra el entorno sólo deben castigarse en tanto vulneren los intereses individuales subyacentes al bien colectivo[36].

Empero, no pasó mucho tiempo para que se advirtiera la insuficiencia de ésta solución. Pues si el DP retrasa su intervención hasta el extremo de exigir que la conducta atentatoria al ambiente ponga en peligro o lesione intereses individuales, sería ineficaz en su función de prevención por la imposibilidad de demostrar las relaciones causales concretas[37], base mínima para la imputación objetiva del resultado. Más aún si científicamente se ha demostrado que los daños individuales directos sólo tienen lugar en el seno de una catástrofe ambiental. Los derrames de petróleo en el mar o el vertido de residuos industriales tóxicos en los ríos, serían impunes mientras no se verifique un perjuicio individual, pese a la dañosidad social de tales eventos. La pena se limitaría en estos casos a cumplir una mera función retributiva. Además, esta concepción sólo es compatible con un modelo extremadamente antropocéntrico y, por ende, opuesta a la orientación antropocéntrica moderada de la CE. Rodas Monsalve ha señalado las dificultades probatorias en la determinación de la intención del agente de vulnerar la salud [38] u otros bienes individuales.

32 Vid. PRATS CANUT. «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el PCP80». En: Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Pérez Vitoria. T II. Barcelona; Bosch 1983, p. 751.

33 Ya RODRÍGUEZ R. «Aproximación a la política criminal», cit., p. 281, a fines de los setenta, era consciente de que los bienes jurídicos «añejos», aunque también atacados por la degradación del medio, «ni agotan ni son el inmediato y principal objeto de protección».

34 RODAS MONSALVE. Protección penal y medio ambiente. Barcelona; PPU 1994, p. 86.

35 HASSEMER. «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico». En: DoP. (1989) pp. 275ss.

36 Contra la «teoría personalista del bien jurídico», sustentada similarmente por Padovani y Terradillos, Vid. CARO. «Bienes jurídicos colectivos», cit., II/6ss.

37 KLEINE-COSACK. Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht. Berlin 1988, pp. 54ss. SAMSON. «Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht». En: ZStW. (1989) pp. 617ss. DE LA CUESTA AGUADO. Causalidad en los delitos contra el medio ambiente. Valencia; Tirant lo Blanch 1995, passim. CARO. «Bienes jurídicos colectivos», cit., II/7.

38 RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., pp. 87-88.

§6. Desde una perspectiva menos privatista y presuntamente superadora de la anterior, otros sectores doctrinales identifican la protección del ambiente con la protección de intereses tradicionalmente tutelados por el sistema penal, pero de naturaleza colectiva (la salud pública, los valores socioeconómicos y las facultades de la administración). Así, un sector de la doctrina española vincula directamente la protección del ambiente con la salud pública[39]. Como destaca Boix Reig dicho sector entiende, asumiendo una perspectiva amplia de la noción de salud pública, que la tutela del ambiente no implica más que la protección de la salud del conjunto de los ciudadanos[40]. Fue esta la opción seguida en el PCP80[41] y en cierta forma en el Art. 347 bis del trCP, que fue ubicado junto a los delitos contra la salud pública[42]. Sin embargo, la distinta mención del ambiente y de la salud pública en la CE (Arts. 45 y 43.1 y 2) obliga a diferenciar ambos bienes jurídicos en el ordenamiento penal[43]. Tarea difícil si se tiene en cuenta que el concepto de salud pública no está plenamente determinado por la doctrina[44].

39 Así HORMAZÁBAL. «Delito ecológico y función simbólica del DP», cit., p. 54. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. «El delito ecológico y la salud pública». En: EPC. Nº XVII. (1994) pp. 72-73, 79, en los delitos ambientales «la referencia a la salud pública es inevitable, habida cuenta que el interés que la comunidad manifiesta por la tutela del medio ambiente nace, precisamente, de su preocupación por disfrutar de su derecho a unas condiciones genéricas de salubridad» p. 72, aunque luego hace la salvedad de que «Tan íntima relación no implica que se identifiquen ambos bienes jurídicos porque si bien es cierto que la protección del medio ambiente nace de esa preocupación por la salud colectiva, no lo es menos que en la sociedad actual el medio ambiente por sí mismo, más que un derecho, ha devenido en sentimiento» p. 73, pero finalmente concluye la citada autora, con cierta incoherencia a mi entender, que «La salud pública es el bien jurídico de obligada referencia en los delitos medioambientales» p. 79.

40 BOIX REIG. «Delitos contra el medio ambiente». En: Vives Antón.(Dir). DP. PE. Valencia; Tirant lo Blanch 1993, p. 374. Así también MUÑOZ CONDE. DP. PE. 10ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1995, p. 507, para quien el ambiente aunque tenga su propia autonomía no es más que una consecuencia de la protección genérica que se dispensa a la salud pública. De ahí que sea preferible una concepción amplia de salud pública, como proponen BOIX, entendiendo por tal «aquel nivel del bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos», o RODRÍGUEZ RAMOS: «conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos».

41 Vid. Arts. 323-325 del PCP80, ubicados en la PE, Título VIII: Delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III: Delitos contra la salud pública.

42 Libro II: Delitos y sus penas. Título V: De la infracción de la leyes sobre inhumanaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general. Cap. II: De los delitos de riesgo en general. Sec 2ª: Delitos contra la salud pública y el medio ambiente. Vid. MORILLAS CUEVA. «La contaminación del medio ambiente como delito». Versión dactilográfica, 1991, p. 18. CARMONA SALGADO. «Los delitos contra el medio ambiente». En: Cobo Del Rosal (Dir). Manual de DP. PE. Vol IV. Madrid; Revista de Derecho Privado 1994, p. 181.

43 MUÑOZ. PE. 10ª, cit., p. 507. En similar perspectiva, PRATS. «Observaciones críticas», cit., p. 753, considera que el PCP80 «desprecia la clasificación de bienes jurídicos» que realiza la CE al diferenciar normativamente la salud pública y el ambiente.

44 PÉREZ ÁLVAREZ. Protección penal del consumidor. Barcelona; Praxis 1991, p. 39.

La noción de salud pública[45] no subordina o incluye la de ambiente natural. Existe por el contrario una relación de interdependencia pues, aunque ambas realidades cuentan con un espacio propio, es innegable la existencia de una zona común entre ambas. Pese a las diferencias respecto a la delimitación conceptual de la salud pública, existen criterios mínimos que la doctrina mayoritaria acepta y Pérez Álvarez concreta en el «conjunto de condiciones que posibilitan o garantizan la salud de todos y cada uno de los miembros de la colectividad»[46]. Como ha puesto en evidencia la ciencia médica, uno de los principales factores o condiciones que afecta positiva o negativamente a la salud pública es el estado del ambiente natural[47]. De su calidad depende no sólo la conservación de los recursos naturales, sino que a través de ellos se protege también la vida y la salud de los seres humanos en general. Interpretación que se corresponde con el carácter moderadamente antropocéntrico de la CE en el Art. 45. Asimismo, la protección de la salud pública implica en algunos casos la tutela de determinados bienes ambientales. Esto se evidencia p.e. cuando los Códigos Penales sancionan como delito contra la salud pública el envenenamiento o adulteración del agua potable con fines de consumo humano.

Sin embargo, aun reconociéndose aspectos comunes entre la salud pública y el ambiente natural[48], mantienen cierto grado de especificidad. Así, la protección de la salud pública, a diferencia de la protección ambiental, está directamente dirigida a mejorar o garantizar la salud colectiva. De allí que las normas penales se orienten teleológicamente a evitar comportamientos que afectan condiciones humanas de salud, tales como la propagación de enfermedades, la contaminación de aguas destinadas al consumo humano o la venta de productos adulterados[49]. Por el contrario, tratándose del ambiente natural ya la propia CE reconoce la posibilidad de protegerlo como fin en sí mismo, lo que autoriza a tutelar su valor estético sin que sea precisa la lesión o puesta en peligro de condiciones humanas individuales (vida, salud) o colectivas (salud pública). Sin embargo, en el terreno penal el merecimiento de pena exige que el bien

45 Para un estudio monográfico de los delitos contra la salud pública en el trCP, Vid. por todos ARENAS RODRIGAÑEZ. Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios. Madrid; Edersa 1992, pp. 95ss. Respecto al CP, DOVAL PAIS. Delitos de fraude alimentario. Pamplona; Aranzadi 1996.

46 PÉREZ. Protección penal del consumidor, cit., p. 74.

47 VAQUERO PUERTA. Salud pública. Madrid; Pirámide 1982, pp. 105ss.

48 En estos casos MUÑOZ. PE. 10ª Ed., cit., p. 507, propuso recurrir a la solución del concurso de leyes, alternativa que considero exagerada porque de modo alguno el ambiente natural constituye una realidad totalmente incluíble en el concepto de salud pública.

49 Vid. p.e. la STS de 23 de abril de 1992 relativa al caso del aceite de colza, Vid. PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia; Tirant lo Blanch 1995. También la STS de 22 de abril de 1987, comentada por CORCOY BIDÁSOLO. «Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública». En: ADPCP. (1989) pp. 331ss.

jurídico-penal contemple la posibilidad de afectación, cuando menos indirecta, para los individuos. Pero dicho perjuicio para los sujetos no sólo ha de entenderse como la sola posibilidad de alterar negativamente la salud pública, sino como la afectación de las condiciones que hacen posible la existencia, conservación y mejora de otros intereses como la salud individual, la vida en el planeta, el patrimonio, el desarrollo de la personalidad, el ocio, etc. Por esa razón el CP criminaliza la contaminación del agua, el aire o los suelos, sin precisar que dichas conductas deban afectar directamente a uno o varios individuos (Art. 325), pues se entiende que el bienestar de éstos últimos deriva inmediatamente de las condiciones ambientalmente favorables, las que trascienden ampliamente el ámbito de la salud pública. Por ende, como expresa Prats Canut, los problemas medioambientales afectan a cuestiones tan diversas, que no pueden circunscribirse tan sólo a problemas sanitarios[50], aunque no puede negarse su estrecha relación con éstos en determinados casos.

§7. Debe también desestimarse la identificación del bien jurídico ambiental con los de naturaleza socioeconómica. Esta era la posición de Bustos Ramírez[51], cuando señalaba que el ambiente «constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos». Opción que han seguido algunos códigos penales sudamericanos, entre los que cabe destacar el de Perú de 1991[52] y el colombiano de 1980[53], sumados a otros

[50] PRATS. «Observaciones críticas», cit., pp. 752-753.

[51] BUSTOS RAMÍREZ. Manual de DP. PE. 1ª Ed. Barcelona; Ariel 1986, p. 352. En la 2ª Ed. de 1991, considera que el bien jurídico se relaciona con la seguridad común o colectiva, p. 260.

[52] El carácter aparentemente autónomo que el Código Penal peruano formalmente le ha dado al bien jurídico, por su ubicación sistemática, ofrece dudas al advertirse la existencia de una discordancia valorativa entre la connotación ecológica que tienen modernamente los delitos ambientales y el carácter socioeconómico que le otorgó la Exposición de Motivos (Vid. *ítem* 13) al señalar que «El medio ambiente constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto al Código Penal». Este criterio de carácter marcadamente antropocéntrico contradice los postulados constitucionales de los textos de 1979 y 1993, que favorecen la tutela de otras formas de vida distintas a la humana. Esta contrariedad declarativa se debe a que el legislador elaboró la Exposición de Motivos, en esta parte, transcribiendo literalmente las ideas de Juan Bustos Ramírez, quien sólo hasta septiembre de 1991 consideró a los delitos ambientales como delitos económicos básicamente. En todo caso, de haberse llevado este criterio hasta sus últimas consecuencias, la ubicación sistemática de estos delitos en el código peruano estaría junto con los delitos económicos tal como se propuso en el Proyecto de septiembre de 1984. Vid. CARO CORIA. «Empresas «trabajando por el Perú» y el delito de contaminación ambiental». En: Derecho & Sociedad. Nº 10. (1995) pp. 234-235.

[53] Título VII: Delitos contra el orden económico y social. Cap. II: de los delitos contra los recursos naturales, Arts. 242-246.

centroamericanos como el de Honduras de 1984[54], los de Cuba de 1979[55] y 1987[56], el del Salvador de 1973[57] y el de Panamá de 1982[58]. Asimismo, siempre que se defienda una concepción amplia de ambiente, podrá sostenerse que el PCP80 se adhirió a esta tendencia, dado que los delitos contra la ordenación territorial fueron regulados en el Título que aglutinó las infracciones contra el orden socioeconómico[59].

La inadmisibilidad de este criterio obedece, en primer término, a que por sí mismo no logra explicar todo el carácter valioso del ambiente para la existencia y desarrollo de la vida humana. Además, su extremo antropocentrismo es contrario, una vez más, a la concepción antropocéntrica moderada de la CE. Una interpretación conforme a la CE implica que no sólo debe protegerse el ambiente en función de las necesidades humanas esenciales, sino también como fin en sí mismo o por su valor estético. La tutela de las formas de vida no humanas (la flora y la fauna), como valores en sí, resulta ajena a toda lectura socioeconómica. De esta manera, el aspecto socioeconómico, aunque fundamental en la relación existente entre el hombre y su medio natural, no agota todos los alcances e importancia que la CE le otorga al último. Finalmente, tanto el derogado art. 347 bis como las normas vigentes del CP impiden, de *lege lata*, entender que el bien jurídico ambiente natural se inserta en el reducido espacio de la protección penal de los bienes jurídicos socioeconómicos. Una revisión de la sistemática adoptada en el CP permite constatar el distanciamiento que ambas realidades ostentan en el terreno legislativo.

§8. Otra de las tentativas por explicar el bien jurídico ambiental, recurriendo a conocidos bienes colectivos, parte de la gran dependencia del DP respecto al administrativo en esta materia (p.e., utilización constante de la técnica de la ley penal en blanco en la tipificación de las conductas delictivas). Desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido no está constituido por los valores ambientales en general, sino por las facultades de la Administración en la ordenación y tutela de esos valores[60]. Como corolario de lo anterior,

54 Título X: Delitos contra la economía, arts. 300-301.

55 Título V: Delitos contra la economía nacional. Caps. XIX-XXIII, Arts. 287-294

56 Título V: Delitos contra la economía nacional. Caps. XV-XVII, Arts. 238-242.

57 Título III: Delitos contra el orden económico. Cap. I: delitos contra la economía nacional. Sec. Segunda: delitos contra la actividad económica pública, Arts. 345-347.

58 Título XII: Delitos contra la economía nacional. Cap. I: delitos contra la seguridad de la economía, Arts. 377-378.

59 Título VIII: Delitos contra el orden socio-económico. Cap. X: delitos contra la ordenación urbanística, Arts. 382-385.

60 DE LA CUESTA ARZAMENDI. «Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente». En: Documentación Jurídica. Nº 37-40. (1983) p. 923, comentando la reforma del StGB en materia penal-ambiental, señala las dudas que plantea la accesoriedad administrativa respecto al verdadero objeto penalmente protegible: los bienes ambientales o las facultades de la Administración. Sobre esta última opción Vid. KUHLEN. «Unweltstrafrecht», cit., p. 705. DOLDE. «Zur Verwaltugsak-

los ilícitos penales que protegen el ambiente no estarían estructurados como tipos de peligro respecto del bien jurídico ambiente, como normalmente se propone, sino como delitos de efectiva lesión del interés institucional de la administración pública en que se cumpla el contenido de sus disposiciones de tutela ambiental[61]. En consecuencia, los delitos ambientales constituirían, por regla general, delitos de obstáculo o delitos donde se tutelan situaciones de peligro estandarizado o violaciones de una obligación funcional (los *Pflichdelikte* de la doctrina alemana)[62].

Esta alternativa es igualmente inaceptable por varias razones. Primero, porque no puede admitirse la identidad entre bien jurídico-penal y vigencia de la norma[63]. Tal confusión conduciría a un funcionalismo extremo en el que la mera dañosidad social determina el objeto jurídico-penal y, por ende, opera como el criterio rector del *ius puniendi*[64]. Segundo, equiparar el delito con la simple infracción administrativa conlleva el riesgo de sobredimensionar la presencia del Derecho administrativo en el control penal, lo que bien puede significar la vulneración de importantes garantías como el principio de proporcionalidad[65]: un mero bien instrumental[66] (el poder administrativo), adquiere mayor relevancia que el entorno natural, realidad cuya protección se pretende[67]

zessorietät von § 327 StGB. Bemerkungen zum Alkem-Urteil des LG Hanau». En: NJW. (1988) p. 2331. En la doctrina italiana un importante sector comprende que el objeto directo de protección penal es el «interés institucional», así: BAJNO. «Contributto allo studio del bene giuridico nel diritto penale accesorio: l'ipotesi urbanistico-ambientale». En: RIDPP. (1979) pp. 143ss., citando a Pagliaro. LAZZARO. «La tutela delle acque nella lege Merli». En: Diritto e ambiente. Parte II. Padua 1987, p. 522. SGUBBI, Filippo. Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale. Bolonia 1990, pp. 17-22. En la doctrina española esta postura es defendida por SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA. «El bien jurídico protegido en el delito ecológico», cit., pp. 346-347, pues indica que «el bien jurídico inmediato ...es el reforzamiento de la actividad administrativa protectora del medio ambiente, convirtiéndose el medio ambiente en sí en un bien jurídico mediato y final, al que el DP otorga protección pero de modo indirecto al no poder hacerlo de otra manera, dada la complejidad de tal misión» p. 347.

61 MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. «Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el PCP92». En: JPD. Nº 16-17. (1992) p. 101, más ampliamente en DP y protección del medio ambiente. Madrid; Colex 1992, pp. 56-60.

62 DE LA MATA BARRANCO. Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Barcelona; Cedecs 1996, p. 58.

63 Identidad que, por contra, defiende JAKOBS. Strafrecht. AT. 2ª ed. Berlin; W. de Gruyter 1991, 2/1-28, hay trad. 2ª ed. Madrid; Marcial Pons 1997. Del mimo, La imputación objetiva en DP. Madrid; Civitas 1996, pp. 89ss. Sociedad, norma y persona en una teoría de un DP funcional. Madrid; Civitas 1996, pp. 15ss. Fundamentos del DP. Buenos Aires; Ad-hoc 1996, passim.

64 Vid. ampliamente CARO. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal», cit., pp. 145ss.

65 MESTRE DELGADO. «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal». En: ADPCP. (1988) pp. 521-522.

66 GRASSO. «L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato». En: RIDPP. (1986) p. 714.

67 FIANDACA/TESITORE. «Diritto penale e tutela dell'ambiente». En: Materiali per una reforma del sistema penale. Milano; Agneli 1984, p. 40. MATEOS. DP y protección del medio ambiente, cit., p. 60.

mediante el ejercicio de dicho poder, de forma que el medio se superpone al fin. Tercero, la garantía de reserva de ley penal, deducida del principio de legalidad, quedaría sin lugar toda vez que si el objeto penalmente protegible son las facultades de la Adminis-tración, habría que entender entonces que, cuando a ella le corresponde definir tales facultades, define a la vez los límites de su autotutela a través de la intervención penal. En esa línea, el Parlamento se limitaría a legitimar formalmente dichos poderes adminis-trativos, mediante una Ley Orgánica que les otorga protección penal[68].

De *lege lata*, es también imposible realizar una lectura del CP en el sentido criticado, pues las normas de naturaleza penal-ambiental no le otorgan a la Administración un cheque en blanco en el sentido de que todas su facultades, sin más, son protegidas penalmente[69]. Más aún, si el legislador se ha preocupado por definir en la ley penal en blanco las conductas incriminadas[70], dejando a la norma extrapenal la determinación de los meros, aunque imprescindibles, aspectos de orden técnico. En consecuencia, como señala Eser, «el DP del ambiente no persigue la mera protección de las normas administrativas y de los fines de gobierno, distribución y organización de los recursos ambientales que las caracterizan, sino de los mismos elementos biológicos que constituyen el «involucro» natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre»[71]. De manera, los tipos de carácter penal-ambiental, bien pueden ser de lesión o de peligro para el bien jurídico entorno natural.

§9. Ante las evidentes insuficiencias e inconvenientes de definir el objeto jurídico-penal recurriendo a los bienes individuales o colectivos de viejo cuño, un sector de la doctrina se inclina por una solución ecléctica. Para ello, desde una supuesta visión global y autónoma, inconvenientemente se concibe el entorno como una realidad omni-comprensiva que aglutina, simultánea y orgánicamente, un conjunto de valores indivi-duales y colectivos[72]. Esta era la concepción adoptada por el Consejo de Europa en su Resolución Nº (77) 28, Acerca de la Contribución del DP a la Protección del Ambiente[73].

68 Similar, HEINE. «DP del medio ambiente. Especial referencia al DP alemán». En: CPC. (1997) p. 53.

69 No obstante, excepcionalmente el legislador ha omitido dotar de lesividad a algunas figuras delic-tivas, como ocurre p.e. en las cualificaciones del delito de contaminación previstas en los literales a-d del Art. 326. No obstante, la doctrina viene realizando esfuerzos interpretativos con el fin de realizar lecturas acordes con el principio de ofensividad. En todo caso, la aparente ausencia de lesividad no constituye la regla en los tipos del nuevo CP, Vid. TERRADILLOS BASOCO (Ed.). DP del medio ambiente. Madrid;Trotta 1997, passim.

70 BOIX REIG/JAREÑO LEAL. «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente». En: Comentarios al CP de 1995. Vol II. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, p. 1595. Antes bien, la instrumentación de los tipos penales en blanco en el CP no está exenta de críticas, en orden al res-peto del principio de determinación, pues aunque el núcleo de las conductas punibles está delimitado, la técnica de las remisiones dinámicas no ofrece certeza respecto a cuales son las normas complemen-tarias no penales.

71 ESER. «La tutela penale dell'ambiente», cit., p. 237.

72 En este sentido se expresa últimamente LERMA GALLEGO. «El delito ecológico». En: CPC. Nº 58. (1996) p. 173, pues afirma que el ambiente constituye «tanto un bien jurídico pluridimensional, en la

En la determinación del contenido de la noción de ambiente natural, esta tendencia recurre a fórmulas generales que son fruto de la integración no armónica de diferentes bienes individuales y/o colectivos. En este sentido se dice que el bien jurídico ambiente es la síntesis de otros como la vida o la salud individual, o que el delito reviste carácter pluriofensivo porque ataca innumerables bienes que el ordenamiento valora positivamente. Sobre tales consideraciones, se crea un «*totum revolotum*» de intereses, de modo que el ambiente se amplía para abarcarlo todo, pero a la vez se reduce a nada porque carece de un sustrato propio[74]. De esta manera, la constatación de que el medio natural se relaciona con múltiples bienes individuales y colectivos, no es razón suficiente

medida en que afecta tanto a los bienes jurídicos individuales del hombre integrados por la vida, la salud, y eventualmente también la libertad y dignidad humanas, como un bien jurídico supraindividual, que alude a las propias condiciones de existencia de la sociedad como tal y del que es titular la colectividad humana. En su virtud, la descripción de las conductas delictivas de agresiones ecológicas, susceptibles de ser incriminadas por la legislación penal deberá tener en cuenta la valoración de ambas categorías de bienes jurídicos: los individuales de la persona y el general de la colectividad». Es también paradigmática la construcción de BELTRÁN BALLESTER. «El delito ecológico». En: PJ. Nº especial IV. (1988), p. 93, para quien el disfrute del ambiente es la síntesis de otros bienes tradicionales que se concretan en la calidad de vida, siendo posible a la vez diferenciar tres clases de bienes jurídicos: 1) el común, que es el protegido por la norma penal-ambiental, es decir el respeto a la ley, 2) el genérico, que es la calidad de vida, y 3) el específico, que es el disfrute del ambiente.

73 Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977, expresa en el Considerando 2º «que resulta necesario proteger la salud de los seres humanos, de los animales y de las plantas», con lo cual vincula directamente el ambiente con la salud pública. Luego, en la Recomendación 3 se indica el «examen de la oportunidad de penar toda acción y omisión culpable (intencional o por negligencia) que suponga una puesta en peligro de la vida o la salud de las personas o de los bienes de gran valor», en: Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico. Bilbao; UPV 1987, pp. 311-312. Vid. VERCHER NOGUERA. «Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente». En: LL. Vol 2. (1991) pp. 1070ss.

74 Por ello prefiero alejarme de la conceptualización del bien jurídico ambiente sustentada por RODRÍGUEZ R. «Presente y futuro», cit., pp. 306-307, quien pese a entender que se trata de «un bien jurídico autónomo que no puede confundirse ni subsumirse en otros» p. 306, señala luego que el «ambiente es la síntesis de otros bienes jurídicos tradicionales consistente en último término en la conservación de los recursos naturales para garantizar a corto plazo la calidad de vida y, a largo plazo, la vida misma» p. 307 , razón por la cual «incluye en su ser aspectos económicos (utilización racional de todos los recursos naturales, que son bienes escasos), de salud pública e individual, de calidad de vida, etc». p. 307. Vid. del mismo, «Delitos contra el medio ambiente», cit., pp. 108-109, donde indica que el ambiente es un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre todos ellos, entidad que tiene por tanto un carácter de síntesis o sincresis de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro. Le sigue MATEOS. «Observaciones críticas», cit., p. 101. Como bien precisa RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., p. 89, RODRÍGUEZ R. aporta un concepto confuso que nace de la identidad entre ambiente natural y la noción de calidad de vida. Asimismo, me alejo también de definiciones como la de MISOL SÁNCHEZ. «Delito ecológico: relaciones administrativo-penales». En: RFDUCM. Nº 75. (1990) p. 590, para quien el ambiente comprende «no sólo la vida

para incluirlo en el primero. Más aún si el propio CP les dispensa una protección específica mediante otras normas[75].

§10. En el esfuerzo por dotar de autonomía al bien jurídico, deben descartarse igualmente las definiciones negativas puras, como la propuesta en la doctrina penal española por Rodríguez Devesa y Serrano Gómez. Para tales autores, en la tarea de precisar los contornos del ambiente ha de procederse necesariamente con criterios residuales. Así consideran que «Pertenecen al medio ambiente, en el sentido de la ley, todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano, siempre y cuando no encuentren una tutela penal específica en otros preceptos del propio Código o leyes penales especiales o cuando se hallen interrelacionados de suerte que esa protección específica no alcance al sistema (al ecosistema), sino sólo a uno de los elementos aisladamente considerado, de manera que dicha protección penal sea insuficiente para garantizar, mediante el cumplimiento por separado de las normas, la preservación o recuperación de elementos vitales para la supervivencia del hombre»[76]. Esta tendencia ha sido escasamente sostenida por la jurisprudencia, como lo evidencia la aislada SAP de Granada, Sección 1ª, de 21 de marzo de 1994[77].

Esta posición no es aceptable por la inconveniencia de su propio instrumento delimitador. El problema que presenta es que adopta un concepto penal intrasistemático, que prescinde de los fundamentos constitucionales que rigen la materia ambiental. Y esto porque la concepción residual es también marcadamente antropocéntrica[78] y por ende opuesta a la CE que sí permite la tutela de formas de vida no humanas. Asimismo,

humana, la salud pública o individual, la riqueza nacional, etc. (bienes ya protegidos desde hace más o menos tiempo), sino que supone un interés mayor. Este comprende a todos aquellos por su mayor nivel de abstracción y generalidad. Cuando garantizamos un bien así, estamos garantizando a la vez todos los anteriormente citados».

75 Como destaca SÁNCHEZ-MIGALLÓN. «El bien jurídico protegido en el delito ecológico», cit., p. 338, «Aunque el bien jurídico sea múltiple y el delito en tal sentido pluriofensivo, el medio ambiente tiene la suficiente entidad como para proceder a la criminalización de las conductas que atentan contra él de modo directo, evitando instrumentar este nuevo bien jurídico para seguir protegiendo otros tradicionales que ya cuentan con protección específica, lo que equivaldría a vaciar este concepto de cualquier contenido nuevo con capacidad para ampliar al campo del derecho ... *(el ambiente)* no es mera síntesis de otros bienes jurídicos tradicionales al tener entidad propia como bien, valor o interés digno de protección en sí mismo por lo que representa para nuestra vida», cursiva entre paréntesis fuera de texto.

76 RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ. DP español. PE. 16ª ed. Madrid; Dykinson 1993, pp. 1105-1106. Les sigue en idéntico sentido: DE VEGA RUÍZ. El delito ecológico. Madrid; Colex 1991, p. 30.

77 Fundamento de derecho 4º, en: AP. Vol 2. (1994) p. 873.

78 PERIS RIERA. Delitos contra el medio ambiente. Universidad de Valencia 1984, p. 29 nota 41. Le sigue RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., p. 83.

le resta autonomía al bien jurídico en la medida que define el ambiente en función de lo no protegido por otras normas del ordenamiento penal, con lo cual no sólo se renuncia a una caracterización positiva sino que además se mantiene un injustificado conformismo frente a la protección de los bienes jurídicos tradicionales, sin reivindicarse, por ende, un terreno propio para el sector penal-ambiental.

§11. Por último, la misma valoración que la concepción residual merece el criterio legalista, que entiende el bien jurídico ambiente como aquel conformado por todos aquellos sectores que el legislador penal ha decidido proteger[79]. Dicho criterio, excesivamente formal e inmanente, renuncia a la posibilidad de construir un concepto de ambiente derivado de la realidad social o de la CE, huyendo además de toda idea material de bien jurídico-penal en orden a criticar la obra del legislador.

III

§12. A pesar de las dificultades que plantea la delimitación del concepto de ambiente, éste no necesariamente es un bien indefinible[80]. Es cierto que se echa de menos la existencia de un concepto operativo y de carácter legal[81]. Ausencia que explica las múltiples acepciones y confusiones sobre la determinación del concepto de ambiente[82], y que en muchos casos crea incertidumbre e inseguridad, según puede apreciarse en la

79 Así, BELTRÁN. «El delito ecológico», cit., p. 93, cuando, comentando la reforma penal de 1983 en materia penal-ambiental, señaló que «el bien jurídico común que el artículo 347 bis protege es el respeto a la ley».

80 MARTÍN MATEO. «El delito ambiental. Reflexiones desde el derecho administrativo». En: Criminología y DP al servicio de la persona. Libro-homenaje al prof. Antonio Beristain. San Sebastián; IVC 1989, p. 810. En contra: MANZANARES SAMANIEGO/ABALCAR LÓPEZ. Código penal. (Comentarios y jurisprudencia). Granada; Comares 1987, p. 730. Por su parte, el Informe titulado «La protección penal del medio ambiente en España», presentado por la Delegación española en la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia de 1990, considera que el medio ambiente es un «concepto jurídico indeterminado», Vid. el texto en: BIMJ. Suplemento del Nº 1569, jul. (1990) p. 3083. Finalmente, es lugar común en la doctrina la referencia de HOHMANN. Das Rechtsgut der Unweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes. Frankfurt am Main 1991, pp. 230 y ss, quien destaca el extendido desacuerdo sobre el concepto pre-penal de ambiente.

81 Debe recordarse que el Proyecto de Ley General del Medio Ambiente de 1979 recogía en el art. 1 una definición comunitaria, es decir como «conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles, que comprenden particularmente a ecosistemas equilibrados bajo la forma que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante ha establecido relaciones directas».

82 GARCÍA MATOS. «El concepto de «medio ambiente» en el ordenamiento jurídico español». En: LL. Vol 4. (1993) pp. 1108ss.

regulación del CP[83]. Frente a esta situación, se impone la tarea de adoptar un concepto de ambiente lo suficientemente útil y operativo en el plano penal, es decir, acorde con los principios de merecimiento y necesidad de pena. Para tal efecto, y como consecuencia de la comprensión del entorno como sistema, debe partirse de la idea mayoritaria y actual de considerarlo como un bien autónomo[84] material y formalmente. Esto ha de concretarse en el uso de especiales técnicas de tipificación, tales como las fórmulas de peligro y normas penales en blanco, así como en los aspectos sistemáticos y terminológicos.

No obstante este consenso, en la doctrina se aprecian diversos enfoques sobre el contenido del ambiente en tanto bien jurídico autónomo. Ya en la interpretación constitucional no existe acuerdo acerca de sí el Art. 45 adopta una noción amplia, estricta o intermedia de entorno. A mi parecer la Carta Magna permite sostener, desde una visión antropocentrista moderada, un concepto intermedio de ambiente, según el cual la protección constitucional recae sobre el entorno natural; es decir, todos los recursos naturales, renovables o no, entre los cuales se hallan tanto el agua, el aire y los suelos, como la flora y la fauna. Los mismos que se interrelacionan dinámicamente[85]. Esta interpretación de la CE deja de lado, por tanto, las concepciones amplia y restringida de ambiente. Sin embargo, estas ideas no cuentan con pacífica aceptación en la ciencia penal española, pues aún se discute sobre la viabilidad de tales concepciones[86].

[83] Vid. la crítica a la configuración del bien jurídico ambiente en el CP que sostienen OLMEDO/ ARÁNGUEZ. «El mandato constitucional», cit., pp. 1719-1722.

[84] SÁNCHEZ-MIGALLÓN. «El bien jurídico protegido en el delito ecológico», cit., p. 341. BOIX. «Delitos contra el medio ambiente», cit., p. 374. MUÑOZ. PE. 10ª, cit., p. 545, para quien la doctrina española es unánime en considerar la autonomía del ambiente como bien jurídico protegido. Por su lado, CONDE-PUMPIDO TOURÓN. «Introducción al delito ecológico». En: El delito ecológico, cit., p. 16, indica que el objeto de protección penal deber ser el bien jurídico «medio ambiente», diferenciable tanto de la salud pública como del orden socio-económico, con sustantividad propia como bien jurídico autónomo. En la obra antes citada, TERRADILLOS BASOCO. «El ilícito ecológico: sanción penal sanción administrativa», pp. 95-96, para quien, la autonomía del ambiente, implica que su tutela no se realice en función del perjuicio para otros bienes que cuentan con una protección penal específica, por lo que se descarta la necesidad de instrumentalizar los valores ecológicos. Un importante matiz lo introduce BUSTOS. «Necesidad de la pena», cit., p. 103, pues entiende el entorno como un bien colectivo o macrosocial, referido al funcionamiento del sistema, por lo que es inferior en jerarquía y se encuentra al servicio de bienes microsociales que constituyen la base del funcionamiento del sistema, es decir la vida y la salud individual. Tales aseveraciones le han costado a Bustos la calificación de doctrina contraria a la autonomía del ambiente, como indica sin acierto DE VICENTE MARTÍNEZ. Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente. Madrid; UCM/MJ 1993, p. 60 nota 10, pues la autonomía de un bien jurídico no depende de la jerarquía que se le otorgue, ni de la relación teleológica que pueda establecerse, entre aquél y otras realidades positivamente valoradas, por lo que al margen de la valía de los argumentos de Bustos, entiendo que la autonomía discutida queda salvaguardada en su pensamiento. Antes bien, sin duda la mayor jerarquía y aislamiento de otros bienes, puede redundar en un aumento de autonomía.

[85] CARO. La estabilidad del ecosistema, cit., pp. 14-25.

[86] RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., pp. 32ss. MATEOS. DP y protección del medio ambiente, cit., pp. 43ss.

§13. Desde una perspectiva global[87], la concepción amplia entiende por «ambiente» todo el entorno que rodea al hombre, adoptando el sentido omnicomprensivo que utilizó inicialmente la Comisión Económica para Europa al definirlo en 1978 como «un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden, particularmente, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas»[88]. De lo expuesto, el ambiente comprende dos sectores claramente identificables y contrapuestos: el ambiente natural (aire, suelo, agua, flora y fauna) y el ambiente artificial, el cual incluye a su vez al ambiente construido por el hombre (edificios, fábricas, vías de comunicación, etc.) y al ambiente social (sistemas sociales, económicos, políticos, culturales)[89].

Contra esta concepción, cabe indicar en primer lugar su incompatibilidad con el concepto intermedio de ambiente que adopta la CE. Lo que determina la falta de merecimiento de pena en aquellos sectores no protegidos constitucionalmente bajo el rótulo de «ambiente», es decir, los bienes pertenecientes al entorno artificial[90]. En segundo lugar, aún cuando efectivamente el concepto amplio pone de relieve la interrelación existente entre todos los factores que condicionan el marco y las condiciones de vida del hombre, resulta poco satisfactorio desde el punto de vista punitivo, pues su propia amplitud hace difícil configurar la protección como bien jurídico autónomo[91]. Y esto en definitiva disminuye las posibilidades de eficacia del control y por ende reduce la necesidad de pena.

§14. Semejantes críticas, aunque ya no por exceso sino por defecto, pueden formularse contra la llamada concepción estricta o restringida defendida por Martín Mateo. Este autor parte de una primera delimitación que consiste en reducir al ambiente a su aspecto físico[92] y luego lo identifica con «los elementos naturales de titularidad

87 Comúnmente adoptada en los pronunciamientos de los organismos internacionales, en opinión de MARTÍN MATEO. «Modernas amenazas contra la salud pública; la contaminación y su control». En: Delitos contra la salud pública. Universidad de Valencia 1977, p. 302.

88 Cit. por MARTÍN MATEO. «El ambiente como objeto de derecho». En: Derecho y medio ambiente. Madrid; Ceotma/Mopu 1981, pp. 21ss.

89 En este sentido amplio: DI FIBIO. Tutela dell'ambiente naturale. Difesa, gestione e sviluppo della natura e del paesaggio. Milán; Pirola 1987, pp. 19-20. Para una visión desde el derecho comparado, Vid. RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., pp. 61-72.

90 Ello no enerva sin embargo la imposibilidad de protección penal fuera de la órbita penal-ambiental, como efectivamente sucede con la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, protegidos en Caps. separados (I y II, Arts. 319-324) de la regulación del medio natural (Caps. III-IV), aunque dentro del mismo Título (XVI) de la PE del CP.

91 CONDE-PUMPIDO. «Introducción al delito ecológico», cit., p. 16.

92 En ese sentido se pronuncia tanto la doctrina administrativa como la penal, Vid. MARTÍN M. «El delito ambiental», cit., p. 812.

común y de características dinámicas». Con ello, reduce toda la problemática ambiental a la tutela del aire y del agua[93] y descarta, en consecuencia, las cuestiones relativas al ambiente artificial y los restantes elementos naturales (suelo, flora y fauna)[94]. Antes bien, dado que es también objeto de las perturbaciones que afectan a los otros medios, posteriormente el citado autor ha considerado el suelo dentro del concepto de ambiente[95].

Ahora bien, una concepción tan estricta y antropocéntrica tampoco garantiza una protección suficiente, pues no agota la totalidad del concepto de «ambiente» recogido en la CE que abarca también el suelo, la fauna y la flora, así como la relación del hombre con dichos elementos[96]. Consecuentemente, descuida sectores que merecen y necesitan protección penal.

§15. En respuesta a los contenidos amplio y estricto del ambiente, se ha propuesto en la doctrina española, italiana y alemana una concepción intermedia, consistente en deducir el contenido del bien jurídico a partir de los preceptos constitucionales y de los fundamentos de la ecología[97]. Esta es la tesis preferida actualmente por la doctrina penal[98] y procesal[99].

93 MARTÍN M. «El ambiente como objeto de derecho», cit., p. 22.

94 En la doctrina penal española defiende esta concepción restringida PRATS CANUT. «El delito ecológico». En: Jornadas sobre el delito ecológico. Versión dactilográfica. Barcelona; DGMA 1989, p. 4.

95 MARTÍN M. «El delito ambiental», cit., p. 813. En igual sentido la STS de 11 de marzo de 1992 (fundamento de derecho 3º) y la STS de 26 de septiembre de 1994 (fundamento de derecho 1º).

96 CONDE-PUMPIDO. «Introducción al delito ecológico», cit., p. 17.

97 RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., p. 84.

98 En España siguen esta tendencia: CONDE-PUMPIDO. «Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales». En: PJ. Nº especial IV. (1988) p. 71. BACIGALUPO ZAPATER. «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente». En: EPC. Nº V. (1982) p. 200. BERDUGO. «El medio ambiente», cit., pp. 46-47. DE LA CUESTA ARZAMENDI. «Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente», cit., p. 880. «Ecología y DP». En: La droga en la sociedad actual. San Sebastián 1985, p. 283. PERIS. Delitos contra el medio ambiente, cit., p. 28. BOIX. «Delitos contra el medio ambiente», cit., p. 375. BOIX/JAREÑO. «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», cit., p. 1593. MUÑOZ CONDE. DP. PE. 11ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, p. 502. QUERALT JIMÉNEZ. «El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma». En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Nº 4, jul-dic. (1994) p. 553. CARMONA. «Los delitos contra el medio ambiente», cit., p. 179. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. «Protección jurídico-penal del medio ambiente». En: Estudios en homenaje al prof. Martín Bernal. Universidad de Murcia 1980, p. 200. DE VICENTE. Responsabilidad penal del funcionario, cit., p. 63. En Italia: NUVOLONE. «La delinquenza ecologica in Italia». En: LIP. (1978) p. 15. LIBERTINI. «La nouva disciplina del danno ambientale e i problemi del diritto dell'ambiente». En Rivista critica del diritto privato. Nº 3. (1987) p. 553. En Alemania: ESER. «Derecho ecológico». En: Revista de Derecho Público. Nº 100-101. (1985), pp. 604-606. «La tutela penale dell'ambiente in Germania», cit., p. 237. TIEDEMANN. Poder económico y delito. Barcelona; Ariel 1985, p. 140. LACKNER. StGB mit Erläuterungen. 18ª ed. München; C.H.Beck 1989, pp. 1330-1337.

99 Vid. por todos GIMENO SENDRA/GARBERÍ LLOBREGAT. «La protección procesal del medio ambiente». En: PJ. Nº 37. (1995) pp. 142-143.

Desde esta perspectiva, casi todos los autores circunscriben la noción de ambiente al ambiente natural (aire, agua, suelo, flora y fauna), dándole un acento antropocentrista moderado que destaca su relación con la vida humana[100]. En esa línea de ideas, debe resaltarse, por su gran acogida en España, el concepto de Bacigalupo, para quien la protección del ambiente consiste en «el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y de la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico[101] se mantenga en sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales»[102].

La trascendencia de esta postura ha quedado reflejada en el XV Congreso Internacional de AIDP de 1994, donde se recomendó que se entienda por «ambiente» la realidad que «engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre estos componentes»[103]. Cabe señalar igualmente que la concepción intermedia ha sido asumida por la Resolución Nº 1, Relativa a la protección del medio ambiente por el

[100] Esta misma orientación es la que desarrolla la Circular Núm. 1/1990, de 26 de septiembre, sobre la Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente, en: ADPCP. (1990) pp. 979ss.

[101] Según Ferrari, por ecosistema debe entenderse «un sistema en el cual organismos vivientes y abióticos interactúan para producir un intercambio de materiales y de energía», cit. por PERIS. Delitos contra el medio ambiente, cit., p. 28 nota 37.

[102] BACIGALUPO. «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», cit., p. 200. Esta misma definición fue acogida en las Jornadas sobre el Medio Ambiente, organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, Vid. PJ. Nº especial IV. (1988) p. 9, conclusión cuarta, *ítem* 4. Asimismo, fue reproducida por la SAP de Barcelona, Sec 3ª, de 20 de feb de 1988, empero, PERIS RIERA. «La primera sentencia por delito ecológico: ¿una resolución histórica?». En: PJ. Nº 11. (1988) pp. 96-97, comentando dicho texto jurisprudencial, señala que los considerandos de una sentencia no es el lugar adecuado para determinar el contenido del ambiente como bien jurídico-penal. Por contra, a favor de la concepción intermedia se pronuncian: la STC 102/95 de 26 de junio (fundamento de derecho 6), la SAP de Zaragoza, Sec 3ª, de 27 de may de 1994 (fundamento de derecho 1º, en: AP. Vol 2. (1994) p. 934), y la SAP de Vizcaya, Sec 3ª, de 9 de febrero de 1995 (fundamento jurídico 2º, en: AP. Vol 1. (1995) p. 353).

[103] XV Congreso Internacional de DP. Río de Janeiro (Brasil) del 4 al 10 de septiembre de 1994. Resoluciones. Sección I: Delitos contra el ambiente. Aplicación de la PG del DP. Recomendación. Principios generales, *ítem* 1. En: RIDP. 66e année -nouvelle série. 1e et 2e trimestres. (1995) p. 75. Este documento se sustenta en una tendencia más ecocentrista, que toma distancia del antropocentrismo moderado sostenido en el XII Congreso Internacional de la AIDP, celebrado en Hamburgo del 16 al 22 de septiembre de 1979, en donde se señaló que «Para una protección eficaz del ambiente es indispensable reconocer, junto a la protección de la vida humana y de la salud, valores como el agua, el aire o el suelo, que constituyen en la actualidad el mínimo a proteger desde la perspectiva penal. Es además preciso mejorar lo antes posible la protección de otros bienes, en especial la flora y la fauna, y luchar contra las vibraciones y ruidos excesivos», Vid. Sección II: La protección penal del ambiente. Recomendación a escala nacional, *ítem* 4, en: Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico, cit., p. 316.

DP, adoptada en la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia celebrada en Estambul del 4 al 8 de junio de 1990[104], cuya recomendación a) explícita la conveniencia de «elaborar una lista de infracciones para prever una protección adecuada, por el DP, del agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora y los elementos del medio ambiente merecedores de protección, así como del hombre en este medio ambiente»[105].

Ahora bien, dentro de esta orientación intermedia es posible apreciar aún diversos matices que se distinguen, a nivel penal, según se asuma una concepción antropocéntrica (moderada o radical) o ecocéntrica[106]. En el Código penal alemán estos matices coexisten en las diversas disposiciones protectoras del ambiente, p.e., en la tipificación de los delitos de contaminación del agua del (§324) se asume una posición marcadamente ecocéntrica[107], mientras que en la contaminación del aire (§325) la orientación seguida es más bien antropocéntrica[108].

IV

§16. Este es, en términos generales, el estado de la cuestión sobre la delimitación del bien jurídico-penal. No obstante, a mi juicio los esfuerzos de concreción merecen mayor proyección en la medida que el entorno natural apenas puede proporcionar el sustrato físico sobre el que se edifica el interés merecedor y necesitado de protección penal[109], dado que no es posible identificar objeto material del delito y bien jurídico-penal[110]. Esta compleja tarea debe abordarse teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales.

104 El Informe de la Delegación española presentado en la Conferencia, bajo el título «La protección penal del medio ambiente en España», cit., p. 3084, adopta también la concepción intermedia de ambiente.

105 BIMJ. Suplemento del Nº 1569, jul. (1990) p. 3124. VERCHER. «Consejo de Europa», cit., pp. 1070ss.

106 RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., pp. 86-88.

107 TIEDEMANN. Lecciones, cit., pp. 181-182. Empero, no debe perderse de vista, como expresa MANZANARES. «La protección penal de las aguas», cit., pp. 295ss., que el bien jurídico protegido en el § 324 del StGB no es el agua como fin en sí mismo, sino como interés de la comunidad, p. 296.

108 TIEDEMANN. Lecciones, p. 182.

109 RODAS. Protección penal y medio ambiente, cit., p. 85.

110 Modernamente se diferencia el objeto material del delito del bien jurídico-penal, por cuanto éste último cuenta con un momento valorativo, perspectiva axiológica determinada por el valor o desvalor de la realidad social protegible, MIR PUIG. «El objeto del delito». En: Enciclopedia Jurídica. T XVII. Barcelona; Seix 1982, p. 765. BUSTOS RAMÍREZ. «Consideraciones en torno al injusto penal». En: Bases críticas de un nuevo DP. Bogotá; Temis 1982, p. 36. LAURENZO COPELLO. El resultado en DP. Valencia; Tirant lo Blanch 1992, pp. 63-104, 140-165. LUZÓN PEÑA. Curso de DP. PG I. Madrid; Universitas 1996, p. 328. STRATENWERTH. PG I, cit., p. 78. JESCHECK. Tratado de DP. PG. Granada; Comares 1993, p. 234.

En primer término, que en el ámbito de los bienes colectivos nos hallamos generalmente ante relaciones de conflicto entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses[111]. Como señala Heine, existe en la mente del legislador un conflicto «entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro»[112]. De este modo, la ponderación del conflicto social presente en torno a la tutela de los intereses colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal[113].

§17. En segundo lugar, es de tener en cuenta la noción del riesgo permitido. Si bien se discute aún sobre su delimitación conceptual, contenido, funciones y autonomía sistemática[114], existe cierta unanimidad en reconocer su utilidad en la resolución de aquellos casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o dañina para el bien se deriva de la consideración de otros intereses. Los mismos que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes[115]. Este argumento, sumado a la consideración del principio de subsidiaridad, fundamenta la accesoriedad del DP. Esto significa que en la concreción de la noción de bien jurídico y en el proceso de tipificación se deben tener en cuenta los criterios fundamentales de la CE, el Derecho administrativo —central, autonómico y local— y el Derecho comunitario, principalmente.

Este conjunto normativo, al establecer los principios generales de la tutela jurídico ambiental y los específicos límites de impacto tolerable, permite realizar un primer acercamiento a la ponderación de los intereses concurrentes, con lo cual señala las bases mínimas para la determinación de los linderos de la protección penal, en particular lo relativo al riesgo ambiental permitido por el DP[116]. Esto de ningún modo significa que el DP se convierta en un apéndice del Derecho administrativo, pues los límites que impone este último deben ser sometidos, a nivel penal, a ulteriores correctivos relacionados con el merecimiento y la necesidad de pena a efecto de determinar el bien jurídico-penal y diferenciarlo del bien jurídico administrativo[117].

[111] PEDRAZZI. «El bien jurídico en los delitos económicos». En: La reforma penal: delitos socioeconómicos. Universidad de Madrid 1985, pp. 282-284.

[112] HEINE. «Accesoriedad administrativa», cit., p. 292.

[113] MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., p. 34.

[114] MAIWALD. «De la capacidad de rendimiento del concepto «riesgo permitido», para la sistemática del DP». Bogotá; Universidad Externado de Colombia 1996, pp. 11ss.

[115] PAREDES CASTAÑÓN. El riesgo permitido en DP. Madrid; MJI 1995, p. 517.

[116] HEINE. «Accesoriedad administrativa», cit., pp. 289ss.

[117] CARO. La estabilidad del ecosistema, cit., pp. 231ss.

Igualmente es fundamental tener presente las características ontológicas del ambiente natural. El hecho de que sea concebible como un sistema dinámico implica reconocer la existencia de mecanismos de retroalimentación o «*feed back*» que permiten la autorregeneración espontánea ante determinados niveles de afección[118]. De plano esta característica hace innecesaria una tutela absoluta del ambiente natural y justifica la exclusión de pena frente a los comportamientos de bagatela, entre otras consecuencias político criminales relevantes.

§18. En tercer término, no puede obviarse que la efectiva lesión o puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos colectivos no reconducibles a individuales, no se realiza muchas veces a través de una mera conducta individual, sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento[119]. Debido a ello, actualmente suele aceptarse el planteamiento de Schünemann sobre la necesidad de recurrir a los llamados «delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado»[120], a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, siendo incierta la determinación del grado de dañosidad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo[121].

Como precisa Rodríguez Montañés: «aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales (*individuales*), sino de proteger *otros bienes* (*colectivos*) cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (...) Siendo así, es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial (*colectivo*) que mediatamente se protege, pues *formalmente estamos ante delitos de lesión* (*respecto del bien intermedio* ...) En cuanto a las exigencias del

[118] KORMONDY. Conceptos de ecología. 4ª Ed. Madrid; Alianza Ed. 1985, pp. 23-24.

[119] RODRÍGUEZ M. Delitos de peligro, cit., pp. 299-301.

[120] SCHÜNEMANN. «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte». En: JA. (1975) p. 798. Asume esta denominación, ROXIN. Strafrecht. AT. T I. 3ª ed. München; C.H. Beck 1997, 11/126. JAKOBS. AT, cit., 6/88, se refiere a los «delitos que lesionan un objeto con función representativa», lo que parece más adecuado al erradicar todo signo de «espiritualismo» del discurso dogmático. En la dogmática española, BUJÁN PÉREZ. DP económico. PG. Valencia; Tirant lo Blanch 1998, pp. 96ss.

[121] Así p.e. en los delitos contra el ambiente natural (Arts. 325 y ss. del CP), no cabe duda que la protección del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema sería inútil si los tipos penales contemplaran directamente la lesión o el peligro de dicho bien, pues tal punto de partida obligaría a criminalizar conductas lo suficientemente graves para ello, es decir las catastróficas (lesión) o las encaminadas hacia tal meta (peligro), lo que sólo se lograría tipificando conductas omnicomprensivas, inciertas o vagas. Como ello no es conveniente político criminalmente, ni desde el punto de vista del principio de legalidad, es necesario tipificar los comportamientos en relación con bienes intermedios, o mejor dicho a través de aquellos objetos que en su interacción permiten la estabilidad del ecosistema: es decir el aire, el agua, los suelos, la flora y la fauna.

tipo subjetivo, es también irrelevante la referencia al bien jurídico (*colectivo*) mediatamente protegido: el dolo o la imprudencia del sujeto han de referirse sólo a los elementos típicos (...) sin necesidad de corrección alguna. Es suficiente con la lesión del objeto o bien «representante» (*o intermedio*) y con que el dolo o la imprudencia se refieran a ella»[122].

§19. Sobre tales presupuestos, es posible delimitar materialmente el objeto de tutela en los delitos ambientales y, desde allí, enfrentar la concepción del «Derecho ambiental como un arma sin municiones, un «tigre de papel» —como dicen los chinos—»[123]. En esa dirección se inscribe, a mi entender, su concreción normativa como la estabilidad del ecosistema[124], planteamiento que amerita un estudio complementario.

[122] RODRÍGUEZ M. Delitos de peligro, cit., pp. 300-301, cursiva entre paréntesis fuera de texto.

[123] WOLF. «Megacriminalidad ecológica», cit.

[124] Ampliamente, CARO CORIA. La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro. Tesis Doctoral. Inédito. Salamanca 1998, Vid. Cuarto Capítulo.

Resolución de conflictos ambientales: nueva perspectiva para el análisis y solución de conflictos

Iván Ormachea Choque

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. Beneficios de la aplicación del marco de análisis de conflictos. Marco de Análisis para Conflictos: I. DESCRIPCIÓN SUMARIA DE LA HISTORIA DEL CONFLICTO Y DEL CONTEXTO. II. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS ACTORES EN CONFLICTO. A) Actores primarios. B) Actores secundarios. C) Actores interesados. III. SÍNTOMAS DEL CONFLICTO. IV. ASUNTOS (PROBLEMAS) CONFLICTIVOS. TIPOLOGÍA. A) Basados en hechos. B.) Basados en intereses. C) Basados en necesidades. D) Basados en valores. E) Basados en la relación. F) Basados en la estructura. Cuestiones finales. VI. RELACIONES DE PODER. VII. DINÁMICA A) Señales de alarma temprana. B) Eventos precipitantes. C) Posicionamiento de los actores. D) Surgimiento, transformación y proliferación de asuntos en conflicto. E) Polarización. F) Espiral de escalada y desescalada. G) Estereotipos e imágenes de espejo. H) Otros factores de impacto en la dinámica del conflicto. VIII. POTENCIAL PARA REGULAR EL CONFLICTO. A) Factores limitativos internos. B) Factores limitativos externos. C) Terceros neutrales o interesados. D) Técnicas de manejo de conflictos. IX. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO. Cuestión final. FUENTES DOCUMENTALES

INTRODUCCIÓN

El conflicto es un fenómeno omnipresente en la historia de la humanidad. Continuamente escuchamos historias sobre personas que «están peleadas», miembros o instituciones de la comunidad que se enfrentan, controversias entre instituciones u organizaciones y tensiones entre países o amplios grupos sociales de un país.

Recientemente, el gran interés y respeto por el medio ambiente ha impulsado un conjunto de iniciativas en favor de la preservación del hábitat natural, la protección de especies en extinción, la formulación de políticas en favor de la supresión de la contaminación ambiental y la creación de un mayor número de zonas ecológicas. Este tipo de acciones se topa a menudo con otros actores que directa o indirectamente afectan estas iniciativas, dándose consecuentemente, el surgimiento de conflictos ambientales.

Con el fin de impulsar un manejo más adecuado de los conflictos, el campo de la Resolución de Conflictos propicia la aplicación de marcos de análisis y medidas que —sustentadas desde una perspectiva interdisciplinaria— posibiliten el manejo adecuado, equitativo y duradero de los conflictos sociales (Kriesberg 1996) y, lógicamente entre ellos los ambientales, para evitar que el enfrentamiento entre actores sociales tenga efectos negativos para los directamente implicados y la comunidad en general.

Una de las maneras de contribuir al mejor manejo y eventual resolución del conflicto se basa en la utilización de un marco de análisis general que nos ayude a analizar las diversas dimensiones del conflicto en un momento y espacio determinado en favor de una resolución adecuada de la controversia.

Con este propósito en mente, el presente artículo se abocará a esbozar un marco teórico para el análisis y resolución de conflictos, que resulta siendo sumamente útil para los conflictos ambientales, y ciertamente para el conflicto social en general. Con el fin de ilustrar la aplicación de este instrumento nos remitiremos a realizar algunos comentarios a partir de diversos conflictos ambientales que están vigentes actualmente en el Perú, aunque con diversos grado de intensidad. Nos referiremos, por lo tanto, al caso Luchetti que al parecer se convertirá en uno de los casos líderes en la problemática ambiental. Adicionalmente, complementaremos este artículo con algunos detalles sobre otros dos casos que merecieron cierta atención de la opinión pública. El primero de ellos el caso Larco Mar y el segundo, el caso Hotel Los Delfines.

Beneficios de la aplicación del marco de análisis de conflictos

El análisis de conflictos no se convierte tan sólo en un ejercicio de purismo académico, las implicancias prácticas que tiene el desagregar los elementos que están presentes en un conflicto son de suma importancia por cuanto el análisis del fenómeno conflictivo:

- Da la oportunidad al analista, tercero interventor (mediador, conciliador, etc.) y a las partes en conflicto de entender los orígenes, naturaleza, dinámica y posibilidades de resolución del conflicto bajo estudio.
- Permite entender el desarrollo del conflicto y las posibles oportunidades de solución que existen en todo conflicto.
- Brinda una visión panorámica inicial de los diversos aspectos del conflicto.
- Ayuda a las partes en conflicto a ubicarse en su propia situación conflictiva y las invita, por un momento, a tomar distancia de su interrelación para observar cómo se han comportado y reaccionado a lo largo del conflicto.
- Provee una herramienta que sistematiza claramente el desarrollo del conflicto, haciendo que este fenómeno sea visto en sus dimensiones reales, rompiendo —de esta forma— con la visión común sobre el conflicto, como proceso confuso, intrincado, complejo y negativo.
- Posibilita la identificación de aquellos aspectos que requieren un mejor tratamiento para fomentar una mejor resolución del conflicto.
- Fomenta el fortalecimiento de ciertos aspectos que harían que el conflicto se vea revitalizado e impulsado hacia una solución productiva.

MARCO DE ANÁLISIS PARA CONFLICTOS

I. Descripción sumaria de la Historia del Conflicto y del Contexto

Un paso inicial para analizar el conflicto exige dar algunos detalles sobre el contexto o situación en la cual se manifiesta el fenómeno. Entre estas características nos encontramos con el contorno geográfico donde se desarrolla el conflicto, la estructura política donde interactúan las partes, la relación entre las mismas, los patrones y redes de comunicación existentes, los mecanismos que tienen las partes para la toma de decisiones, etc. Si bien estos son aspectos que pueden desarrollarse en los conflictos ambientales, estas dimensiones pueden encontrar sus respectivos equivalentes en los conflictos interpersonales y, por cierto, en conflictos de gran escala como los internacionales.

Con posterioridad a la contextualización de la situación conflictiva, es importante centrarse en los orígenes y los más importantes eventos en la evolución del conflicto hasta el momento en el cual se exterioriza el fenómeno. Es decir, del contexto, se da un salto cualitativo hacia la fase de latencia o formación del conflicto hasta el momento inmediatamente anterior al cual el conflicto deviene en manifiesto —la denominada fase del surgimiento del conflicto.

II. La identificación de los actores en conflicto

Aunque aparentemente resulte un ejercicio ocioso —en tanto que los actores o partes en conflicto son aquellos que obviamente están vinculados por una relación conflictiva— uno de los factores menos trabajados o entendidos es el de identificación de los actores en conflicto. En la práctica, sin embargo, la identificación de estos actores resulta un trabajo complejo debido a los diversos problemas que plantea, tales como:

- El diverso grado de actuación de los actores en conflicto.
- El diverso grado de interés de estos actores en el resultado del conflicto.
- La existencia de actores no-monolíticos.
- La existencia de actores colectivos que contienen sub-actores en pugna.
- La presencia o ausencia temporal —movilidad— de los actores de la escena conflictiva.

Los actores en conflicto son aquellas unidades decisionales que están directa o indirectamente involucradas en el conflicto y tienen un interés significativo en su resultado.

Los actores pueden ser clasificados en tres categorías:

A. Actores primarios: partes cuyos objetivos son, o son percibidos por ellos mismos como, incompatibles y que interactúan directamente en la búsqueda de sus respectivos

objetivos. A menudo, y esta es la regla en los conflictos ambientales, las partes en conflicto son organizaciones o grupos; y por tanto, habrá que señalar a aquellas facciones o sub-grupos pertenecientes al grupo que difieren en su grado de participación y compromiso en el conflicto.

A modo de ilustración del tema, en el Caso Luchetti tenemos al Municipio de Lima Metropolitana (MLM) y la empresa Luchetti SA. En cuanto al primer actor, el pleno del Concejo de Lima Metropolitana y la persona del Alcalde de Lima resaltan por demostrar o exteriorizar un mayor grado de participación y compromiso en la problemática que otras dependencias municipales. No en pocas oportunidades se plantean tensiones entre estos dos estamentos.

Un actor primario aunque relegado a un segundo plano es el de los vecinos de la zona (Las Delicias de Villa y otras asociaciones de vecinos) quienes debido a la judicialización del conflicto permanecen en situación casi expectante.

En el caso Larcomar en cambio, la presencia de los vecinos es notoria al organizarse en la Asociación Cívica «Salvemos Miraflores» con el fin de oponerse al Municipio de Miraflores y al consorcio Larco Mar.

B. Actores secundarios: Partes que tienen un interés indirecto en el resultado de la disputa pero que no se sienten directamente involucrados. Generalmente estas partes ayudan moral, militar o económicamente al menos a una de las partes primarias; es decir, se convierten en aliados estratégicos de los actores primarios en conflicto A medida que el conflicto evoluciona, sin embargo, estas partes primarias pueden movilizarse hacia el nivel primario de actuación e inopinadamente oscilar de estatus, convirtiéndose en actor primario o secundario según se desenvuelva el conflicto.

Los grupos ambientalistas generalmente se vinculan con el fin de aunar esfuerzos en pro del logro de sus objetivos. En el caso Luchetti, se nota que los asesores jurídicos del MLM están tendiendo puentes con los grupos ambientalistas , gremios profesionales y la prensa dentro y fuera del país[1].

Ambos actores, en el caso Luchetti, señalan que existen actores «ocultos» que brindan su colaboración a la contraparte. Por el lado del MLM se vocea que existen grupos económicos interesados en afectar a Luchetti para obtener beneficios en el mercado de alimentos manufacturados. Igualmente, se señala que ciertas personalidades e instituciones del gobierno estarían apoyando a Luchetti debido a las rivalidades existentes entre el Alcalde de Lima y el gobierno de turno[2].

[1] El 2 de Febrero de 1988 los abogados del MLM viajan a Santiago de Chile a entrevistarse con los directores del Observatorio Latinoamericanos de Conflictos Ambientales y del Instituto de Ecología Política con sede en Santiago a exponer sobre las irregularidades de Luchetti, para abrir otro frente y captar la cobertura de la Prensa chilena.

[2] Este punto merecería un mayor desarrollo.

C. Actores interesados: aquellas entidades o personas interesadas en la resolución exitosa de un conflicto, entre ellos tenemos a los mediadores, conciliadores o diversas organizaciones que están interesados en fomentar un acuerdo entre las partes. Este tipo de actor no debe confundirse con aquellas personas que sin ser actores primarios o secundarios desean que el conflicto se resuelva por el bien de la comunidad en general. En el caso de los conflictos ambientales, generalmente es la comunidad en general la que mantiene cierta expectativa en favor de una solución satisfactoria.

III. Síntomas del conflicto

En este acápite, se describen las actitudes y comportamientos conflictivos de las partes primarias en el desarrollo del conflicto. En cuanto al comportamiento conflictivo, el analista sistematizará las acciones que —con el fin de lograr que la contraparte modifique o abandone sus objetivos— desarrollaron las partes (Mitchell 1981) hasta el momento en el que se realiza el análisis. Estas acciones pueden ser violentas, no violentas, dentro de un marco institucionalizado —como dentro de un proceso judicial— o fuera de él, etc).

Las marchas de protesta de los vecinos de Lima en contra de la planta de Luchetti y el proyecto Larco Mar son un claro comportamiento conflictivo no-violento fuera de un marco institucionalizado, en el caso Larco Mar la colocación de una cerca alrededor del Parque Salazar —zona donde se realiza el proyecto Larco Mar— es ejemplo de una acto unilateral. La interposición de una acción de amparo, de numerosas medidas cautelares en favor o en contra de la construcción de la fábrica de Luchetti y la denuncia penal por delito contra los recursos naturales contra Luchetti y el Alcalde de Chorrillos por los vecinos del área protegida de los Pantanos de Villa son comportamientos conflictivos dentro de un marco institucionalizado.

Sobre las actitudes conflictivas, se tendrá que identificar aquellos procesos psicológicos que acompañan o exacerban la situación conflictiva (Mitchell 1981) a través de ejemplos y situaciones que afectan a los actores en conflicto. Por ejemplo, los procesos de *victimización* o *racionalización* o *estereotipificación* que son tan comunes en los conflictos prolongados. En el caso Luchetti es notorio el proceso por el cual ambas partes se perciben como actores afectados (victimizados) por las acciones de la contraparte. Luchetti como entidad inversionista chilena, que desea proveer de trabajo a 500 familias peruanas, afectada por antiguos rencores nacionalistas; mientras que el Municipio de Lima se demuestra como «protector» de la única reserva natural de la ciudad de Lima y así evitar un atropello ecológico de envergadura contra los vecinos de la ciudad, etc.

IV. Asuntos (problemas) conflictivos

Normalmente, un conflicto se desarrollará alrededor de uno o más asuntos que surgen de o llevan a una toma de decisión. Cada asunto puede ser visto como un punto de desacuerdo que debe ser resuelto. A los asuntos conflictivos comúnmente se les denomina problemas, o más técnicamente hablando temas o cuestiones conflictivas.

Tipología

Los asuntos pueden ser identificados y agrupados según el factor generador primario en seis categorías:

A. Basados en hechos: El conflicto se basa en un desacuerdo sobre *lo que es*. Es decir, las partes tienen una distinta percepción de la realidad (lo que es). Las fuentes principales del conflicto se encuentran en la parte cognitiva de los actores en conflicto, vale decir, en el juicio y las percepciones.

En el caso Hotel Los Delfines, la discusión central se basa en las dimensiones que debería tener la piscina del lugar donde habitan los delfines en el Hotel Los Delfines de Lima[3].

En el caso Luchetti, existen diversos datos que deben ser tomados en cuenta para un manejo y resolución adecuada de la disputa, estos datos generalmente se encuentran recogidos en los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) en los que debe analizarse los siguientes temas como consecuencia de la construcción de tal fábrica:

- cambios en el régimen hidrobiológico
- alteración del paisaje
- efectos de la iluminación y las emisiones de dióxido de sulfuro.
- el uso de pesticidas u otros preservantes para la conservación de granos,
- eutorfización (una virtual metástasis de algas en el pantano que lo termina ahogando, por disposición de efluentes altos en carborhidratos)
- almacenamiento uso y disposición de insumos químicos
- emisiones de vapor
- almacenamiento de combustibles y lubricantes
- usos del suelo y usos del puerto, y
- el impacto visual

Otros requeridos por las partes

B. Basados en intereses: Los conflictos basados en intereses provienen del desacuerdo sobre la distribución de ciertos recursos escasos. Es decir, la discusión se centra en *quién*

[3] A falta de normativa nacional sobre dimensiones de piscinas para especies acuáticas en cautiverio, los ingenieros de la poza para delfines del Hotel Los Delfines se basaron para su construcción en normas técnicas norteamericanas. Concluidos los trabajos, se promulga la Ley 26585, consignando los aspectos técnicos de pozas para delfines en cautiverio. La reciente ley señala que las dimensiones son superiores a las normas técnicas que se utilizaron en la poza construida.

obtendrá qué cosa o cuál beneficio cuando implícita o explícitamente se debe realizar la distribución de recursos escasos. Estos recursos no tienen porque ser necesariamente bienes tangibles como el dinero, territorio, objetos, alimentos, sino también recursos intangibles como poder, status, imagen, etc.

En el caso Luchetti es evidente que el interés económico de la empresa —aliviar costos de importación de sus productos y afianzar su posición en el mercado peruano entre otros temas— estimula la construcción de la planta de producción en la zona bajo disputa. Por otro lado, en tanto ya se tienen las obras de ingeniería de la planta en una fase avanzada es crucial no perder la cuantiosa inversión realizada por la empresa.

C. Basados en necesidades: Los desacuerdos sobre necesidades son desencuentros relacionados a *qué debe satisfacerse o respetarse* para que cualquier persona o grupo social pueda desarrollarse plenamente. Nos referimos a las necesidades tan vitales como el vestido, alimento, vivienda y a aquellas que sin ser tan obvias representan una necesidad de todo ser humano: el respeto, reconocimiento, autoestima, etc.

D. Basados en valores: Estos conflictos se basan en lo que *debería ser* como un factor determinante de una decisión de política, de una relación o de alguna otra fuente de conflicto. Es decir, el asunto conflictivo basado en valores surge por aquella creencia que determina la posición de uno de los actores en conflicto; un principio o criterio rector que desea introducirse pero que no es tomado en cuenta o es rechazado por la contraparte. Por ejemplo, los abogados que cometan faltas a la ética profesional deben ser sancionados drásticamente, el uso de métodos anticonceptivos no naturales debe ser fomentado por el Estado, sólo los miembros de un grupo étnico pueden aspirar a puestos dentro del aparato político y económico de una nación, sólo los cristianos pueden permanecer en este territorio, etc.

Como podrá apreciar el lector, estos criterios en sí guardan valores personales o grupales trascendentales para los actores en conflicto que quieren mantenerse o imponerse sobre otros individuos o colectividades. Los conflictos étnicos son claros ejemplos donde se manifiestan los asuntos basados en valores.

Los conflictos ambientales son esencialmente conflictos de valores en tanto que uno de los grupos fundamentalmente está guiado por el respeto al medio ambiente y la ecología. Así lo ha manifestado el MLM en el caso Luchetti, los vecinos de la zona cercana a los pantanos de Villa, los vecinos de «Salvemos Miraflores» en el caso Larco Mar y la organización ecologista Cruzada por la Vida en el caso Hotel Los Delfines[4].

E. Basados en la relación: estos asuntos conflictivos derivan del estilo de interacción reinante entre los actores en conflicto, la calidad de la comunicación que mantienen, las

[4] No obstante, si bien una de las partes esgrime como valor superior el «respeto al medio ambiente», la contraparte puede manifestar su adherencia al citado valor aunque no esté de acuerdo con la posición de los pro-ambientalistas.

emociones o percepciones que poseen uno del otro y viceversa. Generalmente, el tipo de relación es accidentada, las emociones y percepciones mutuas son negativas o equívocas lo cual facilita el surgimiento de desacuerdos y conflictos.

F. Basados en la estructura: este tipo de asuntos conflictivos surge por la forma cómo se ha conformado la estructura dentro de la cual interactúan los actores en conflicto, lo cual fomenta desigualdad, asimetría de poderes, falta de equidad, y eventualmente opresión. Por ejemplo, la estructura de una familia fomenta el mayor poder de uno de los cónyuges sobre el otro, la conformación de una sociedad determinada promueve la concentración de la riqueza (dinero, tierra, medios de producción, etc.) en pocas manos, la forma como se ha diseñado las relaciones entre los poderes del Estado facilita la mayor presencia de uno de ellos sobre los demás, o la forma como se negocian las materias primas en el mercado internacional favorece más a compradores que a vendedores o viceversa.

En el caso Luchetti, la insuficiente y desconocida legislación, la instrumentalización de cierta burocracia municipal y el manejo inadecuado del tema ambiental han posibilitado la instalación de fábricas en zonas adyacentes a las reservas ecológicas lo que genera conflictos ambientales.

Cuestiones finales

Al momento de realizar el análisis, el analista deberá precisar si el conflicto se trata sobre uno, algunos o todos los tipos de asuntos en conflicto. Resulta importante, una vez acabado este segmento del marco de trabajo establecer cierta prioridad entre los asuntos identificados en el análisis. Paralelamente, al realizar el análisis deben precisarse claramente las disparidades significativas en cuanto a las percepciones, valores e intereses que motivan a cada parte.

Adicionalmente, se deberá señalar cuál es la definición de los asuntos en conflicto desde la perspectiva de cada uno de los actores en conflicto y desde la perspectiva de terceros. No deberá sorprender al analista que la definición que posean los actores sobre los asuntos conflictivos a menudo no sea la misma, porque justamente esa situación es un factor coadyuvante para el surgimiento y continuación del conflicto.

Finalmente, al completar la identificación de los asuntos en conflicto, el analista deberá tomar una decisión sobre si prefiere trabajar con las definiciones de los asuntos en conflicto que provienen de las partes o de terceros externos al conflicto. Una segunda opción es que trabaje con ambas pero realizando un análisis separado y en paralelo.

V. Relaciones de Poder

Otro factor importante en la resolución del conflicto estriba en las características y relaciones de poder de los actores en conflicto. El analista deberá identificar cuáles son

las relaciones de poder entre las partes primarias y las relaciones de poder entre éstas con las partes secundarias.

Generalmente se piensa que el poder proviene de la tenencia de factores militares, cuando el poder puede provenir de características económicas, sociales, políticas, personales, etc. Por ejemplo, el poder de los actores en conflicto puede provenir del conocimiento ostentado, del acceso a la información, de su presencia, de la seguridad que demuestran, de su elocuencia, de las redes sociales que mantengan, de la imagen que posean, del tipo de liderazgo que tengan las partes, del potencial que tengan para formar coaliciones, etc.

Es importante que al final del análisis se señale si desde la opinión del analista existe una asimetría o simetría de poder en la relación entre los actores primarios del conflicto y evaluar cómo esta situación está afectando la evolución del fenómeno conflictivo.

En el caso Luchetti se nota un constante deseo del MLM de mejorar su nivel de poder creando diversas alianzas con grupos ambientalistas nacionales y extranjeros, uniendo esfuerzos con los vecinos, utilizando los medios de comunicación en favor de su posición para impactar favorablemente en la opinión pública. De esta forma el MLM quiere reducir la asimetría de poder existente debido al favoritismo que ostenta la empresa Luchetti de sectores del gobierno[5].

VI. Dinámica

En este segmento el analista se concentra en describir la dinámica común, aunque no siempre predecible, que manifiesta el fenómeno conflictivo. La identificación de los patrones de cada fase ayuda al interventor a encontrar explicaciones a la forma cómo se ha desarrollado el conflicto propiciando, de esta manera, la resolución del conflicto. Es decir, el fenómeno conflictivo se ve revertido, de un fenómeno intrincado y accidentado a un proceso de regulación o resolución. La dinámica del conflicto evoluciona a través de las siguientes fases:

A. Señales de alarma temprana: En este punto se mencionan algunos eventos o cambios que propiciaron las condiciones esenciales que hacían previsible el surgimiento del conflicto. Por ejemplo, cambios en una estructura —el poder es asumido por un grupo político antidemocrático—, acciones de las partes —la movilización de tropas a la frontera

[5] Según lo ha manifestado el MLM, sus abogados o el Alcalde de Lima, la dación de normas del Congreso que directamente afectan la competencia del MLM en la zona aledaña a los Pantanos de Villa, la tramitación de la acción de amparo por un juez proclive al régimen y ciertas vinculaciones personales entre los constructores de la planta Luchetti con un ministro del gobierno estarían favoreciendo la posición de la empresa Luchetti.

o la adquisición sistemática de armas—, directivas — la aprobación de una ley o reglamento en favor de una política—; etc.

En el caso Hotel Los Delfines, se aprueba la construcción de una piscina para los delfines según las regulaciones internacionales de los Estados Unidos en tanto que no existía regulación nacional alguna que toque este aspecto técnico.

B. Eventos precipitantes: son aquellos hechos que hicieron que el conflicto salga a la superficie. Se convierte en el hecho inicial o incidente —el chispazo— a través del cual el conflicto evoluciona de una fase de latencia a una fase manifiesta.

En el caso Luchetti, la [autorización de la] construcción de las obras en el sector determinado al igual que en el caso Larco Mar lo cual lleva a la movilización de los vecinos.

En el caso Hotel Los Delfines el ingreso de los cetáceos al territorio nacional generó el inicio de la controversia entre CILDE, la ONG ambientalista responsable por estos animales y especializada en el estudio de los mismos, y Cruzada por la Vida, otra ONG ambientalista.

C. Posicionamiento de los actores: en esta fase las partes claramente expresan una opinión oficial y duradera sobre el conflicto —sus posiciones. De esta forma, se exterioriza la incompatibilidad de objetivos entre las partes y se puede anticipar cuál será la respuesta de una parte a acciones y propuestas específicas de solución de su contraparte.

La posición de la empresa Luchetti esgrime que tienen el derecho de realizar sus operaciones en la planta bajo construcción por cuanto cuentan con las autorizaciones que exige la ley.

El Municipio de Lima Metropolitana, en cambio, exige que la empresa Luchetti se retire del área donde ha construido su fábrica por que atenta contra la zona ecológica protegida de los Pantanos de Villa y no ha obtenido los permisos adecuados para la construcción de la planta.

D. Surgimiento, transformación y proliferación de asuntos en conflicto: A medida que el conflicto se desarrolla generalmente los asuntos se modifican, los asuntos específicos se generalizan, los asuntos simples se complejizan, los desacuerdos impersonales se convierten en asuntos personales, etc.

En el caso Luchetti, se empieza a personalizar el conflicto por diversas declaraciones entre los abogados de las partes, entre el Alcalde de Lima, el Alcalde de Chorrillos los representantes de la empresa Luchetti, etc.

El asunto sobre si la construcción de la planta en una zona adyacente a lo pantanos de Villa afectaría esa zona protegida se complejiza al empezar a discutirse los aspectos administrativos de la autorización, el estudio de impacto ambiental en la zona.

La proliferación de diversos procesos judiciales y procedimientos administrativos entre las partes —una acción de amparo, numerosas solicitudes de medidas cautelares,

denuncias penales contra el Alcalde de Chorrillos y la empresa Luchetti, y la denuncia penal ante el Fiscal de la Nación contra el juez que tramita la acción de amparo.

Se presenta el surgimiento de diversos asuntos en conflicto: Luchetti menciona que exigir que su planta de producción no inicie sus operaciones en la zona adyacente a los Pantanos de Villa sería un atentado contra la inversión extranjera, se convertiría en un acto de xenofobia contra inversionistas de nacionalidad chilena e impediría que se brinde empleo a 500 familias peruanas a través de esta actividad.

E. Polarización: con el fin de lograr consistencia interna y formar coaliciones con eventuales aliados, y mientras sus líderes consolidan su liderazgo, los actores en conflicto tienden hacia la bipolarización.

El MLM se ha consolidado como el actor que lidera al grupo que se opone a la construcción de la planta de la empresa Luchetti. Bajo su coordinación se encuentran lo grupos de vecinos de la zona, y grupos ambientalistas. La empresa Luchetti, se encuentra abocada a fortalecer su posición en el ámbito institucional a través de diversos procesos judiciales.

En la actualidad, ambas partes realizan denodados esfuerzos para obtener el respaldo de la opinión pública y la prensa razón por la cual se propagan sendos avisos publicitarios en los medios de comunicación explicando las virtudes de su posición.

F. Espiral de escalada y desescalada: la escalada es un proceso de acción-reacción en la cual cada parte incrementa la hostilidad en contra de su oponente en cada contacto. En cambio, los espirales de desescalada se producen si es que las partes reducen recíproca y paulatinamente las hostilidades y la rigidez de su interacción.

En los tres casos bajo estudio los niveles de tensión se han mantenido dentro del ámbito de la legalidad, sin llegar a hacer uso de acciones unilaterales o la violencia.

G. Estereotipos e imágenes de espejo: Determine si las partes poseen «imágenes de enemigos» o etiquetas que asumen que uno es víctima y el otro victimario. Generalmente cada una de las partes se perciben con características benignas y ejemplares, achacando a la contraparte un conjunto de características negativas. Este proceso estimula rigidez en las posiciones, mala comunicación y malos entendidos entre las partes.

H. Otros factores de impacto en la dinámica del conflicto:

Existen otros factores que pueden estar presentes en el análisis del conflicto:

- Factores internos: por ejemplo, cambios dentro de la conformación de las partes.
- Factores externos: por ejemplo, presiones realizadas por los actores secundarios, etc.
- Intervención de terceros: a través de mecanismos como la mediación, conciliación, fuerzas de seguridad, etc.

VII. Potencial para regular el conflicto:

Para cada situación conflictiva se encuentran recursos para limitar y quizás resolver el conflicto. Este proceso de mapeo muestra estos recursos, aunque de forma preliminar. Ellos pueden incluir:

A. Factores limitativos internos: como valores e intereses en común que tienen las partes en conflicto o los valores intrínsecos de su relación que ninguno desea destruir, o presiones mutuas debido a compromisos múltiples de las partes que limitan el conflicto.

Por ejemplo, tanto Luchetti como el MLM han manifestado su deseo de evitar cualquier afectación al medio ambiente y a los Pantanos de Villa. Además, ambas partes están interesadas en no afectar, sino incentivar la inversión extranjera. Las partes están de acuerdo que se requiere un procedimiento adecuado, con un Estudio de Impacto Ambiental, para la construcción de una fábrica en la zona de la controversia.

B. Factores limitativos externos: como una autoridad mayor que pueda intervenir y forzar un arreglo o un intermediario ajeno al conflicto.

El Estado a través de alguna institución o dependencia podría fomentar una solución a la controversia. Quizás el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) en tanto en su reglamento [de protección ambiental] se norma la participación de la ciudadanía y los pasos a seguir en la presentación de los Estudios de Impacto Ambiental o a través de la contratación de alguna institución especializada en la resolución de conflictos ambientales.

C. Terceros neutrales o interesados: terceros de confianza de las partes en conflicto que puedan facilitar la comunicación, mediar la disputa o localizar recursos financieros para aliviar el problema de escasez.

Por el momento no se avizora la existencia de terceros con estas cualidades para el caso Luchetti.

D. Técnicas de manejo de conflictos: Tanto las conocidas por las partes y terceros como aquellos procedimientos útiles usados en algún otro caso. Desde la mediación y conciliación hasta otros procesos de resolución de conflictos.

VIII. Propuestas de solución al conflicto:

Cada una de las partes y a menudo los observadores o analistas tendrán sugerencias para resolver el conflicto. En los conflictos dentro de un marco de política, las opciones de solución pueden ser nuevas pautas de política. En los conflictos interpersonales, las alternativas de solución pueden concentrarse en cambios en el comportamiento de los actores.

Es importantísimo identificar tantas alternativas de solución posibles como hayan surgido en el conflicto —hacer una lluvia de ideas suele ser muy útil. Estas soluciones deben hacerse visibles a los actores y a los terceros que intervienen. El interventor o analista puede también sugerir nuevas alternativas o combinaciones a aquellas ya identificadas.

Su análisis se enriquecerá si medita sobre las siguientes cuestiones:

- Si las soluciones cambian o no cambian la estructura del conflicto (¿se redefinen los asuntos?, ¿surgen nuevas partes?, etc.)
- ¿Qué valores son afectados por la propuesta? (¿son estos valores materiales/ inmateriales, absolutos/relativos?)
- Hasta qué punto las propuestas son un ejemplo de negociación en paquete o de meras transacciones punto por punto.
- Si la propuesta regula o resuelve el conflicto.

Posibles soluciones barajadas por los actores y el analista:

1. Luchetti deberá obtener la certificación ISO 14000 relativa a la minimización de los efectos ambientales de la planta, presentar una carta bancaria irrevocable que garantizará el cumplimiento de la ordenanza —donde constará este acuerdo— y pagará una multa —debido al inicio de la construcción de la planta sin autorización— cuyo monto se determinará luego del proceso administrativo. Así podrá operar, adicionalmente otra empresa de control de calidad salvo SGS —que realizó a pedido de Luchetti un estudio de impacto ambiental— velará por el cumplimiento del acuerdo[6].
2. El Alcalde de Lima señaló que propondría al Concejo Municipal la creación de una fundación financiada por todas las empresas construidas en esa zona, que efectúe una fiscalización permanente, a fin de evitar posibles irregularidades que afecten a los Pantanos de Villa (Lau & Matos 1997).
3. La empresa Luchetti señala que la perforación de pozos para la extracción de agua del subsuelo no se ejecutará y se dispondrá de agua que provendrá por medio de camiones cisterna y serán desechados vía la red metropolitana de desagües. Igualmente, se equipará la planta con la tecnología suficiente para evitar ruidos molestos, polvos, emanaciones y cualquier alteración de la estética de la zona.

[6] El 16 de diciembre de 1997 se publicó en la prensa escrita un supuesto acuerdo entre el MLM y Luchetti formalizado en una resolución del Concejo de Lima Metropolitana. Posteriormente, el Alcalde de Lima plantea un recurso de reconsideración contra esta resolución, desestimando tal solución.

4. La transferencia de la planta a la zona industrial de Villa El Salvador. Los costos podrán ser amortiguados con algunos beneficios, tales como facilidades de pago de tributos, con el fin de evitar una pérdida económica traumática contra la empresa
5. Permanecer en la zona bajo disputa siempre y cuando el estudio ambiental involucre los criterios de ambas partes y resulte a favor de la construcción de la planta Luchetti. De existir algún aspecto dudoso, la empresa se comprometería a subsanar el problema. Del mismo modo, se debería crear un ente supervisor del cumplimiento de los acuerdos bajo la advertencia que ante cualquier afectación al medio ambiente se exigirá la salida de la planta de producción de la zona. Adicionalmente la empresa Luchetti se compromete a invertir en la expansión de las zonas húmedas de los Pantanos de Villa, con el fin de extender y mantener la zona protegida.

Cuestión final

Hemos plasmado el marco de trabajo general de análisis de conflictos aplicado a los conflictos ambientales. Es importante señalar que este marco de trabajo es compatible con el análisis de conflictos interpersonales, comunitarios, internacionales y cualquier otro tipo que tenga la riqueza suficiente para desagregarlo en sus diversos componentes. En este caso, nuestro propósito apuntaba a la presentación del marco de trabajo, brindando algunos ejemplos sobre los componentes del mismo. En el caso Luchetti, Larco Mar y Hotel Los Delfines corresponderá al analista interesado desarrollar una investigación más exhaustiva para entender los límites y posibilidades de resolución de estos singulares conflictos.

Fuentes Documentales

KRIESBERG, Louis. *Nuevas Aproximaciones a la Resolución de Conflictos* en Revista Desfaçiendo Entuertos: Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Año 3, Número 1 - octubre 1996. Lima: IPRECON. pp. 5-12.

LAU DEZA, Gabriela & Zaret MATOS FERNANDEZ. *Análisis de Conflictos: Caso Luchetti* (mimeo) 1997.

WEHR, PAUL. *Conflict Regulation*, Colorado:Westview 1979

PCRP. University of Uppsala. *Conflict Analysis: Basic Concepts.* (mimeo) 1992

MITCHELL, C.R. *The Structure of International Conflict* NY: Saint Martin's Press 1981

MOORE, Christopher. *Designing Dispute Resolution Systems.* CDR Associates 1995

Revista Peruana *Caretas* julio de 1997 a marzo de 1998. Lima

Diario *El Comercio*, diciembre de 1997 a marzo de 1998. Lima

III. Instrumentos de gestión ambiental

De la sectorialización de la Evaluación de Impacto Ambiental a un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) Experiencia Peruana

Elar Bolaños Llanos

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. 1.1. Generalidades. 1.2. Conceptualización. 1.3. Importancia. 1.4. Presupuestos. 1.5. Requerimientos. II. APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL PERÚ. 2.1. Antecedentes. 2.2. Competencias Sectoriales. 2.2.1. Ministerio de Energía y Minas. 2.2.1.1. Subsector Minería. 2.2.1.2. Subsector Hidrocarburos. 2.2.1.3. Subsector Electricidad. 2.2.2. Sector Pesquería. 2.2.3. Sector Industria Manufacturera. 2.2.4. Sector Agrario. 2.2.5. Sector Transportes y Comunicaciones. 2.2.6. Sector Defensa. 2.2.7. Municipalidad de Lima Metropolitana. 2.3. Procedimientos Administrativos. 2.4. Mecanismos de Revisión y Aprobación. 2.5. Participación Ciudadana. 2.6. Criterios de Protección: Normas Técnicas. III. SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: PROPUESTA NACIONAL. 3.1. Proyecto de Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. 3.1.1. Objetivos de la Ley. 3.1.2. Ambito de la Ley. 3.1.3. Categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental. 3.1.4. Autoridades Competentes. 3.2. Dictamen de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República sobre el Proyecto de Ley del SEIA. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Generalidades

El medio ambiente y sus ecosistemas son sensibles a una serie de impactos, estos pueden ser de origen natural o antropogénico y además pueden ser positivos o negativos. Es incuestionable que los principales impactos al ambiente y sus sistemas de vida provienen de las actividades humanas, convirtiéndose éstas en las mayores fuentes generadoras de impactos negativos. Sin embargo, estas actividades son necesarias para mejorar la calidad de vida de las personas y sería iluso pretender eliminar toda acción directa o indirecta sobre la tierra y sus recursos porque ello permite mantener o mejorar, en la mayoría de casos este aspecto es el que más se requiere, las condiciones de vida de miles de seres humanos.

En este mismo sentido somos conscientes que la tierra y sus recursos no son inconmensurables y que si no practicamos una explotación que respete su capacidad de regeneración y soporte simplemente nos estaríamos condenando a la extinción o, en el mejor de los casos, a condiciones paupérrimas de existencia. Al respecto se ha

discutido mucho desde inicios de la década del 70 sobre cómo el hombre debe enfrentar y manejar las distintas opciones de desarrollo, manteniendo una base de recursos que permitan la continuidad del mismo. En este sentido se han ensayado y aplicado una serie de estrategias, algunas exitosas y otras menos exitosas, con la finalidad de lograr el desarrollo equitativo de todas las poblaciones; se ha hecho un esfuerzo multidisciplinario para enfrentar los problemas ambientales, la perdida de recursos naturales, la destrucción de ecosistemas y un conjunto de problemas que actualmente se ubican en espacios prioritarios de la agenda nacional de muchos países y también de la agenda internacional.

El enfoque que se le ha dado al desarrollo ha evolucionado conjuntamente con la importancia que se le ha dado a la conservación y preservación del medio ambiente y con éste a todos sus componentes. De allí que en 1987 el informe Nuestro Futuro Común recogiera por primera vez de manera oficial el concepto de Desarrollo Sostenible, en torno al cual se llevaría a cabo, en 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

El concepto mismo de desarrollo sostenible se vinculó a la satisfacción de las necesidades del presente, sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades[1]. Sin embargo este acercamiento al concepto de desarrollo sostenible también ha cambiado, recientemente se conceptualiza como un proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección ambiental, de modo de no sobrepasar su capacidad de recuperación ni de absorción de desechos.[2]

De este modo, muchos esfuerzos se han realizado y se vienen ejecutando en procura de una mejor calidad de vida para los seres humanos. Y son precisamente las naciones más adelantadas industrialmente las que constatando el constante deterioro del medio ambiente y su impacto en la salud humana y en la viabilidad de otras especies, las que han tomado medidas para corregir esta situación y para prevenir posibles daños. Estas medidas pueden ser de diferente naturaleza, calidad y capacidad de impacto (cómo influyen para lograr un cambio), pero hay algo en común a ellas y es que pueden ser consideradas *«instrumentos para»*; y, entre ellas, encontramos a las evaluaciones de impacto ambiental.

Retomando lo señalado arriba sobre el establecimiento de instrumentos por parte de los países industrializados, es Estados Unidos de América el primero en desarrollar una legislación importante en el campo de la evaluación de impacto ambiental, a través de la Ley de la Política Ambiental Nacional (NEPA)[3], la cual señala que: *«Todas las*

1 Organización de las Naciones Unidas. Nuestro Futuro Común. «Informe Bruntland». 1987

2 Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Consejo Nacional del Ambiente - Banco Interamericano de Desarrollo. 1999. Lima-Perú. p. 24.

3 National Environmental Policy Act de 1969, en vigencia desde el 1º de enero de 1970.

agencias del Gobierno Federal deberán incluir en cada recomendación o informe sobre propuestas para legislación y otras acciones federales importantes que afecten significativamente la calidad del ambiente humano, una declaración detallada hecha por el oficial responsable sobre el impacto ambiental de la acción propuesta».

Puede señalarse que la Ley de Estados Unidos es la norma básica que ha inspirado el proceso de evaluación de impacto ambiental en los países que lo han acogido en su normatividad interna ahora. En este sentido, en Europa, el primer país en incorporar a su legislación interna la evaluación de impacto ambiental fue Alemania, incorporándola como una circular de trabajo dentro del gobierno en 1971[4], sin tener el carácter de una norma legal. Sin embargo, fue en Francia en donde a través de una ley específica de 1976 se establece como requisito de aprobación administrativa de cualquier actividad la evaluación de su impacto ambiental. Así fueron promulgándose leyes sobre la materia en Holanda, Italia, España, etc; especialmente a raíz de la Directiva de 1985 de la CE denominada *«Act on the implementation of the Council Directive of 27/06/85 on the assessment of the effect of certain public and private projects on the environment».*

En el campo del Derecho Internacional la evaluación de impacto ambiental aparece desde hace muchos años en ciertos tratados internacionales como es el Convenio de Kuwait sobre el Derecho del Mar de 1978, o la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982[5]. Asimismo, la Declaración de Río de 1992 recoge en el Principio 17º la necesidad imperante que en todos los países deberá emprenderse la evaluación de impacto ambiental[6]. Las referencias a las evaluaciones de impacto ambiental no se agotan en el principio 17º citado, sino que además están específicamente mencionadas en los principios 2º, 12º y 19º de esa Declaración.

Latinoamérica también ha incorporado dentro de su legislación interna el mecanismo de evaluación de impacto ambiental. En este proceso, el primer país en regularlo fue Colombia a través de su Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Ambiente, estableciendo la exigencia de la declaración del impacto ambiental y la obtención de licencias para ciertas obras y actividades. Posteriormente, Brasil inspirado por lo dictaminado por la NEPA lo incorpora en 1981, a través de la Ley sobre Política Nacional de Medio Ambiente. En México existían antecedentes desde 1971 en su Ley sobre Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, sin embargo lo incorpora como instrumento de la política ambiental nacional a través de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988. En

[4] Propuesta de Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para los Países de América Latina y el Caribe. En: Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental, Nº4, PNUMA, 1996, p. 12.

[5] Op. Cit., p. 13.

[6] Declaración de Río. Principio 17.
«Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente»

Venezuela el primer antecedente legal data de 1976 y es su Ley Orgánica del Ambiente, la cual fue reglamentada recién en 1991. El resto de países como Paraguay, Uruguay, Chile, Argentina y, entre ellos, el Perú han regulado específicamente este instrumento de gestión ambiental recién en la presente década, con ciertas menciones, poco sistemáticas e incompletas, en normas anteriores.

1.2. Conceptualización

Siguiendo con lo señalado en el apartado anterior podemos manifestar que las evaluaciones de impacto ambiental nacen en los países industrializados, como instrumentos o herramientas metodológicas orientados a buscar una cuantificación sistemática de los efectos que tienen las actividades humanas sobre la calidad del medio ambiente[7].

En este sentido, alcanzar el desarrollo sostenible implica una serie de estrategias, entre ellas una gestión adecuada del medio ambiente y sus recursos. La gestión del medio ambiente para ser eficiente y eficaz hará uso de diferentes instrumentos, entre éstos encontramos a las evaluaciones de impacto ambiental, las cuales pueden ser definidas como instrumentos preventivos de gestión que permiten que las políticas ambientales puedan ser cumplidas y más aún, cuida que ellas se incluyan tempranamente en el proceso de desarrollo y de toma de decisiones. Por ende, se constituye en un sistema de advertencia temprana y en un proceso de análisis continuo para prevenir, mitigar, remediar o compensar efectos indeseables sobre el medio ambiente, que se derivan de las actividades humanas[8].

Sin embargo, las legislaciones de los países no desarrollan una definición unívoca sobre este instrumento. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente conceptualiza la evaluación de impacto ambiental como: *«La determinación previa que, con miras a lograr un desarrollo adecuado y sostenible, se hace de los efectos que una actividad dada que se ha planeado realizar podría tener sobre el medio ambiente, cuando por su alcance, naturaleza y ubicación dicha actividad puede afectarlo considerablemente»*. Asimismo, Raúl Brañes[9] señala que es *«el procedimiento que tiene por objeto evitar o mitigar la generación de efectos ambientales indeseables que serían la consecuencia de obras o actividades humanas, mediante la estimación previa de las modificaciones del ambiente que traería consigo tales obras o actividades»*.

Resumiendo podemos sostener que una evaluación de impacto ambiental puede entenderse como una predicción científica de los cambios probables que una acción de

[7] Op. Cit., p. 18.

[8] Sistema de Evaluación de Impacto ... , p. 21.

[9] BRAÑES, Raúl. Manual de Derecho Ambiental Mexicano, México: Fondo de Cultura Económica, 1994

ejecutarse produciría sobre las características biofísicas y socioeconómicas del medio ambiente considerado en sí mismo o en relación a un grupo humano cualquiera[10].

Por otro lado hay que tener en cuenta que las evaluaciones de impacto ambiental son un instrumento más de la gestión ambiental, la cual para alcanzar sus objetivos requiere ser complementada con otros elementos, como son:

- Educación Ambiental
- Participación Comunitaria
- Investigación Científica y Tecnológica
- Mecanismos de Control y Fiscalización
- Establecimiento de Normas Técnicas (LMP, Estándares de Calidad Ambiental, etc.)
- Sistemas de Información
- Ordenamiento Territorial

La evaluación de impacto ambiental como proceso debe ser entendida como un instrumento de advertencia temprana y un análisis continuo de los impactos ambientales. En este sentido, recogiendo el informe del Consejo Nacional del Ambiente - CONAM sobre el tema, el proceso de evaluación de impacto ambiental debe ser ***sistemático***, es decir que se analicen todas las alternativas posibles que cumplan con el objetivo planteado, que se evalúen todos los recursos implicados y que se consideren todas las medidas de protección; ***reproducible***, para que terceros puedan revisar las predicciones y conclusiones del mismo; ***interdisciplinario***, para que expertos de distintas disciplinas participen según las necesidades de evaluación, y; ***participativo***, para que los distintos actores sociales involucrados e interesados participen en el proceso.

Cabe abundar sobre un aspecto, el que hace referencia a la evaluación de impacto ambiental como proceso y como procedimiento. En relación con esto hay que distinguir este instrumento como tal de los procedimientos administrativos para la consideración de los mismos. La evaluación de impacto ambiental como proceso responde a la naturaleza de la misma, para hacerlo más ilustrativo, responde a las preguntas «*¿Qué es?*» y «*¿Para qué sirve?*», mientras que como procedimiento administrativo debe entenderse al conjunto de mecanismos institucionales por los cuales las personas públicas o privadas someten a la consideración de la autoridad pública y ambiental el Estudio de Impacto Ambiental, y aquélla evalúa y resuelve sobre éste. Para el Derecho Administrativo, la evaluación o estudio de impacto ambiental no es más que un componente del procedimiento, que se complementa necesariamente con la decisión (expresión de voluntad pública) sobre la conveniencia o no de la acción propuesta desde el punto de vista ambiental[11].

[10] Propuesta de Ley ..., p. 19.
[11] Op. Cit., p. 22.

Podemos concluir entonces que la Evaluación de Impacto Ambiental es el proceso de análisis de los impactos y la formulación de medidas correctivas o potenciadoras, sean éstos negativos o positivos respectivamente; mientras que el documento que lo contiene, el Estudio de Impacto Ambiental, entra al procedimiento administrativo de revisión, evaluación y aprobación por parte de la Autoridad Ambiental respectiva.

1.3. Importancia

La aplicación de este instrumento de gestión ha demostrado ser efectiva porque ha permitido preventivamente tomar decisiones sobre determinadas actividades cuyo impacto sobre el ambiente y sus componentes podría ser altamente perjudicial, asimismo se puede señalar que[12]:

- Ayuda a aplicar preventivamente las políticas de protección ambiental.
- Reduce los efectos ambientales negativos derivados de acciones humanas al nivel de políticas, planes, programas y proyectos.
- Ayuda a la toma de decisiones informadas.
- Incorpora la dimensión ambiental en el desarrollo de las acciones humanas.
- Incentiva la investigación, los estudios ambientales y la generación de tecnologías.
- Ayuda a ejecutar las acciones humanas con los mínimos costos ambientales; y
- Ofrece alternativas viables desde el punto de vista ambiental para que puedan ejecutarse las diversas acciones humanas.

De este modo, los puntos claves para la evaluación de impacto ambiental son los siguientes:

- Incorporación sistemática de la dimensión ambiental en la planificación y toma de decisiones
- Incorporación sistemática de la ciudadanía
- Aplicación coherente de las políticas de desarrollo sostenible
- Predicción y reducción o realce de los impactos significativos
- Ahorro de recursos financieros y materiales

En este orden de ideas hay que tener presente que la evaluación de impacto ambiental no sólo debe considerar las relaciones que se puedan derivar entre las obras o actividades y el medio ambiente, sino que debe además establecer las alternativas que generen menos impacto al medio ambiente. En este punto, es muy importante el análisis que se

[12] Sistema de ... , p. 23.

debe hacer respecto a la relación entre la sociedad y la naturaleza, ya que puede suceder que la obra o actividad no tenga ningún efecto perjudicial sobre el ambiente y sus recursos y por el contrario lo conserve y preserve de mejor manera, pero por otro lado pueden privar a la sociedad del uso y goce de determinado bien. El ejemplo que se usa para ilustrar este aspecto es aquél en el cual en una ciudad determinada se inicia un proceso de privatizaciones que incluye la concesión de uso de las áreas recreativas costeras, ello sin duda mejoraría considerablemente la conservación de las playas pero la posibilidad de que las personas de escasos recursos accedan a las mismas se vería limitado ya que tendrían que pagar un derecho de uso, en otras palabras, el derecho de este grupo para gozar de un paisaje determinado y la posibilidad de desarrollarse socialmente en este ambiente se perdería, disminuyendo en algo su calidad de vida. Asimismo, las evaluaciones de impacto ambiental deben identificar aquellos impactos positivos que puedan derivarse de una obra o actividad con la finalidad de potenciar sus efectos, mejorando el aspecto costo beneficio de un proyecto.

1.4. Presupuestos

Para alcanzar los objetivos de un proceso de evaluación de impacto ambiental se requieren determinados elementos que predispongan el éxito de su aplicación. Estos son los presupuestos o elementos bases que le dan solidez y posicionamiento a un sistema de evaluación de impacto ambiental. Podemos establecer los siguientes componentes básicos:

- Bases legales
- Procedimiento administrativo
- Estudio de Impacto Ambiental
- Decisión o pronunciamiento
- Fiscalización

El informe sobre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental del CONAM establece en relación a estos componentes lo siguiente:

El ***marco legal*** sintetiza la política del Estado respecto a la protección ambiental y los mecanismos para salvaguardar la calidad ambiental y la vida de la población, estipula las estrategias para la gestión, define los parámetros de calidad ambiental y estructura todo el sustento legal para la aplicación de la evaluación de impacto ambiental. Los ***procedimientos administrativos*** buscan implementar un sistema homogéneo para hacer más eficiente la preparación y revisión de los informes que documentan el proceso de evaluación de impacto ambiental, teniendo en cuenta la complejidad de algunos estudios en donde los plazos pueden variar. El ***Estudio de Impacto Ambiental*** investiga, evalúa y documenta la información que permite a los involucrados en el proceso, espe-

cialmente a la ciudadanía y a los servicios públicos u otras instituciones responsables, tener un conocimiento acabado sobre los riesgos y beneficios de una acción propuesta, dicha información es recogida en un documento formal. La ***decisión o pronunciamiento,*** tiene como actividad previa la revisión del cumplimiento de los requisitos formales establecidos en leyes y reglamentos, la calidad de la información, la pertinencia de la metodología utilizada, la medición de los impactos y los alcances de las medidas de mitigación y seguimiento. La ***fiscalización***, el estudio de impacto ambiental pone a disposición un plan de seguimiento y control, el cual es fiscalizado por la autoridad respectiva para asegurar el cumplimiento de las condiciones de aprobación.

1.5. Requerimientos

El éxito de la aplicación de la evaluación de impacto ambiental dentro de un sistema de evaluación de impacto ambiental hace necesario que este sistema cumpla ciertos requerimientos principales[13]:

- Definición explícita y consensual de una política de protección ambiental
- Marco legislativo y reglamentario para un proceso único, claro y ordenado
- Gestión ágil, clara y coherente que coordine las diferentes instituciones involucradas
- Adopción gradual y realista de las evaluaciones ambientales
- Establecimiento de un proceso de evaluación y seguimiento continuo
- Desarrollo de las capacidades humanas y la disponibilidad de los recursos necesarios
- Generación de consenso para la aplicación del proceso
- Participación ciudadana responsable, especialmente de quienes son afectados.

Todos estos elementos deben concurrir individual y complementariamente para crear un ambiente propicio para el funcionamiento del sistema. La política de protección ambiental creará una base sólida donde puedan moverse con pequeños cambios, de acuerdo a las necesidades circunstanciales, los objetivos y metas propuestos, las estrategias y actividades a ser implementadas, así como los instrumentos necesarios que se diseñen. De allí han de derivar las normas legales que den sustento al sistema, creando un clima de seguridad jurídica tanto para la Administración Pública como para los destinatarios directos de las normas. En este proceso se encuentran involucrados otros elementos como la capacitación del recurso humano, la participación de la comunidad y otros más, que al no ser fortalecidos pueden empezar a minar la sostenibilidad del sistema.

[13] Op. Cit. , pp. 37ss.

II. APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL PERÚ

2.1. Antecedentes

La aplicación de la evaluación de impacto ambiental en el Perú, como instrumento de gestión ambiental, se inicia formalmente en 1990 con la promulgación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (CMARN)[14], el cual en el capítulo III sobre la protección del ambiente desarrolla en seis artículos las características, requisitos y condiciones para elaborar un Estudio de Impacto Ambiental. El Código estableció los siguientes aspectos generales relativos a la elaboración y presentación de los referidos estudios:

- Sólo pueden ser elaborados por instituciones públicas o privadas debidamente calificadas y registradas ante la autoridad competente
- Son documentos públicos y están al libre acceso de cualquier persona interesada
- El costo de su elaboración es de cargo del titular del proyecto

El artículo 8º del CMARN estableció expresamente las actividades que por sus características particulares deberían obligatoriamente presentar un Estudio de Impacto Ambiental[15]. Sin embargo, en 1991 con la promulgación de la Ley marco para el crecimiento de la inversión privada[16], este artículo fue derogado dejando la facultad a

[14] Decreto Legislativo Nº 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, pub. 08.09.1990

[15] **Artículo 8º.-** Todo proyecto de obra o actividad, sea de carácter público o privado, que pueda provocar daños no tolerables al ambiente, requiere de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) sujeto a la aprobación de la autoridad competente.
En particular deberá elaborarse un EIA con respecto a las siguientes actividades:
a) Irrigaciones, represamientos, hidroeléctricas y otras obras hidráulicas.
b) Obras de infraestructura vial y de transporte.
c) Urbanizaciones.
d) Instalación de oleoductos, gaseoductos y similares.
e) Proyectos de desarrollo energético.
f) Actividades mineras, pesqueras y forestales.
g) Obras y actividades permitidas en áreas protegidas.
h) Industrias químicas, petroquímicas, metalúrgicas, siderúrgicas o cualquier actividad que pueda generar emanaciones, ruidos o algún tipo de daño intolerable.
i) Construcciones y ampliaciones de zonas urbanas.
j) Empresas agrarias.
La autoridad competente queda facultada a exigir este requisito en proyectos que puedan generar daños no tolerables distintos a los señalados anteriormente.
El reglamento determinará la pautas de detalle de estos estudios según la obra o actividad a efectuarse.

[16] Decreto Legislativo Nº 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, pub. 13.11.1991

cada Ministerio, competente para los asuntos ambientales de su sector, de determinar qué actividades deberán presentar estudios de impacto ambiental.

En relación a qué actividades deben ser sometidas obligatoriamente a la ejecución de una evaluación de impacto ambiental no existe una respuesta unívoca en la legislación ni en la doctrina comparada. En este sentido, podemos encontrar varias posiciones, una de ellas deja tal elección a la discrecionalidad de la autoridad ambiental competente la posibilidad de definir qué proyectos deben ser sometidos al procedimiento del estudio de impacto ambiental; la otra posibilidad recae en el establecimiento por ley de un listado de actividades que deben obligatoriamente presentarlo. Una tercera posibilidad, y es por la que ha optado el Perú, es el sistema mixto. Este sistema establece normativamente un listado de actividades necesariamente sometidas al procedimiento de estudio de impacto ambiental al mismo tiempo que se faculta a la autoridad ambiental a incluir, en cada caso particular sometido a su consideración, proyectos, actividades u obras no previstas en aquel listado, si se presume que pueden causar un impacto significativo. En el caso peruano, predomina la primera posición, es decir, la autoridad ambiental sectorial determinará de acuerdo a determinados criterios establecidos en sus reglamentos ambientales qué obras o actividades deben ser sometidas a una evaluación de impacto ambiental y por tanto presentar un estudio de impacto ambiental. En el CMARN se establecía un listado de actividades, pero este artículo, como ya se señaló, fue derogado. Posteriormente, con la promulgación del reglamento ambiental del sector pesquería se retoma el sistema de listados. De allí que afirmemos que en el Perú se ha acogido un sistema mixto.

La Oficina Regional para América Latina y el Caribe del PNUMA explica que la experiencia recogida entre distintos expertos de los países de la región sugiere la conveniencia de precisar, hasta donde sea posible por vía de ley, qué tipo de proyectos, obras y actividades, deberán ejecutar estudios de impacto ambiental. Ello disipa la posibilidad de que se presenten, junto con el cambio de las personas a cargo del ejercicio de la autoridad administrativa, bruscos cambios de criterios en lo que hace a las exigencias de prevención de impactos ambientales. Continuando con su apreciación, indica también que el sistema de «listas» de proyectos, actividades u obras es insuficiente para prevenir por sí solo todas las actividades posiblemente impactantes. Algunas de tales actividades puede no ser de ordinario riesgosas (y por lo tanto no figurar en la «lista») pero, por su volumen, localización o cualquier otra circunstancia, sí pueden resultar de ella un impacto significativo. Por ello, junto a la previsión contenida en la «lista», debe facultarse a la autoridad para exigir el estudio del impacto ambiental aún respecto de actividades no incluidas en ella. Por tal el sistema mixto se ha extendido en muchos países.

Continuando con la implementación de este mecanismo en el Perú podemos afirmar que la evaluación de impacto ambiental se empieza a aplicar realmente a partir de 1993, con mayores o menores avances, en casi todos los sectores productivos del país, según la competencia ambiental de cada Ministerio, no existiendo ningún mecanismo

de coordinación entre ellos, de allí que el desarrollo de este instrumento haya tenido una evolución desigual e excluyente.

Posteriormente, en 1994 se crea el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM)[17] cuya función principal es la de formular, coordinar, dirigir y evaluar la política nacional ambiental. Asimismo, entre sus funciones está la de establecer los criterios generales para la elaboración de estudios de impacto ambiental[18]. En este contexto, el CONAM inicia un fuerte proceso de fortalecimiento institucional y dentro de la agenda nacional ambiental tiene como meta primordial el establecimiento de un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

Continuando con la evolución de esta temática en el Perú otro hecho importante fue la promulgación, en 1997, de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para Obras y Actividades[19], la cual modificó lo estipulado por la Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, estableciendo que los sectores competentes (Ministerios) comunicarán al CONAM, sobre las actividades a desarrollarse en su sector, que por su riesgo ambiental, pudieran exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro ambiental, las que obligatoriamente deberán presentar estudios de impacto ambiental previos a su ejecución y, sobre los límites máximos permisibles del impacto ambiental acumulado. Asimismo, propondrán al CONAM:

- Los requisitos para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación de Manejo Ambiental;
- El trámite para la aprobación de dichos estudios, así como la supervisión correspondiente; y,
- Las demás normas referentes al impacto ambiental

Los elementos antes señalados, así como las actividades y límites máximos permisibles de impacto ambiental acumulado requerirán la opinión favorable del CONAM, los cuales serán aprobados por el Consejo de Ministros mediante Decreto Supremo.

De este modo, el devenir histórico de la aplicación de la evaluación de impacto ambiental en el Perú es muy reciente, empezando con una regulación taxativa en el CMARN con ciertas pautas de carácter general, aplicándose posteriormente un manejo efectivo eminentemente sectorial y excluyente. Con la creación del CONAM se ha querido articular y coordinar aspectos formales y de fondo relativos a la utilización de este instrumento de gestión ambiental. Los esfuerzos apuntan ahora hacia el establecimiento de un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En resumen podemos esquematizar lo siguiente[20]:

[17] Ley Nº 26410. Ley de Creación del Consejo Nacional del Ambiente – CONAM, pub. 22.12.1994
[18] Op. Cit., Artículo 4º, inciso e)
[19] Ley Nº 26786. Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para Obras y Actividades, pub. 13.05.1997
[20] Sistema de Evaluación de Impacto …. , p. 66.

Decreto Legislativo 757
Los Sectores determinan por el riesgo ambiental, las actividades que deben presentar un EIA y aprueban los términos de referencia.

Ley 26410
El CONAM es el ente a cargo de la coordinación intersectorial y establece los criterios generales para la elaboración de Estudios de Impacto Ambiental.

Ley 26786
Los sectores deben someter a opinión favorable del CONAM: – La relación de actividades que deben presentar un EIA – Los requisitos para su aprobación y los términos de referencia Consejo de Ministros aprueba mediante Decreto Supremo.

2.2. Competencias Sectoriales[21]

2.2.1. Ministerio de Energía y Minas

El Ministerio de Energía y Minas es el sector que más ha avanzado en la implementación de la evaluación de impacto ambiental en la gestión ambiental de las actividades bajo su control. Dos años después de promulgada la Ley marco para el crecimiento de la inversión privada (1991), norma que definió que el ejercicio de las funciones ambientales correspondía a cada uno de los Ministerios que conforman el Gobierno Central, inició una etapa de definición normativa de los aspectos vinculados a este instrumento de gestión. Con algunas variantes los otros Ministerios también han iniciado un proceso en ese sentido, tomando como modelo la normativa de los subsectores de este Ministerio, siendo evidentes los avances en algunos de ellos.

El Ministerio divide sus funciones ambientales en tres subsectores, minería, hidrocarburos y electricidad. Estando las funciones ambientales divididas en las Direcciones Generales de: Minería (DGM), Hidrocarburos (DGH), Electricidad (DGE) y Asuntos Ambientales (DGAA).

Las competencias de la DGAA abarca los asuntos ambientales de la otras Direcciones Generales. Sin embargo, cada Dirección es responsable por el control de la calidad ambiental de su sub-sector, manteniendo las facultades normativas y de resolución, como es el caso de la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental y la imposición de sanciones por infracciones previstas en los dispositivos legales. La DGAA es sólo una instancia previa y órgano consultivo para la gestión de las Direcciones. Respecto a los EIAs, la DGAA los evalúa y opina, además elabora contenidos y procedimientos de preparación y evaluación de los EIA, así como guías de manejo ambiental.

[21] Hemos seguido el informe del CONAM, Op. Cit.

2.2.1.1. Subsector Minería

Este subsector aprobó la primera norma que inicia la regulación de las evaluaciones de impacto ambiental en el Perú, luego de la promulgación del CMARN. En 1992 promulgó un Decreto Supremo que creaba el Registro de entidades autorizadas a realizar Estudios de Impacto Ambiental[22] . El mismo año el Reglamento de Procedimientos Mineros[23] exigió la presentación de un EIA a los solicitantes de una concesión de beneficio minero.

En 1993, se promulgó el Reglamento Ambiental para la actividad minero-metalúrgica[24], el cual reconoce la responsabilidad de los titulares de la actividad minera por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al ambiente que fueran resultado de los procesos efectuados en las instalaciones mineras, obligándose que se tomen las medidas necesarias para evitar que la sustancias sobrepasen los límites máximos permisibles establecidos. Esta norma estableció la obligación de presentar EIAs o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), de acuerdo al estado de desarrollo de la actividad. Asimismo, se estableció la obligación de presentar Declaraciones Juradas anuales.

La aplicación inmediata de este reglamento presentó dificultades, siendo la principal el hecho de no haberse fijado previamente los Límites Máximos Permisibles, lo que convertía en inejecutables los PAMAs, que buscaban precisamente adecuar las actividades a dichos límites. Ante esta situación se promulgó una norma modificatoria del reglamento, la cual introdujo nuevos elementos al proceso. Se estableció un programa de monitoreo que permitiera la fijación de los límites máximos permisibles. En este sentido introdujo los siguientes aspectos:

- Programa de Monitoreo.- Muestreo sistemático con métodos y tecnología adecuadas al medio en que se realiza el estudio.
- Evaluación Ambiental Preliminar.- Es el estudio que se realiza antes del PAMA, la evaluación se sustenta en la información recogida como parte del Programa de Monitoreo.
- Guías de Manejo Ambiental Minero.- Documentos expedidos por el Ministerio que sirven de guías de procedimientos para elaborar los PAMAs y los EIAs.

2.2.1.2. Subsector Hidrocarburos

Para este subsector se aprobó también en 1993 el Reglamento para la Protección Ambiental de las Actividades de Hidrocarburos[25], basándose en la misma estructura

[22] Decreto Supremo Nº 050-92-EM, pub. 08.09.1992
[23] Resolución Ministerial Nº 143-92-EM/VMM, pub. 13.07.1992
[24] Decreto Supremo Nº 016-93-EM, pub. 01.05.1993
[25] Decreto Supremo Nº 046-93-EM, pub. 12.11.1993

del subsector minería, aunque introdujo nuevos elementos como la consulta intersectorial en caso de desarrollar la actividad de hidrocarburos en las Areas Naturales Protegidas.

Respecto a los EIA, el reglamento estableció que el responsable de un proyecto deberá presentar, previo al inicio de cualquier actividad de hidrocarburos o ampliación de las mismas, un Estudio de Impacto Ambiental Preliminar (EIAP). Este estudio se desarrolla con información bibliográfica disponible y reemplaza a el EIA en aquellos casos en que las actividades no involucran un uso intensivo ni extensivo del terreno o cuando la actividad es de reconocido poco impacto. En este caso, la DGH en un plazo de 30 días deberá decidir entre: autorizar la actividad o solicitar un EIA. Para ello, debe contar con la evaluación previa de la DGAA.

El concepto de EIAP constituyó un elemento novedoso respecto al reglamento de las actividades mineras, ya que se basa en la distinción de exigencias ambientales en función del riesgo de la actividad que se va a desarrollar. En el caso específico del reglamento de hidrocarburos el riesgo se califica en función del reconocido poco impacto de la actividad.

Otro aspecto novedoso ha sido la exigencia de incluir en el EIA, cuando el proyecto pueda afectar a comunidades nativas o campesinas, las medidas necesarias para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos de dicha actividad, así como la exigencia de que las actividades dentro áreas naturales protegidas deberán hacerse en coordinación con el responsable del área.

Los EIA son aprobados por la DGH, con la evaluación y opinión previa del DGAA. Asimismo, para el caso de los estudios dentro de las Areas Naturales Protegidas, se agrega la exigencia de contar con la opinión de la Autoridad encargada de dichas áreas. Los EIA deben ser aprobados en un plazo de 45 días, luego del cual, de no haberse resuelto, el mismo queda aprobado de oficio.

2.2.1.3. Subsector Electricidad

En 1994 se aprobó el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas[26], el cual regula los aspectos ambientales en las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

Entre las novedades que establece este reglamento está la exigencia de contar con un Auditor Ambiental Interno responsable del control ambiental y de la presentación anual de un informe dando cuenta del cumplimiento de la legislación ambiental vigente, recomendaciones de los EIA y de los PAMAs, si las hubiere.

En lo relativo al EIA se incorpora una definición similar a la establecida en los otros reglamentos, siendo obligatoria la presentación del mismo en los casos de solicitud de Concesión Definitiva. Así como en el caso del reglamento de hidrocarburos, cuando

[26] Decreto Supremo Nº 29-94-EM, pub. 08.06.1994

se pudiera afectar comunidades campesinas y nativas se exige tomar las medidas necesarias para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos en los ámbitos sociales, culturales, económicos y de salud de la población.

En este caso, la DGAA revisa y opina sobre los EIA, dentro de un plazo se 60 días. Si no se ha emitido opinión opera el silencio administrativo positivo. Acá el plazo es mayor que en los otros subsectores. El reglamento también señala que el Ministerio podrá ceder discrecionalmente el EIA al público, lo cual está en abierta contradicción con lo estipulado en el CMARN que dispone que los EIA son de libre acceso.

2.2.2. Sector Pesquería

El Ministerio de Pesquería esta conformado por tres Direcciones Nacionales: de Acuicultura, de Extracción y de Procesamiento Pesquero. Asimismo, cuenta con la Dirección de Medio Ambiente que no tiene jerarquía de una Dirección Nacional. Las Direcciones Nacionales evalúan las infracciones cometidas contra disposiciones legales vigentes, sancionando y/o tomando las medidas correctivas necesarias.

La Dirección de Medio Ambiente es el órgano técnico normativo, encargado de proponer, implementar y supervisar la política sectorial relativa a la protección del medio ambiente. Tiene como funciones las siguientes:

- Evaluar, calificar y aprobar a las instituciones públicas y privadas que se dedicarán a la elaboración de Estudios de Impacto Ambiental (EIA), Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) y las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA).
- Evaluar y calificar los EIAs y PAMAs y las DIAs en el sector pesquero.
- Proponer y supervisar normas, medidas de control para evitar el daño ambiental y velar por su cumplimiento.

Recientemente fue promulgado el Reglamento General para la Protección Ambiental en la Actividades Pesqueras y Acuícolas[27], el cual establece un nuevo marco normativo para el sector. No obstante, la experiencia del sector en el tema se inicio en 1994.

El nuevo reglamento establece la obligación de la elaboración y aprobación de un EIA previo al otorgamiento de la concesión, autorización, permiso o licencia, según corresponda, estableciendo un listado de actividades que requerirán dicho estudio[28].

[27] Decreto Supremo Nº 004-99-PE, pub. 28.03.1999

[28] Artículo 29º.- Están sujetas a la elaboración y aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental previo al otorgamiento de la concesión, autorización, permiso o licencia según corresponda, las siguientes actividades:
   a) La extracción comercial de mayor escala en el ámbito marino y continental.
   b) El procesamiento industrial y la instalación de establecimiento industrial pesquero.
   c) La Acuicultura.

Este elemento es novedoso porque en ningún otro reglamento de protección ambiental se establece un lista taxativa de actividades que requerirán un Estudio de Impacto Ambiental. Lo cual confirma lo señalado párrafos arriba sobre el carácter mixto de nuestro sistema, si es que hacemos una análisis desde un panorama multisectorial y no sectorialmente, porque en este último caso la tendencia es hacia un sistema discrecional con ciertas referencias establecidas en los reglamentos que sirven de guía a la autoridad administrativa para la exigencia de estudios de impacto ambiental.

El reglamento de pesquería establece los términos de referencia con mayor detalle, antes sólo existía una norma que establecía escasamente los títulos. Además, se señala que los términos de referencia que se considerarán para la elaboración del EIA serán sin perjuicio de la información o contenidos complementarios que pueda exigir la Dirección de Medio Ambiente. Asimismo, esta Dirección deberá verificar, como parte de la evaluación del EIA, que las actividades proyectadas no afecten a los recursos naturales o locales, en los ámbitos sociales, culturales, económicos, de salud y, en general, de la población.

Otro aspecto nuevo para el sector, pero ya aplicado en otros sectores, ha sido la incorporación de la exigencia de presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para el caso de actividades de procesamiento artesanal o en las actividades de ampliación de operaciones cuando las mismas impliquen algunos de los riesgos ambientales, tales como: salud de las personas, cantidad o calidad de los recursos naturales, efectos adversos sobre los ecosistemas o zonas especialmente sensibles o áreas naturales protegidas o zonas de influencia, alteración de cualidades o el valor paisajístico o turístico en zonas declaradas de valor turístico, o efectos adversos a la infraestructura de servicios básicos. Después de recibida la DIA, la Dirección de Medio Ambiente, de acuerdo a su criterio, podrá solicitar la presentación de un EIA.

2.2.3. Sector Industria Manufacturera

El Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) regula las actividades de la industria manufacturera, excluyéndose a la industria minero-energética y la pesquera.

d) El desarrollo de infraestructura por parte del Estado o el Sector Privado para la actividad de extracción de menor escala y el procesamiento artesanal.
e) La ampliación de capacidad de producción.
f) El incremento de flota en el caso de recursos hidrobiológicos plenamente explotados.
g) La investigación en los casos que se utilicen espacios acuáticos públicos u operen plantas de procesamiento.
h) La introducción de recursos hidrobiológicos para fines ornamentales.
i) La ampliación de operaciones o modificación de sus condiciones originales en los casos que implique alguno de los riesgos establecidos en el artículo 33º.

La unidad ambiental del MITINCI se ubica en la Sub-Dirección de Supervisión y Fiscalización Ambiental dependiente de la Dirección Nacional de Industrias. Esta Dirección Nacional tiene las siguientes funciones:

- Verificar el cumplimiento de las normas del medio ambiente y preservación de los recursos naturales.
- Analizar y evaluar estudios y/o proyectos de impacto ambiental, así como elaborar programas y proyectos para la conservación del medio ambiente.

Por otro lado, la Sub-Dirección está encargada de velar por el cumplimiento de las normas relacionadas a la conservación del medio ambiente y de llevar los registros de las empresas calificadas para elaborar los EIAs.

Si bien el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarollo de las Actividades de la Industria Manufacturera[29] fue promulgado hace dos años todavía no se exige formalmente la presentación de los EIAs, ni de los PAMAs, ni de las DIAs. Actualmente, el MITINCI se encuentra elaborando los términos de referencia y guías de estudios para su aplicación[30], así como las normas técnicas sobre guías para el monitoreo de la calidad del agua y aire. En este sentido, el MITINCI ha estado exigiendo lo que se denominaba los Estudios Integrales Ambientales, los cuales incorporaban una evaluación de impactos y medidas de mitigación a adoptarse.

Lo novedoso de este reglamento es que tiene un enfoque orientado principalmente al fomento de prácticas de prevención de la contaminación, frente a lo que ha sido la tendencia sectorial en el país de regular y promover el control de la contaminación. La norma exige la presentación de un EIA como requisito previo al inicio de nuevas actividades, o para los que realicen incrementos en la capacidad de producción, de tamaño de planta o instalación fabril, diversificación, reubicación o relocalización. Otro elemento novedoso, es la exigencia de la presentación de un EIA o DIA en función a una evaluación de riesgo de la actividad, incorporando el reglamento referencias a condiciones riesgosas[31].

[29] Decreto Supremo Nº 019-97-ITINCI, pub. 01.10.1997

[30] Posteriormente a la última revisión de este documento se promulgaron las Guías para la elaboración de Estudios de Impacto Ambiental, Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, Diagnóstico Ambiental Preliminar y Formato de Informe Ambiental. Resolución Ministerial Nº 108-99-ITINCI/DM, pub. 04.10.99

[31] Artículo 14º.- Riesgo Ambiental.- Se entiende que existe riesgo ambiental si puede generarse alguno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

1. Daño, deterioro o afección de la salud o seguridad de las personas;
2. Efectos adversos sobre la cantidad o calidad de los recursos naturales;
3. Efectos adversos sobre los ecosistemas o alteración de los procesos ecológicos esenciales;
4. Efectos adversos sobre zonas especialmente sensibles, o por su localización próxima a poblaciones o recursos naturales susceptibles de ser afectados;

Asimismo, el reglamento establece los criterios, obligaciones y procedimientos para la adecuación gradual de las actividades existentes o en curso de la industria manufacturera a las exigencias ambientales a través del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA).

2.2.4. Sector Agrario

El Ministerio de Agricultura es responsable de la administración de los recursos naturales renovables, excepto los recursos hidrobiológicos, y la promoción del desarrollo agrícola.

La gestión ambiental en este Ministerio recae en un Organismo Público Descentralizado, el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, variando en este aspecto la estructura institucional con relación a los otros sectores. Este instituto cuenta con 5 Direcciones Generales, una de ellas es la Dirección General de Medio Ambiente Rural, entre sus funciones están las siguientes:

- La evaluación de impacto ambiental de los programas y proyectos del sector agrario.
- Proponer las medidas para su prevención y corrección, así como efectuar la vigilancia de dichas medidas y realizar las acciones de coordinación con los demás sectores sobre aspectos ambientales.

En 1995, el INRENA aprobó la Guía para la formulación de términos de referencia para los EIA en el sector agrario[32], señalando los elementos que deberán contener los mismos. Sin embargo, no existe norma posterior que defina qué actividades del sector estarán sujetas a las exigencias de los EIA y en consecuencia a las disposiciones de la Guía. Asimismo, mediante una Directiva se exige la presentación de EIA para la obtención de permisos forestales con fines de ampliación de la frontera agrícola, cuando se trate de superficies mayores a 100 has., y otros casos específicos.

Posteriormente se regula la participación del INRENA en el proceso de aprobación de los EIA para las actividades que pretendan desarrollarse en las Zonas de Protección Ecológica de la región de la selva. Asimismo, se da opinión favorable a los EIA que se presentan en otros sectores, especialmente en Energía y Minas. Mediante un Decreto Supremo[33] de 1997 se establece casos en que la aprobación de los EIA y PAMA requieren

5. Efectos adversos a las Areas Naturales Protegidas o zonas de influencia;
6. Alteración de las cualidades o el valor paisajístico o turístico de zonas declaradas de valor turístico;
7. Alteración de lugares con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación;
8. Efectos adversos a la infraestructura de servicios básicos.

[32] Resolución Jefatural Nº 021-95-INRENA, pub. 09.03.1995

[33] Decreto Supremo Nº 056-97-PCM, pub.

la opinión técnica del INRENA[34]. Sin embargo, la opiniones del sector en este sentido no tienen ninguna influencia en la decisión final del sector directamente encargado de aprobar el EIA.

Cabe señalar que a pesar que las normas sobre EIA no han sido extensamente desarrolladas en el sector se ha venido exigiendo la presentación de estos estudios a partir de una evaluación de las condiciones, características y envergadura de los proyectos a desarrollar, para ello su sustento legal se basa en el CMARN y en el Decreto Legislativo Nº 757, anteriormente citado.

2.2.5. Sector Transportes y Comunicaciones

Este Ministerio está formado por dos subsectores: Transportes y Comunicaciones, y por el de Vivienda y Construcción. El responsable de la protección ambiental es el subsector Vivienda y Construcción, a través de la Dirección General de Medio Ambiente, la cual se encarga de proponer la política referida al mejoramiento y control del medio ambiente, de supervisar, controlar y evaluar su ejecución y de emitir la normatividad correspondiente. Asimismo, está a cargo de registrar a las empresas autorizadas a realizar los EIAs.

No obstante, dentro del Ministerio existen otras Direcciones con competencias ambientales, además del Proyecto Especial de Rehabilitación del Transporte (PERT), dentro del subsector Transporte, que cuenta con una unidad ambiental. Esta unidad aprobaba los EIAs de los proyectos de construcción vial sujetos a crédito internacional.

Este sector inició su regulación ambiental en 1994 con la creación del registro de entidades autorizadas a realizar EIAs[35], asimismo aprobó los Términos de Referencia para los EIA en la Construcción Vial[36], estableciendo los elementos que deben contener estos estudios. El PERT publicó la Guía para la determinación de los Elementos Ambientales en el Costo de Obra de Carreteras y la Guía para la Supervisión Ambiental de Carreteras.

2.2.6. Sector Defensa

Este Ministerio nació de la fusión de los ex Ministerios de Guerra, Marina y Aeronaútica, así como de la unión de otras instituciones descentralizadas. De estos tres subsectores,

[34] Casos: alteración en el flujo y/o calidad de las aguas superficiales y subterráneas; represamientos y canalización de curso de agua; remoción del suelo y de la vegetación, alteración de hábitats de fauna silvestre; usos de suelo para el depósito de materiales no utilizables; desestabilización de taludes; alteración de fajas marginales ribereñas, deposición de desechos en el ambiente léntico (lagos y lagunas).

[35] Resolución Ministerial Nº 170-94-TCC/15.03, pub. 27.04.1994

[36] Resolución Ministerial Nº 171-94-TCC/15.03, pub. 27.04.1994

el de mayor importancia ambiental es el de Marina, a través de la Dirección de Capitanías y Puertos (DICAPI), la Dirección de Hidrografía y Navegación (DHNM) y el SENAMHI.

La DICAPI es la autoridad ambiental del ambiente acuático, de allí que cualquier actividad en aguas peruanas, marinas o continentales, será regulada, autorizada, supervisada y sancionada por esta Dirección. Asimismo, es el ente rector del Plan Nacional de Contingencia, el cual tiene por finalidad controlar y combatir la contaminación del medio marino y aguas internas navegables, por naves y plataformas fijas o móviles y tuberías de carga y descarga de hidrocarburos y otras sustancias nocivas, esto se encuentra regulado en el Reglamento de Capitanías y Guardacostas[37].

La Dirección Ambiental de la DICAPI está encargada de controlar para prevenir y mitigar los efectos de la contaminación del mar, ríos y lagos navegables y en general sobre todo aquello que ocasione perjuicio ecológico, asimismo regula la responsabilidad civil por contaminación del medio acuático.

En 1996, el sector aprobó los lineamientos para el desarrollo de EIAs en caso de vertimientos a los cuerpos de agua[38]. Se considera este caso, después de la promulgación del Decreto Legislativo Nº 757, como el primero que sustenta la exigencia de un EIA no en el sector que regula la actividad, sino en el ecosistema que puede verse afectado por el desarrollo de la misma.

2.2.7. Municipalidad de Lima Metropolitana

La Municipalidad de Lima Metropolitana cuenta con cinco Direcciones Municipales, dentro de ellas, la Dirección de Servicios a la Ciudad comprende a su vez la Dirección de Servicios Básicos, la de Ecología y la de Registros Civiles. Dentro de la Dirección de Ecología se encuentra la Oficina Ambiental, la que se divide en: Educación Sanitaria, de Medio Ambiente, de Aseo Urbano, de Ornato y de Areas Verdes. Siendo sus funciones ambientales las siguientes: Elevar la calidad del ambiente, Revalorizar los recursos ambientales, Recuperar, mejorar y mantener la calidad paisajística y de vida del ecosistema urbano, Regular la protección del aire, la limpieza pública y el manejo de residuos domésticos e industriales, La protección de áreas verdes, de los recursos hídricos y de los entornos naturales, Exigir un EIA, de acuerdo con las normativas y competencias sectoriales, para los casos que considere necesarios.

[37] Decreto Supremo Nº 002-87-MA, pub. 20.04.1987

[38] Resolución Directoral Nº 0052-96-DCG, pub. 09.03.1996 Esta norma establece que cualquier organismo, institución o empresa que esté considerando evacuar o esté implementando sistemas de evacuación de residuos líquidos o mezclados con sólidos a través de tuberías subacuáticas, cuyo destino final sea el mar o cualquier otro cuerpo de agua que esté bajo la jurisdicción de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, deberá proporcionar a esta autoridad un EIA cuyo contenido deberá seguir los lineamientos establecidos por la misma norma.

En 1994 se promulgó el Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima[39], el cual establece la obligación de presentar un EIA en la solicitud de licencia de construcción, funcionamiento o de uso del espacio público temporal, para los proyectos, obras o actividades de carácter público o privado que a juicio de la Municipalidad de Lima pudieran provocar daño no tolerables al ambiente y a los grupos humanos usuarios del Centro Histórico de la ciudad. Además, el reglamento señala casos específicos en los que se exigirá un EIA[40].

Lo regulado por la ordenanza citada debe ser concordado con lo estipulado por el Decreto Legislativo Nº 757 que establece las competencias sectoriales para este tema y no otorga facultades a los gobiernos locales para exigir ni aprobar EIAs. En este sentido será la autoridad sectorial competente quien apruebe el EIA correspondiente.

Asimismo, en 1996 se promulgó la Ley de promoción de la inversión privada en obras de infraestructura y de servicios públicos[41], la cual establece que el otorgamiento de concesiones estará a cargo del Ministerio de la Presidencia, se podría generar confusión con obras en el centro histórico que requieran EIAs, según la ordenanza citada, respecto a la autoridad competente para exigirlos y aprobarlos.

2.3. Procedimientos Administrativos

Con la Promulgación del Decreto Legislativo Nº 757, se marcó estrictamente la sectorialización de la gestión ambiental del Estado. En este sentido, cada Ministerio, con la finalidad de unificar, reducir y simplificar los procedimientos administrativos, debe elaborar un Texto Unico de Procedimientos Administrativos (TUPA), el cual deber recoger en forma clara y precisa la relación de todos los procedimientos administrativos que realicen los particulares; la descripción clara y detallada de los requisitos exigidos por la Administración; Los casos en los que procede el pago de derechos de tramitación; La autoridad competente para la aprobación del procedimiento; los recursos impugnativos; si opera el silencio administrativo positivo o negativo ante la ausencia de pronunciamiento de la autoridad administrativa.

Respecto a los EIAs, en los TUPAs se deben encontrar aquellos trámites directa e indirectamente relacionados con la obligación de presentar un EIA ante cualquier

[39] Ordenanza Municipal Nº 062-94, pub. 18.08.1994

[40] En los siguientes casos:
   a) Obras de canalización, encausamiento y defensa de márgenes, realizadas sobre el cauce del río Rímac.
   b) Puentes, nuevas habilitaciones y construcciones en las márgenes del río Rímac.
   c) Obras de infraestructura vial y de transporte
   d) Autorización de funcionamiento de líneas de transporte
   e) Instalaciones de industria.

[41] Decreto Legislativo Nº 839, pub. 20.08.1996

Ministerio. Como se ha señalado, los sectores que han regulado estos procedimientos en al país son: Energía y Minas, Pesquería, Industria, Transporte y Comunicaciones, Defensa y Agricultura. El Consejo Nacional del Ambiente también ha establecido en su TUPA el procedimiento para los casos de conflicto intersectorial que requieran su dirimencia.

2.4. Mecanismos de Revisión y Aprobación

Respecto a los mecanismos de revisión y aprobación, como se ha señalado párrafos arriba, varía de Ministerio a Ministerio, en algunos las unidades ambientales sólo son órganos consultivos y opinan sobre los EIAs presentados, siendo otras instancias las que finalmente los aprueban, modifican o rechazan; en otros casos las mismas unidades los aprueban y otorgan la certificación ambiental. En relación a los plazos, estos también varían, generalmente van del rango de 30 a 90 días. Un aspecto que sí es uniforme en todos los sectores es respecto a la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, es decir si en el plazo establecido en el reglamento y recogido en el TUPA no hay pronunciamiento de la Autoridad Administrativa, el EIA se tiene por aprobado.

2.5. Participación Ciudadana

En este caso también el avance sectorial es distinto, entre los aspectos regulados hasta la fecha podemos señalar lo siguiente:

En el sector Energía y Minas se ha promulgado el Reglamento de Participación Ciudadana mediante el procedimiento de Audiencias Públicas en el trámite de aprobación de los EIAs[42]. Este reglamento abarca a los tres subsectores de este Ministerio. El mismo dispone que una vez presentados los estudios, la Dirección General correspondiente señalará día y hora para la Audiencia Pública. Además particularmente cada reglamento de protección ambiental de los subsectores contemplan mecanismos formales de participación. El subsector hidrocarburos establece que las personas interesadas pueden revisar los EIA dentro de los 45 días de presentados, hay dificultad respecto a la fecha de inicio por la escasa difusión de la recepción del EIA. El subsector electricidad contempla la posibilidad de ceder al público los EIA, según criterio de la DGAA. En este caso los proponentes del estudio pueden solicitar reserva sobre aspectos del estudio que puedan afectar sus derechos de propiedad industrial o comerciales.

En el sector Pesquero, el tema se encuentra regulado de manera general por el Reglamento de la Ley General de Pesca, señalando que el Ministerio establecerá un sistema de captación de información y que los agentes de la actividad pesquera deberán proporcionar la información veraz y oportunamente. El novísimo reglamento de

[42] Resolución Ministerial Nº 335-96-EM/SG, pub. 28.07.1995

protección ambiental del sector señala que el Ministerio regulará los mecanismos formales de participación ciudadana para la aprobación de los EIAs, incluyendo la audiencia pública y el acceso a la información.

Asimismo, el reglamento de protección ambiental del sector Industrias establece que el MITINCI desarrollará los mecanismos formales de participación, señalando el acceso libre a la información de los EIA, del informe ambiental y la Audiencia Pública, así como los nuevos mecanismos que apruebe el CONAM. Adicionalmente, este sector ha establecido la práctica de prepublicar sus normas de contenido ambiental para recibir los comentarios y sugerencias de la comunidad, las cuales han estado precedidas de todo un proceso de consultas públicas con la ciudadanía y los gremios empresariales.

Finalmente, existe una acción de garantía conocida como Habeas Data, recogida en la Constitución de 1993, la cual ya ha sido utilizada con éxito por los particulares. La misma se tramita ante el Poder Judicial y se sustenta en el derecho de acceso a la información de los particulares respecto a la información que guardan las autoridades públicas. En los casos señalados, se ejerció la acción contra el Ministerio de Energía y Minas por negarse a proporcionar información sobre determinados EIAs a organismos no gubernamentales.

2.6. Criterios de Protección: Normas Técnicas

Los sectores utilizan los siguientes criterios de protección: nivel de cuerpo receptor, de fuente emisora, de protección de recursos naturales, de áreas naturales protegidas y de espacios urbanos. Nosotros sólo explicaremos los dos primeros.

Previamente, es importante señalar que el desarrollo de normas técnicas respecto a la protección ambiental en el Perú es todavía un proceso no concluído, en el sentido de haber abarcado todos los campos mínimos indispensables. Ello debilita la eficacia de la aplicación de los EIAs y de los PAMAs porque para efectos de seguimiento y control de los mismos no se tiene referentes técnicos que permitan confirmar el impacto ambiental de las actividades o la adecuación ambiental de las mismas a determinados límites máximos permisibles o estándares de calidad ambiental.

Respecto a los Límites Máximos Permisibles a nivel de cuerpo receptor se ha desarrollado lo siguiente:

- Cuerpo agua: Se ha establecido Límites Máximos Permisibles (LMP) relacionados a sus usos en seis categorías:
  - Aguas de abastecimiento doméstico con simple desinfección
  - Aguas de abastecimiento doméstico con tratamiento
  - Aguas para riego de vegetales de consumo crudo y bebida de animales
  - Aguas de zonas recreativas (baños)
  - Aguas de zonas de pesca de mariscos
  - Aguas de zonas de preservación de fauna acuática y pesca recreativa

Los límites establecidos corresponden a:

- Límites bacteriológicos[43]
- Límites de Demanda Bioquímica de Oxígeno[44]
- Límites de sustancias potencialmente peligrosas[45]
- Límites de sustancias o parámetros potencialmente perjudiciales[46]

- Cuerpo Aire: No existen estándares de calidad ambiental.
- Cuerpo Suelos: No existen estándares de calidad ambiental.
- Ruidos: Pocos municipios, a nivel nacional, cuentan con normas técnicas al respecto. La Ordenanza Nº 015 de 1986 de la Municipalidad de Lima Metropolitana establece los LMP respecto a los ruidos molestos y nocivos, según las horas del día y la noche.
- Desechos Sólidos: Existe el Reglamento de Aseo Urbano[47] y especificaciones técnicas para el relleno sanitario.

Respecto a los Límites Máximos Permisibles a nivel de Fuente Emisora se ha normado lo siguiente:

En este aspecto el desarrollo normativo ha sido sectorial. El Sector Energía y Minas es el único que ha establecido LMPs para los efluentes líquidos y para las emisiones gaseosas.

- Sector Energía y Minas: Para efluentes líquidos se han establecido los LMP señalando el valor en cualquier momento y el promedio anual[48]. Para la calidad del aire se han establecido los LMP para la concentración media diaria y media anual[49].
- Otros sectores: Los demás sectores no han establecido LMP ni para efluentes líquidos ni para calidad de aire.

43 Coliformes totales y fecales
44 DBO y oxígeno disuelto
45 Metales pesados, PCB, Esteres, cianuros, fenoles, sulfuros, nitratos, etc.
46 M.E.H., S.A.A.M., CA.E y C.C.E.
47 Decreto Supremo 033-81- SALUD
48 Parámetros considerados:
Minería: pH, sólidos suspendidos, plomo, cobre, zinc, fierro, arsénico y cianuro total.
Hidrocarburos: pH, aceites y grasas (mar y aguas continentales), bario y plomo
Electricidad: pH, aceites y grasas y sólidos suspendidos
49 Parámetros considerados:.
Minería: anhídrido sulfuroso, partículas en suspensión, plomo y arsénico
Hidrocarburos: monóxido de carbono, ácido sulfhídrico, dióxido de azufre, óxidos de nitrógeno e hidrocarburos.
Electricidad: No existen LMP hasta la fecha.

- Gobiernos locales: La Municipalidad de Lima Metropolitana ha emitido normas sobre conservación y protección ambiental del Centro Histórico de Lima que señalan LMP para fuentes fijas y móviles. Para humos establece como LMP el grado 1 de la Escala de Ringelmann, estableciendo el empleo de las Cartas Modificadas para contaminantes visibles. Para la circulación de vehículos cuya emisión de monóxido de carbono tenga un contenido por encima de 6% en volumen y/o cuyos humos sobrepasen a la capacidad del grado 2 de la Escala modificada de Ringelmann.

Respecto a las normas técnicas cabe señalar que en 1998 se aprobó el Reglamento Nacional para la aprobación de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP)[50], en este proceso la Comisión Técnica Multisectorial aprobó con posterioridad el Plan Anual de ECA y LMP[51], en el cual se establecen las prioridades, plazos y responsabilidades sectoriales y del CONAM sobre el particular.

III. SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: PROPUESTA NACIONAL

Después de haber realizado un breve diagnóstico de la situación actual respecto a la aplicación de la evaluación de impacto ambiental en el Perú podemos establecer algunas conclusiones preliminares. De este modo, podemos señalar que la aplicación de la evaluación de impacto ambiental como instrumento de gestión ambiental es eminentemente sectorial, lo cual trae como consecuencia el desigual desarrollo y evolución del mismo, debido a la poca coordinación y consenso al respecto entre los sectores. Las diferencias pueden resumirse en algunos aspectos generales como, las diferentes capacidades de decisión respecto a la calificación y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental por las unidades ambientales de los distintos Ministerios con competencias ambientales, la desigual exigencia respecto a los términos de referencia para el desarrollo de una evaluación de impacto ambiental, los plazos distintos para su aprobación, la participación ciudadana en el proceso de calificación y aprobación de los estudios desarrollada en algunos sectores y en otros apenas señalada como referente, la ausencia de Límites Máximos Permisibles y Estándares de Calidad Ambiental en algunos sectores para el seguimiento y fiscalización de los estudios, entre otras.

Con la finalidad de remediar esta situación y potenciar la utilización de la EIA, recogiendo la experiencia de los diferentes sectores sin establecer cambios drásticos, el Consejo Nacional de Ambiente, dentro del Marco Estructural de Gestión Ambiental y como primera prioridad, ha propuesto la creación del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, a través de una Ley que actualmente se encuentra en revisión en el Congreso de la República.

[50] Decreto Supremo Nº 044-98-PCM

[51] Resolución Presidencial del CONAM Nº 025-99, pub. 27.03.1999

3.1. Proyecto de Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental

3.1.1. Objetivos de la Ley[52]

El proyecto de Ley tiene entre sus principales objetivos:

1. Crear el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de planes, programas y proyectos de inversión.
2. Establecer un proceso uniforme que comprenda los requerimientos, etapas y alcances de las evaluaciones de impacto ambiental de planes, programas y proyectos de inversión.
3. Establecer mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental.

3.1.2. Ámbito de la Ley[53]

Dentro del ámbito del proyecto de Ley están comprendidas las siguientes actividades:

1. Los planes y programas de inversión públicos, nacionales, regionales o locales, relativos a las materias que indique el Reglamento.
2. Los proyectos de inversión públicos y privados que impliquen actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, según disponga el reglamento.

3.1.3. Categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental[54]

Los proyectos serán clasificados en una de las siguientes categorías:

1. Categoría I - Declaración de Impacto Ambiental (DIA)
   Incluye aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo.
2. Categoría II - Estudio de Impacto Ambiental Semi-detallado (EIA-sd)
   Incluye aquellos proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante

[52] Artículo 1º del Proyecto de Ley.
[53] Artículo 2º del Proyecto de Ley.
[54] Artículo 4º del Proyecto de Ley

la adopción de medidas fácilmente aplicables.

3. Categoría III - Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d)
   Incluye aquellos proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente.
4. Categoría IV - Estudio de Impacto Ambiental Estratégico (EIA-e)
   Incluye aquellos planes y programas de inversión públicos que establezca el Reglamento.

3.1.4. Autoridades Competentes[55]

El organismo coordinador del SEIA será el Consejo Nacional del Ambiente, en concordancia con lo que establece su ley de creación[56].

El CONAM, dentro del SEIA, tendrá las siguientes funciones:

1. Coordinar con las autoridades sectoriales competentes y proponer al Consejo de Ministros, el o los proyectos de reglamentos y sus modificaciones, para la aprobación de los correspondientes Decretos Supremos.
2. Asegurar y coordinar con las autoridades sectoriales competentes, la adecuación de los regímenes de evaluación de impacto ambiental existentes, a lo dispuesto en la Ley del SEIA.
3. Llevar un registro público y actualizado de las solicitudes de certificación ambiental presentadas y su clasificación, de los términos de referencia emitidos, procedimientos de revisión de estudios de impacto ambiental en curso, de los mecanismos formales de participación, de las resoluciones adoptadas y de los certificados ambientales emitidos.
4. Recibir, investigar, controlar, supervisar e informar a la Presidencia del Consejo de Ministros, las denuncias que se le formulen por infracciones en la aplicación de la Ley del SEIA y su reglamento.
5. Actuar como autoridad competente en los casos de propuestas de planes y programas, los cuales requerirán un Estudio de Impacto Ambiental Estratégico (EIA-e).

Las autoridades sectoriales nacionales con competencias ambientales tendrán las siguientes funciones, dentro del SEIA:

1. La autoridad competente, según las categorías establecidas para los EIA, será el

[55] Artículos 16º, 17º y 18º del Proyecto de Ley
[56] Ley Nº 26410, Ley de creación del CONAM, pub. 22.12.1994

Ministerio del sector correspondiente a la actividad que desarrolla la empresa proponente o titular del proyecto.

2. En caso de que el proyecto incluyera dos o más actividades de competencia de distintos sectores será únicamente el Ministerio del Sector al que corresponda la actividad de la empresa proponente por la que ésta obtiene sus mayores ingresos brutos anuales.
3. En caso de que el proyecto corresponda a una actividad que no haya sido identificada como perteneciente a un determinado sector o en caso sea necesaria la dirimencia sobre la asignación de competencia, corresponderá al Consejo Directivo del CONAM definir la autoridad competente.

3.2. Dictamen de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República sobre el Proyecto de Ley del SEIA[57]

Dentro del proceso de formación y promulgación de una ley en el Perú, ésta una vez aprobada se envía al Presidente de la República para su promulgación, si no lo hace la promulga el Presidente del Congreso. No obstante el Presidente tiene la potestad de hacer observaciones sobre una parte o toda la ley aprobada en el Congreso, la cual es reconsiderada por el ente legislativo y su Presidente la promulga finalmente[58].

En el caso del Proyecto de Ley del SEIA, siguiendo lo establecido en el párrafo anterior, el Presidente de la República ha observado la Ley en dos oportunidades. Siendo así que la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República, recogiendo las observaciones del Poder Ejecutivo, ha emitido su dictamen, del cual señalamos los aspectos más relevantes:

1. Al crear los Estudios de Impacto Ambiental Estratégicos (EIA-e) se crea también una nueva instancia de evaluación de los estudios de impacto ambiental, y para todo el sistema se crea el Programa de Evaluación de Impacto Ambiental (PREVIA) dentro del CONAM, el cual manejará el SEIA para todos los proyectos de inversión pública y privada, así como planes y programas sectoriales, duplicando las funciones de los sectores correspondientes.
2. El CONAM sólo tiene la finalidad de cumplir funciones de planificación, promoción y coordinación, mas no constituye una instancia de carácter técnico evaluativo, de este modo se estaría alterando las funciones y competencias del mismo, ya que evaluaría y aprobaría los EIA-e.
3. Los planes y programas sectoriales son las líneas directrices para el desarrollo de la inversión pública y privada, por lo que la creación de una nueva instancia adminis-

[57] El Dictamen fue emitido el 21 de abril de 1999.

[58] Artículo 108º del Constitución Política del Perú.

trativa, traerá como consecuencia un sistema más complejo en la tramitación de los EIA, lo cual finalmente limitará y retrasará la inversión pública y privada.

Finalmente, el Dictamen de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía concluye lo siguiente:

1. Eliminar de la ley los Estudios de Impacto Ambiental Estratégicos (EIA-e).
2. Eliminar la competencia del CONAM para actuar como autoridad competente para la evaluación y aprobación de los planes y programas.

IV. CONCLUSIONES[59]

1. En el Perú, las normas que regulan la aplicación de la Evaluación de Impacto Ambiental son de competencia de los diferentes sectores, existiendo diferencias en los avances realizados por ellos.
2. Los sectores con competencia ambiental y encargados de exigir un Estudio de Impacto Ambiental son: Energía y Minas - Salud - Pesquería - Agricultura - Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales - Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción - Defensa. Así, como el CONAM.
3. Los sectores que tienen normas sobre Evaluación de Impacto Ambiental son: Energía y Minas - Pesquería - Agricultura - Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales - Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción - Defensa.
4. Existen disparidades entre los alcances, procedimientos e instrumentos de apoyo utilizados entre los diferentes sectores que poseen normas sobre EIA. La dispersión de percepciones que genera un sistema de gestión sectorializado y falto de mecanismos de integración, coordinación y organización ha llevado a la generación de sustanciales diferencias entre los sectores. A esto se suma la generación de distintas normas sectoriales que se han venido promulgando desde 1993 respecto de la actividades que requieren la realización de EIA y para la aprobación de Términos de Referencia. Esta variedad de requisitos, alcances y requerimientos genera incertidumbre para inversionistas nacionales y extranjeros que desean invertir en los distintos rubros productivos. Asimismo, esta incertidumbre pasa a la comunidad respecto a la manera de cómo participar en el proceso de evaluación de los EIA.

[59] Estas conclusiones son a las que ha llegado el CONAM después de un diagnóstico y estudio de la situación de la Evaluación de Impacto Ambiental en el Perú, recogidas en el Informe sobre el mismo tema citado notas arriba. Las cuales compartimos integralmente, de allí que las incluyamos en este documento casi textualmente. Sin embargo, las referencias a la gestión ambiental nacional y al mismo Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental corresponden al autor del informe.

5. Específicamente, se puede señalar el no cumplimiento de la exigencia del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales respecto al libre acceso a los EIA, los Ministerios han establecido restricciones para el ejercicio de ese derecho. Las Audiencias Públicas presentan limitaciones respecto a la convocatoria y al alcance de la misma y sólo se está realizando en el Ministerio de Energía y Minas, no constituye una práctica extendida en los otros sectores por ausencia de regulación específica a pesar que sus reglamentos contemplan este mecanismo formal de participación ciudadana para la aprobación de los EIA. También hay sustanciales diferencias respecto a los Términos de Referencia para la elaboración de los estudios, en algunos casos hay un desarrollo completo del tema y en otros sólo un índice general del mismo.
6. Todos estos aspectos no contribuyen a la definición de una política nacional ambiental clara de la cual se puedan derivar las estrategias, actividades y metas para la gestión ambiental del país.
7. La fortaleza institucional del Consejo Nacional del Ambiente se ve debilitada, ya que los objetivos planteados dentro de su función de coordinar, concertar y establecer la política nacional del ambiente chocan con las prioridades económicas, de inversión financiera específicamente, del gobierno. Asimismo, su capacidad regulatoria y de fiscalización carece del peso coercitivo necesario para poder enfrentar las competencias sectoriales. Especialmente en estos momentos, cuando nos encontramos en una etapa de cuestionamiento de la propia existencia del CONAM.

Participación ciudadana en la legislación ambiental en el Perú

*Talía L. Vela Vargas**

SUMARIO

I. ALCANCES DE CONTENIDO. II. INTRODUCCIÓN. III. MARCO TEÓRICO DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL PERUANA: MODELOS LÓGICOS Y PRESUNCIONES. IV. EL MARCO LEGAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL EN EL PERÚ. 4.1. Participación en la toma de decisiones a nivel administrativo. 4.2. Participación a nivel de procedimientos administrativos. 4.3. Participación a nivel de acciones judiciales. V. A MANERA DE CONCLUSIÓN. FUENTES DOCUMENTALES

I. ALCANCES DE CONTENIDO

El presente artículo explora los mecanismos de participación ciudadana incluidos en la legislación ambiental peruana. En la introducción se exponen los antecedentes del tema, mientras que en la primera parte los conceptos utilizados para el análisis. La segunda parte se concentra en la descripción y el análisis del marco legal relativo a participación ciudadana en materia ambiental en el Perú. Por ultimo, se expresan las conclusiones del estudio, en base a las herramientas teóricas expuestas.

II. INTRODUCCIÓN

El tema de la participación ciudadana en la elaboración de las políticas y legislación ambientales fue establecido explícitamente, por primera vez, en el Reporte Brundtland (1987), el mismo que en su capitulo 12, referido a propuestas para el cambio institucional y legal señala que, en lo referente a la toma de decisiones de manera informada, se hace necesario involucrar a la sociedad civil a través de sus instituciones representativas, las que son identificadas principalmente como organizaciones no gubernamentales[1].

* Bachiller en Derecho y Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Master in Arts (Development Studies), Institute of Social Studies, La Haya, Países Bajos. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

1 La principal característica que el Reporte Brundtland identifica en las organizaciones no gubernamentales es que representan los intereses de la sociedad civil. Se trata de un concepto extensivo, usado para referir a asociaciones, grupos de interés, organizaciones comunitarias de base (termino utilizado no muy frecuentemente en el lenguaje de Naciones Unidas en esos años), grupos de base, etc.

Durante la ultima década, la inclusión de mecanismos para la participación pública en la política y legislación ambientales fue creciendo en importancia, debido a la relevancia otorgada a los problemas ambientales a nivel mundial, haciéndose cada vez mas evidente la necesidad de contar con la opinión de los ciudadanos en el diseño y elaboración de dichas políticas y legislación, en la medida que las mismas regulan directamente las actividades de los ciudadanos, afectando, por tanto, sus intereses[2]. La participación de los sujetos de la norma en la elaboración de la legislación y políticas ambientales contribuye a su mayor estabilidad en el tiempo, por cuanto aquellas reflejaran el nivel de consenso alcanzado entre gobernantes y gobernados, incluyendo los intereses que representan. Pero, además, es necesario que dicha participación sea dinámica, activa y formalmente reconocida a través de los mecanismos proveídos por la ley, para que así la legislación ambiental se vea fortalecida, al contar con el necesario apoyo político y técnico para su efectivo cumplimiento.

Se parte del reconocimiento de que los diversos intereses de los grupos de la sociedad civil pueden y deben ser conciliados, en vista de este interés mayor y común que es el logro del desarrollo sostenible.

La inclusión e implementación de mecanismos de participación ciudadana en la legislación ambiental peruana es relativamente reciente[3], no habiendo existido, por lo tanto, oportunidad de evaluar sus resultados en el mediano y largo plazo, a fin de proponer medidas para su fortalecimiento. La tendencia en estos últimos años ha sido la de impulsar la inclusión de tales mecanismos en la normativa, sin reparar en la sistemática de los mismos dentro del cuerpo legislativo vigente[4].

Este artículo se concentra, en una primera etapa, en el análisis del modelo lógico y presunciones de las estrategias de participación ciudadana incluidas en la actual legislación peruana, para lo cual se utilizan instrumentos de análisis provenientes de las ciencias sociales y políticas. La justificación de dicho análisis es que, en la medida que las normas reflejan determinadas presunciones y, por lo tanto, modelos y esquemas, es necesario explicitar dicha lógica, a fin de entender su rol dentro del proceso de gestión ambiental en el Perú y en relación con el resto del corpus iuris.

[2] Siguiendo a Magarinos de Melo (1997) debemos decir que dichos intereses son principalmente económicos, razón por la cual, los grupos que pudieran verse afectados por la legislación ambiental se oponen a su cumplimento.

[3] Consideramos como legislación ambiental solo aquella que tiene por objeto explícito la protección del bien jurídico ambiente, no incluyendo la denominada «normativa ambiental casual» conceptualizada por Branes. En este sentido, la norma más antigua es el Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (07 de setiembre de 1990). Debemos expresar, sin embargo, que la base del análisis refiere a lo establecido en la Constitución Política del Estado (en aquella época, aun vigente la de 1978).

[4] Esto puede ser corroborado si se realiza un análisis comparativo de los diversos procedimientos o mecanismos que incluyen la participación ciudadana en materia ambiental, elaboración bastante extensa que excede los objetivos exploratorios de este artículo.

En una segunda etapa, se relacionan dichos antecedentes con el análisis propiamente jurídico de la normativa. Procederemos a realizar el análisis concentrándonos en la normativa constitucional que forma la base del cuerpo normativo peruano, con la norma derivada más importante, v.g. la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, haciendo referencia posteriormente a la norma legal general más importante en materia ambiental, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Posteriormente, se analizaran algunas normas especificas, tales como la Ley del Consejo Nacional del Ambiente, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales y la Ley de Creación del Fondo Nacional del Ambiente, entre otras, en la medida que reflejan los diversos mecanismos y niveles de participación ciudadana considerados en la legislación ambiental peruana. Finalmente, arribaremos a las conclusiones acerca del estado de dicha normativa en el Perú.

III. MARCO TEÓRICO DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL PERUANA: MODELOS LÓGICOS Y PRESUNCIONES

Como hemos anotado de manera general, el Perú cuenta con un marco legal que considera mecanismos para la participación ciudadana en materia ambiental, incluyendo el delineamiento y elaboración de políticas y legislación. Dicho marco incluye el derecho a la información y el derecho a la participación. Como consecuencia de ello, se establecen en las normas especificas procedimientos, para hacer factible dicha participación, los mismos que difieren de una norma a otra, pudiendo ser de carácter permanente o transitorios[5].

A continuación, procederemos a exponer el marco teórico para el análisis del modelo lógico y las presunciones normativas que subyacen la legislación ambiental peruana relativa a participación ciudadana.

En el siguiente cuadro resumimos las principales características de dos modelos opuestos, comúnmente reconocidos en el campo metodológico relativo a estrategias para la participación, las que han sido tomadas de Mikkelsen (1996, basado en Lund 1990) y que aplicamos al campo de la elaboración de políticas y legislación ambientales.

[5] Como mecanismos de carácter permanente podemos incluir a los cuerpos institucionales, v.g. Consejos Directivos, que incluyen la participación de la sociedad civil a través de representantes. Como mecanismos transitorios podemos incluir a aquellos destinados a la participación de la sociedad civil con un objetivo especifico, v.g. la elección de representantes para un determinado cuerpo institucional o para expresar su opinión en relación a un determinado tema. Esta clasificación no es estricta, en la medida que los dos tipos de herramientas interactúan entre sí en el proceso de toma de decisiones a nivel público.

Estrategias para la Participación de la Sociedad Civil

Estrategia	«Eficiencia»	«Empoderamiento»
	Construida desde el Estado, la relación con la sociedad civil es vertical. (Inclusión).	El concepto de desarrollo alternativo[6] es definido por la sociedad civil. (Integración).
Presunciones Normativas	El Estado define las necesidades de la sociedad civil que serán satisfechas.	La sociedad civil define las necesidades que serán satisfechas.
Presunciones Deductivas	La sociedad civil debe ser capacitada desde el Estado, a fin que pueda participar en el proceso de elaboración de políticas.	La sociedad civil organizada se desenvuelve activamente en el proceso de formulación de políticas y tiene la capacidad y los derechos de expresar sus demandas.
Presunciones Teóricas	Los objetivos de las políticas pueden ser alcanzados armoniosamente y los conflictos entre los grupos sociales pueden resolverse, a través de esquemas de democracia local. Por lo tanto, la participación de la sociedad civil es posible.	Comparte la presunción.
	La participación de la sociedad civil tiene un efecto positivo en las políticas públicas.	Las políticas públicas son positivas cuando existe participación de la sociedad civil.
	La participación de la sociedad civil es un medio efectivo para movilizar recursos locales (humanos y materiales) con el fin de implementar políticas.	El empoderamiento de la sociedad civil es necesario para su participación, pues ningún gobierno invertirá recursos para el logro de los objetivos de las políticas públicas, definidas por la sociedad civil, si es que la misma no tiene capacidad de presión sobre el gobierno.

[6] Se define desarrollo alternativo como alternativas a la concepción unívoca de desarrollo como crecimiento económico, caracterizado por: provenir de la sociedad civil, incluir el concepto de genero, ser participatorio, descentralizado, reconocer los intereses de los diferentes grupos sociales (empoderamiento), ser democrático y pluralista, etc.

Estrategias para la Participación de la Sociedad Civil (continuación)

Estrategia	«Eficiencia»	«Empoderamiento»
Presunciones Teóricas	La falta de participación expresa la incapacidad de la sociedad civil para participar, y sus cau-sas pueden ser falta de educa-ción, carencia de fondos y recursos o un bajo nivel de organización.	La falta de participación de la sociedad civil en la formulación de las políticas es una expresión de desacuerdo o resistencia (a nivel interno entre los miembros de la comunidad local, o a nivel externo contra el gobierno central o los gobernantes).
	La falta de participación es una expresión de la inapropiada adaptación de las políticas a las necesidades del grupo objetivo de la sociedad a las que están dirigidas, es decir se concentra en las barreras operacionales para la participación; por lo tanto, se trata de un elemento técnico, educacional, administrativo o financiero que necesita ser corregido.	La falta de participación es una expresión de la existencia de estructuras sociales que excluyen a ciertos grupos de la sociedad civil de dicha participación, se concentra en las barreras estructurales para la participación; por lo tanto, se trata de un conflicto social a ser corregido a través de un compromiso en relación con las políticas que causan conflicto y/o la remoción de las estructuras sociales que no permiten la participación, es decir, reformas políticas.

Fuente: Mikkelsen (1996) basado en Lund (1990), traducción de la autora.

Teniendo como antecedente el espíritu de los acuerdos de Río de 1992, el modelo lógico de estrategia participatoria de empoderamiento es el mas coincidente con los principios que informan dichos convenios. Así, la Declaración de Río de Janeiro de 1992 señala en su articulo 10 que «el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades publicas (...), así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes».

Basados en el marco teórico descrito líneas arriba procederemos a explorar en los mecanismos de participación ciudadana incluidos en la legislación ambiental peruana.

IV. EL MARCO LEGAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL EN EL PERÚ

La legislación ambiental peruana relativa a participación ciudadana tiene base en la Constitución Política de 1993 y la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. La Constitución Política en su artículo 2, inciso 5, señala que los ciudadanos tienen derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requieran y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Asimismo, en su artículo 2, numeral 17, señala que los ciudadanos tienen derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. De otro lado, el artículo 31 adiciona que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante iniciativa legislativa y que es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción, indicando que la ley especifica norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de dicha participación.

El derecho de participación presupone la existencia del derecho a la información, el que asegura a los ciudadanos el conocimiento necesario para un efectivo involucramiento en el proceso de elaboración de políticas y legislación. El derecho a la información de los ciudadanos se opone al deber de informar que tienen las autoridades, el mismo que solo esta limitado en los casos expresamente señalados en la Constitución.

De otro lado, la Ley 26300, de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, en su artículo 2, literales b), d) y e) señala que son derechos de participación de los ciudadanos la iniciativa en la formación de las leyes y de los dispositivos municipales y regionales, así como otros mecanismos de participación establecidos por dicha ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales, de acuerdo a lo establecido en las leyes orgánicas respectivas (Artículo 7). Asimismo señala en su artículo 3, literal d) que son derechos de control de los ciudadanos otros mecanismos de control establecidos por dicha ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales, de acuerdo a lo establecido en las leyes orgánicas respectivas (Artículo 7)[7].

Asimismo, la Ley 26300 establece un procedimiento especifico para el caso de las iniciativas legislativas (Artículos 8, 11, 12, 13, 14 y 15), que incluye la presentación del proyecto ante la autoridad electoral competente, con un numero determinado de firmas y el procedimiento a ser utilizado en el Congreso para el dictamen y posterior aprobación.

[7] La Ley Orgánica de Municipalidades incluye los denominados mecanismos de participación vecinal que no han sido potenciados por las autoridades a cargo de su aplicación. Con la revisión de la normativa sobre descentralización en el Perú podrían explorarse mecanismos innovadores para promover una mayor integración de los ciudadanos en la toma de decisiones a nivel comunal, como un primer paso para una mayor participación a otros niveles.

Observamos que los mecanismos de participación ciudadana incluidos a nivel general son formales y están sujetos a un estricto procedimiento de carácter constitucional, ante la autoridad electoral. No se trata pues de promover la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, sino de encauzar dicha posibilidad en un solo sentido, con el objetivo que, en cierto modo pueda ser controlada. Esto puede deducirse claramente de los requisitos exigidos para la puesta en marcha del procedimiento de participación y control, especialmente en lo relativo a las iniciativas legislativas que, evidentemente, se enmarcan dentro de lo que en el anterior acápite denominamos estrategia de eficiencia.

El Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales incluye en su articulado (Titulo Preliminar, Artículo VI) el derecho de toda persona a participar en la definición de la política y en la adopción de las medidas de carácter nacional, regional y local relativas al medio ambiente y a los recursos naturales. Asimismo, establece en el mismo dispositivo que los ciudadanos tienen derecho a ser informados de las medidas o actividades que puedan afectar directa o indirectamente la salud de las personas o de la integridad del ambiente y los recursos naturales.

La normativa ambiental de la referencia recoge los principios y recomendaciones del Reporte Brundtland de 1987, los mismos que posteriormente constituyeron la base de lo establecido en los acuerdos de Río de Janeiro de 1992. En ese sentido, el Código del Medio Ambiente define el derecho de participación, enmárcandolo dentro del concepto de desarrollo sostenible precisado en el Reporte Brundtland[8]. Aquí es importante resaltar las implicancias de dicha inclusión en el posterior desarrollo de la normativa ambiental en el Perú, situación expresada por la sucesiva y variada regulación de procedimientos de participación ciudadana en todos los niveles. Dicha diversidad, si bien positiva desde el punto de vista político, significó, de otro lado, la adopción de conceptos, métodos y estrategias nunca antes aplicados en el país, motivando el inicial rechazo de los sectores productivos y de parte de la burocracia estatal encargada de la implementación.

También debemos mencionar que se han introducido artículos relativos a participación ciudadana en algunos casos específicos, tales como el de la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que en su artículo 5 establece que los ciudadanos tienen derecho a ser informados y a participar en la definición y adopción de políticas relacionadas con la conservación y uso soste-

[8] Debemos tener presente que en la elaboración del Código del Medio Ambiente contribuyeron especialmente las organizaciones no gubernamentales especializadas en derecho ambiental, imbuidas también en el proceso de preparación de la sociedad civil para la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río 1992). Como resultado de ello, dicho Código refleja en la mayor parte de su articulado original los principios y conceptos del desarrollo sostenible. A pesar de su posterior modificación, el espíritu original se mantiene y, en esa medida, es una norma especialmente invocada en la defensa del medio ambiente en el Perú.

nible de los recursos naturales, reconociéndose además el derecho de formular peticiones y promover iniciativas de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes, de conformidad con la ley de la materia.

Consideramos que la formulación del artículo es bastante adecuada, en la medida que incluye los dos derechos que son parte esencial de lo que se denomina participación ciudadana, el derecho a la información y el derecho a la participación, enmarcando los mismos en lo establecido por la Constitución y el Código del Medio Ambiente. Sin embargo, nos encontramos aquí ante una norma especial que prescribe en relación con el tema sin incluir en su articulado procedimientos o criterios que puedan hacer viable esa participación en las normas especiales que se derivaran de ella, v.g.: la Ley Forestal y la Ley de Aguas.

A continuación pasamos a analizar el estado de la cuestión en las diversas etapas que pueden incluir la participación de la ciudadanía para la toma de decisiones, para lo cual tomamos como base para el análisis la clasificación de Machado (1997).

4.1. PARTICIPACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES A NIVEL ADMINISTRATIVO

Debemos anotar que en el Perú la autoridad ambiental es sectorial, pues cada uno de los sectores del Estado tiene competencias en la materia. Sin embargo, la máxima autoridad a nivel político es una sola, el Consejo Nacional del Ambiente, creado por Ley 26410, en cuyo articulado encontramos la inclusión de mecanismos de participación para el proceso de toma de decisiones a nivel interno.

Así, la Ley 26410 Ley del Consejo Nacional del Ambiente establece en su artículo 4, literal g), que es función del Consejo Nacional del Ambiente fomentar la investigación y la educación ambiental, así como la participación ciudadana, en todos los niveles. Del mismo modo, el artículo 6, en sus literales d) y e) establece que en el Consejo Directivo del Consejo Nacional del Ambiente, máxima autoridad del mismo, se incluirá representantes de la sociedad civil, definidos como representantes de los sectores económicos primarios (productores de materias primas) y secundarios (industria). Asimismo, el artículo 13 de la mencionada ley señala el procedimiento de designación de dichos representantes, el mismo que se efectúa con acuerdo a las normas internas o en base a los acuerdos que dichos gremios o grupos tomen.

La norma establece claramente la inclusión de representantes de la sociedad civil en el Consejo Directivo del CONAM. Sin embargo, la definición de dicha representación es extremadamente restrictiva, excluyéndose la posibilidad de participación de las organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias de base. La equivalencia sociedad civil = sectores productivos no es tal, especialmente si se trata de problemas de interés de la comunidad, tal y como ocurre con los relacionados al ambiente y los recursos naturales. La pregunta entonces es, cual es la definición de participación que lleva consigo la ley de creación del CONAM. Evidentemente, no nos

encontramos aquí frente a una norma que intente incluir las estrategias participatorias de empoderamiento. Se trata puramente de una estrategia de eficiencia, en cuyo caso se encauza nuevamente la opinión de la sociedad civil, excluyendo la posibilidad de expresión de ciertos grupos con intereses, en algunos casos, claramente diferentes o incluso contrapuestos a los de los sectores productivos.

Por su lado, la Ley 26793, Ley de Creación del Fondo Nacional del Ambiente, establece en su artículo 4, la inclusión de representantes de los organismos no gubernamentales, organismos empresariales y de la comunidad universitaria en su Consejo Directivo. La citada norma, en las Disposiciones Finales Tercera y Cuarta, también establece el procedimiento de designación de dichos representantes.

Nos encontramos aquí ante una figura similar, al menos a nivel formal, a la del Consejo Directivo del CONAM. La diferencia, sin embargo, es de fondo desde el momento en que esta norma, si incluye la posibilidad de participación de los organismos no gubernamentales, además de la comunidad universitaria. La terminología utilizada refleja una voluntad de apertura mayor. La definición de sociedad civil definitivamente es más inclusiva, en comparación con la utilizada en la Ley de Creación del CONAM. Asimismo, el procedimiento de designación de representantes intenta ser más amplio que el considerado para el Consejo Nacional, lo cual es sumamente meritorio tratándose de un fondo que maneja fondos públicos y privados, provenientes incluso de la cooperación extranjera con el fin de llevar a cabo programas de desarrollo sostenible en el Perú.

Si bien encontramos diversidad de criterios para la inclusión de la sociedad civil a nivel del proceso de toma de decisiones administrativo, consideramos que los avances en la materia son positivos, en la medida que crean una practica de participación en las organizaciones de la sociedad civil y una practica de coordinación e intermediación a nivel de los organismos del Estado, cuyos resultados solo podrán ser evaluados a mediano plazo.

4.2. PARTICIPACIÓN A NIVEL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Observamos en este caso particular que a nivel de la autoridad ambiental sectorial, v.g. ministerios, se han establecido numerosas regulaciones administrativas que norman determinados estados o etapas de procedimientos mayores o complejos. Tal es el caso de la denominada evaluación de impacto ambiental.

En el caso del Perú, es el sector hidrocarburos el que ha realizado los mayores avances en relación con el tema[9], incluyendo en especifico la realización de audiencias públicas para la presentación y discusión de los estudios preliminares de impacto ambiental y del producto de la evaluación en si. Observamos que, si bien formalmente

[9] Véase la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos y sus reglamentos, en especial el D.S. 046-93-EM que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos.

se da espacio para la discusión y recolección de opiniones por parte del público en general, especialmente de aquellos sectores de la población que se verían afectados por los proyectos de exploración y explotación, en la práctica son muchas las criticas que se efectúan, en especial por el modo en que dichos procedimientos son implementados, restringiéndose extremadamente los derechos de información y participación con otros argumentos, tales como, el derecho al secreto industrial o la entrega de información a destiempo o a costos extremadamente altos, imposibles de afrontar por ciertos sectores de la población, especialmente los mas pobres (que son precisamente los mas frecuentemente afectados por esta clase de problemas).

Asimismo, observamos que en los demás sectores de la producción, la posibilidad de participación ciudadana en especifico para el control y fiscalización ambiental es inexistente[10].

Como siempre quedan disponibles, las herramientas comunes del procedimiento administrativo que pueden ser utilizadas con el propósito de defender el bien jurídico ambiente. En tales casos, la legislación vigente permite el accionar de cualquiera de los interesados, en los plazos correspondientes. Estas normas no han sido mayormente utilizadas debido a la lentitud del procedimiento.

Observamos pues que la participación a este nivel no ha sido frecuentemente utilizada o promovida, en la medida que los procedimientos comunes son largos y engorrosos y debido a que los establecidos específicamente para el caso ambiental han seguido el mismo camino.

4.3. PARTICIPACIÓN A NIVEL DE ACCIONES JUDICIALES

Debemos señalar que el Código del Medio Ambiente fue la primera norma que reconoció explícitamente el derecho de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa del ambiente a accionar en favor de intereses difusos, como el derecho a disfrutar de un ambiente sano. Posteriormente dicha prescripción fue incorporada al Código Procesal Civil actualmente vigente, asegurándose la posibilidad de representación de un sector de la población en procesos judiciales que pudieran afectarlos directamente.

En estos ultimos años, la experiencia judicial en materia de ambiente ha ido creciendo en número y en desarrollo jurisprudencial. Así, podemos observar que del pionero caso Proterra vs. Ferroaleaciones San Ramón en 1989, el interés de los ciudadanos en interponer este tipo de acciones como un medio para resolver los problemas ambientales que afectan a su comunidad ha ido en aumento también. Se trata entonces de un proceso que se ha ido desarrollando de manera paulatina, en especial

[10] A la fecha no se han establecido en los otros sectores de la producción procedimientos o mecanismos de tipo administrativo que permitan la participación de los terceros interesados que puedan ser afectados por el desarrollo de tales actividades.

gracias al impulso dado por las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa del ambiente.

El resultado más interesante de todo este proceso es el mayor nivel de conocimiento que puede señalarse en la judicatura que tiene a su cargo estos casos. Al mismo tiempo, las diversas jurisprudencias en la materia han influido en la dación de leyes y reglamentos, en especial cuando se trato de conflictos entre actividades productivas y ambiente. El tema devino de anécdotico a serio, en especial por las importantes y drásticas decisiones que se dieron en favor de la conservación del ambiente y los recursos naturales en el Perú.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Expuestos los principales elementos que caracterizan a la legislación ambiental peruana relativa a mecanismos de participación ciudadana, podemos afirmar que, en general, la misma refleja de manera muy amplia las estrategias de eficiencia a las que subyacen criterios de aproximación vertical, Estado-ciudadanos. De otro lado, solo en el caso del Fondo Nacional del Ambiente podría decirse que se ha tratado de incluir un espacio mayor, sin embargo, de ningún modo puede considerarse que ello garantiza la posibilidad de expresión de todos los grupos que pueden tener interés en el tema ambiental, en especial las organizaciones comunitarias de base.

La existencia de dicha aproximación de eficiencia en las normas relativas al tema de la participación ciudadana en el Perú impide la integración de importantes sectores de la ciudadanía, pudiendo acceder a dichos mecanismos de poder solamente aquellos grupos de interés que tienen medios de comunicación directos, tales como lobby o estrategias de influenciamiento.

Debemos señalar que los mecanismos de participación ciudadana incluidos en la legislación ambiental en el Perú, incluyen de una u otra forma los derechos de información y de participación, tratando de encontrar un balance entre ambos, a fin de no afectar otros derechos. Sin embargo, las formulaciones que encontramos en las normas son meramente enunciativas, faltando la inclusión de criterios claros y con carácter de obligatorios que puedan guiar la inclusión de dichos procedimientos en normas posteriores de la mayor importancia para el país.

De otro lado, podemos señalar como otra característica de los mecanismos participatorios incluidos en la legislación ambiental en el Perú que son casuísticos pues varían de una norma a otra, no encontrándose un hilo conductor general entre los diferentes procedimientos considerados en las normas a todo nivel. Es necesario un mayor esfuerzo con el propósito de sistematizar lo ya avanzado a fin de potenciar su aplicación efectiva. A pesar de ser reiterativo, es claro que no hacen falta mas leyes, sino aplicación de las ya existentes.

Es claro que la normativa ambiental relativa a participación ciudadana en el Perú refleja ciertos postulados y presunciones de la estrategia de eficiencia, lo que debe ser reconocido como un avance en comparación con la situación anterior a la dación del Código del Medio Ambiente. Sin embargo, ello no debe obstar para un mayor desarrollo en la legislación de los conceptos participatorios de la estrategia de empoderamiento, con el fin de brindar a los grupos sociales mas desfavorecidos medios de acceso que permitan su expresión y, al mismo modo, evitar la aparición de conflictos sociales de mayor magnitud.

La famosa dicotomía desarrollo-conservación no es tal, se trata de dos caras de la misma moneda. Situación suficientemente acordada a nivel internacional, regional y nacional. Viene ahora el camino mas largo, como aplicar y con que instrumentos los conceptos de desarrollo sostenible, a fin que el discurso no quede en el vacío.

Fuentes documentales

ANDALUZ, Carlos y Walter VALDEZ. *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*. Lima: Proterra. 1995.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (ed.) *Constitución Política del Perú*. Lima: Imprenta del Congreso de la República. 1993.

MACHADO, Paulo Affonso Leme «Information and Participation: Required Instruments for the Improvement of Environmental Rights», in *Environmental Policy and Law*. Vol. 27, N° 4, 1997. The Hague: IOS Press, pp: 285-288. 1997.

MAGARINOS DE MELLO, Mateo J. «Nature of Environmental Law, in the Light of its General Theory» in *Environmental Policy and Law*. Vol. 27, N° 4, 1997. The Hague: IOS Press, pp: 247-255. 1997.

MIKKELSEN. *Research Methods for Development*. London: Mac Millan. 1996

SANDOVAL AGUIRRE, Oswaldo (ed.). *Legislación Ambiental*. Lima: IMPREDISA. 1997.

SPIERTZ, Joep y Melanie G. WIBER (eds.). *The Role of Law in Natural Resource Management*. The Hague: VUGA. 1996.

THE WORLD COMMISSIÓN ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our Common Future*. Oxford New York: Oxford University Press. 1987.

IV. Derecho ambiental y recursos naturales

Marco normativo para la gestión del recurso de agua en el Perú

Walter Valdez Muñoz y Gisella La Torre

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA PARA LA GESTIÓN DEL AGUA. 1.1. Las Autoridades Autónomas de Cuencas Hidrográficas. 1.2. La Administración Técnica del Distrito de Riego. 1.3. El Distrito de Riego. 1.4. Los usuarios. 1.5. La Junta de Usuarios. 1.6. Las Comisiones de Regantes. 1.7. Procedimientos administrativos en materia de aguas. II. PROCEDIMIENTOS DE APLICACION DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA GESTION DEL RECURSO AGUA. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA NORMATIVA E INSTITUCIONALIDAD. 2.1. Prioridades en el aprovechamiento del recurso hídrico. 2.2. Flexibilidad y adaptabilidad normativa. 2.3. Regulación integral de los recursos naturales. 2.4. Fomento de nuevas tecnologías. 2.5. Evaluación de Impacto Ambiental del aprovechamiento de los recursos naturales. 2.6. Régimen de dominio de las aguas. 2.7. Regulación sobre álveos o cauces de los ríos. 2.8. Las aguas subterráneas. 2.9. Los derechos de uso de los recursos. 2.10. Aplicación de instrumentos jurídicos relacionados con el aspecto ambiental del manejo de cuencas. 2.11. Conciencia sobre el manejo racional de los recursos hídricos. 2.12. Poder de decisión de las instancias locales y regionales. 2.13. Descentralización en la toma de decisiones y responsabilidades. III. CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

El aprovechamiento de los recursos hídricos contribuye a la productividad económica y el bienestar social, siendo tan importante dicha contribución que es necesario el ordenamiento global del agua como un recurso limitado y vulnerable, y la formulación y coordinación de los planes y programas hídricos sectoriales dentro del marco de la política económica y social. Dicho aprovechamiento y ordenación de los recursos hídricos, deben tener en cuenta las consideraciones de tipo ambiental, económico y social, planificando de acuerdo además a las necesidades de los usuarios y al desarrollo socioeconómico del país.

Tomando como unidad de gestión para manejo de los recursos naturales a las cuencas hidrográficas, éstas se constituyen en unidades de planificación para fijar las políticas de uso, conservación y protección de los recursos naturales de una región; a nivel de subcuenca se definen las estrategias de intervención de las distintas entidades involucradas, para ser ajustadas y ejecutadas con la participación de la población mediante planes ejecutivos a nivel de microcuencas.

Según Axel Dourojeanni[1], la gestión de la cuenca hidrográfica se constituye en la dirección, orientación o conducción del proceso de desarrollo de una cuenca; en tal medida, involucra a todos los agentes que actúan en su ámbito. La gestión de la cuenca debe estar fundamentada en las políticas y normas que le sirven de base para dar sustento a sus acciones.

El manejo de cuencas, se considera como el conjunto de acciones que se realizan en su ámbito, orientadas a la recuperación, control, protección y conservación de los recursos naturales. Paralelamente, se concibe que la ordenación institucional de la cuenca debe traducirse bajo la acepción de gestión de cuencas.

El manejo integral de cuencas hidrográficas incluye el concepto de administración racional y estratégica de todos los recursos naturales de la región, el cual ha de contemplar los procesos de uso, conservación y protección de los recursos naturales. En consecuencia, en él se incluirán los planes de manejo de los bosques, planes de ordenamiento de cultivos, planes para el manejo y conservación de los suelos, planes para el manejo de las aguas, etc; pero no formulados de manera aislada, sino concebidos en una forma integral, de unidad, contemplando la ordenación y orientación de la actividad humana, y propendiendo a producir el mayor beneficio, causando el menor deterioro al medio ambiente.[2]

Mediante el manejo integral y sostenible de cuencas hidrográficas, se permite compatibilizar:

- Las prioridades de los distintos sectores involucrados en la región.
- El aumento de la producción, con la conservación de los recursos naturales.
- El aumento de la calidad de vida de sus habitantes con el equilibrio del medio ambiente.

El manejo de cuencas hidrográficas es un medio apropiado para abordar la planificación y administración de los recursos naturales que permita armonizar dichos conflictos y mediante proyectos de inversión pública o privada poder entonces, gestionar el financiamiento nacional o externo para implementar medidas y tratamientos conducentes a la solución integral del problema[3]. Es uno de los instrumentos más adecuados para procurar el objetivo de un uso racional de los recursos naturales, para una determinada región geográfica, considerando sus especiales limitantes y posibilidades.

[1] DOUROJEANNI, Axel. Políticas Públicas para el Desarrollo Sustentable: La Gestión Integrada de Cuencas. Segundo Congreso Latinoamericano de Manejo de Cuencas Hidrográficas, 06 al 10 de noviembre de 1994.

[2] SOSA IMAZ, Pablo. La Cuenca Hidrográfica como Unidad de Planificación para el desarrollo sostenible. setiembre de 1995.

[3] Ibíd.

La planificación[4] del manejo de los recursos naturales en una cuenca hidrográfica, es la formulación racional y equilibrada, de un conjunto de acciones enmarcadas en programas y proyectos, cuyos objetivos fueron previamente establecidos y los cuales involucran conceptos de uso, protección y conservación, para aprovechar en forma sostenida los recursos de una región definida por una cuenca hidrográfica.

La Agenda 21[5] al tratar el tema del recurso agua dulce establece como objetivos los siguientes:

- La ordenación integrada de los recursos hídricos, que se basa en la percepción de que el agua es parte integrante del ecosistema, un recurso natural, un bien social y un bien económico cuya cantidad y calidad determinan la naturaleza de su utilización.
- Evaluación y pronóstico de la cantidad y calidad de los recursos hídricos, con el fin de estimar el volumen total disponible de tales recursos y las posibilidades de abastecimiento futuro, determinar las condiciones actuales de calidad, prever posibles desequilibrios entre la oferta y la demanda y proporcionar una base de datos científica para un uso racional de dichos recursos.
- Mantenimiento de la integridad de los ecosistemas de acuerdo al principio de ordenación, de preservar los ecosistemas acuáticos y de protegerlos eficazmente, protección de la salud pública y desarrollo de los recursos humanos, clave para fomentar la capacidad y requisito para el control de la calidad del agua.
- Adecuado manejo de los desechos sólidos y líquidos que se vierten en las aguas.
- Planificación, aprovechamiento y ordenación de los recursos hídricos sobre una base integrada, a fin de atender a las necesidades presentes y futuras de la producción agrícola.
- Prevenir, comprender y cuantificar la amenaza de las repercusiones del cambio climático en los recursos hídricos.

La Declaración de Río en el Principio XIV referido a la ordenación de los ecosistemas frágiles, plantea la gestión de Cuencas como una alternativa para el desarrollo sostenible en las zonas de Montaña. Pero, a nivel nacional, la gestión de cuencas toca en realidad el conjunto del territorio, si se consideran los sistemas hidrográficos desde las nacientes hasta su desembocadura en el mar, en el Lago Titicaca o un gran río colector como es el Amazonas o sus grandes afluentes.

Aunque ni la Agenda 21 ni la Declaración de Río tienen fuerza vinculante para los gobiernos, en razón de la consensualidad de sus acuerdos y los principios que contienen deben considerarse como complementarias a la normativa constitucional, e

[4] Ibíd. p. 21.

[5] FOY, Pierre (Editor), AGENDA 21. Desarrollo Sostenible «Un Programa para la Acción». Fondo Editorial de la PUCP, Primera Edición, 1998, Lima - PERU.

interpretarse los artículos constitucionales referidos a los recursos naturales y la correlativa obligación del Estado de procurar su aprovechamiento sostenible y su preservación, de acuerdo con los contenidos valorativos introducidos en dichas declaraciones La legislación vigente en la materia, fundamentalmente ha girado alrededor del recurso hídrico, por considerar que éste representa el hilo conductor que debiera conducir hacia una administración de carácter multisectorial.

I. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA PARA LA GESTIÓN DEL AGUA

El Estado como organización política requiere estructurarse de manera tal que le permita cumplir sus fines.

Dado lo complejo y variado de los ámbitos de la actividad económica, productiva y de servicios de un país, la nación jurídicamente organizada opta por ordenar su actuación en base a dos criterios fundamentales de ordenamiento:

a) Por funciones o especialidades.

b) Por niveles o territorial.

Para los efectos de la normativa vigente, el criterio adoptado por el legislador se acoge a un criterio de niveles, según el cual, la Autoridad Autónoma vendría a ser la autoridad superior descendiendo de nivel y de ámbito de acción **territorial** los distintos estamentos de la estructura administrativa.

Sin embargo, la división territorial que se realiza se basa en criterios geopolíticos, es decir, que antes de tratarse de una estructura según la cuenca de su jurisdicción, se acoge el criterio de distrito, provincia o región, limitándose de tal manera la acción de una probable Autoridad de Cuenca, pues ése no es el criterio contenido en nuestra regulación.

Habitualmente se ha tenido la idea que la autoridad de cuenca, debe estar configurada por diversas organizaciones del Estado y el sector privado, que se reúnen, toman decisiones y emiten dispositivos de acatamiento obligatorio. Esto en la práctica difícilmente se ha cumplido, fundamentalmente porque los problemas y asuntos que se suceden en una cuenca, resultan sumamente complejos y se encuentran plagados de intereses diversos; muchas veces contrapuestos, incluso dentro de los mismos sectores oficiales del Estado.

La importancia de una autoridad como elemento que modere o posibilite el quehacer de los agentes económicos de la cuenca, es indiscutible. Asimismo, es necesario y conveniente que las autoridades encargadas del manejo del agua, consideren las opiniones de los usuarios del agua, siendo que para que un proyecto de irrigación o cualquier otro dirigido al manejo del agua, es necesario tomar en cuenta aspectos tales como los sociales y culturales.

Por otro lado, la actuación de las autoridades de aguas se ha visto mellada por la interferencia de otras instituciones, con mayor capacidad presupuestaria, en las acciones propias del sector agrario, llevando a cabo proyectos de riego sin autorización, tal como lo veremos al analizar lo concerniente a los derechos de agua.

Otro de los grandes problemas se refiere a la falta de integridad en el manejo de los recursos, sobre todo propulsada por la existencia de diversas leyes orgánicas del sector agrario, creando instituciones con funciones superpuestas y en otros casos delegando atribuciones.

Las constantes modificaciones institucionales, dirigidas aparentemente hacia el mejoramiento en el manejo del recurso hídrico, no han servido para dotar de eficiencia ni eficacia las decisiones de las diversas instituciones[6].

El Reglamento de Organización de Usuarios (D.S. 037-89-AG del 26 de mayo de 1989) da una mayor participación a las Comisiones de Regantes y Junta de usuarios en el manejo y control del recurso, reduciendo la participación del Ministerio de Agricultura, la que poseía mediante las Administraciones Técnicas de Riego). Las organizaciones de usuarios asumen la administración de la tarifa (cobranza y manejo) a través del Reglamento de Tarifas y Cuotas por uso del agua en 1990. Respecto a este último punto, siempre ha existido dificultad para establecer un monto apropiado para la tarifa y su cobranza. Esto ha determinado que los usuarios recurran a las cuotas permanentemente para atender las necesidades más inmediatas y urgentes[7].

A continuación, un resumen de las principales funciones de las instituciones administrativas involucradas en el manejo del agua.

1.1. Las Autoridades Autónomas de Cuencas Hidrográficas

La creación de Autoridades de Cuencas se encuentra fundamentada en la necesidad de unificación de las políticas sobre recursos hídricos, concibiéndose una autoridad idealmente creada para fomentar la sostenibilidad ambiental, que sea eficiente, económicamente autosostenida y competitiva, socialmente orientada y que favorezca la equidad.

[6] Se puede observar, por ejemplo, «el cambio de técnicos calificados a cargo de las instituciones dedicadas a la gestión del agua, por considerar que ocupaban cargos políticos o de confianza, la expansión o fusión de organismos, creados a partir de la absorción de otros y sin mayor evaluación de las ventajas y desventajas, cambios de las relaciones de dependencia entre los ministerios y las OCRDE, creación de comisiones de trabajo o comisiones nacionales con el fin de guiar las decisiones en la materia, aunque resultaban inoperantes en razón de la escasez de recursos de la que adolecen y la falta de apoyo técnico y capacidad de convocatoria», En: MEJIA, Juan. El papel del Estado en el Manejo del recurso Hídrico. En: CUBA SALERNO, Amalia; HENDRIKS, Jan (editores) Pequeños Proyectos de Riego: Sistematización de experiencias de promoción. Centro Ideas. Lima-Perú, 1994.

[7] Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Perú: Estrategia Ambiental. Análisis y Propuestas para el Manejo de los Recursos Naturales y la Conservación del Ambiente. Lima, 1995.

Siguiendo este razonamiento, teóricamente la Autoridad Autónoma[8], como entidad de cuencas, debe cumplir con una serie de objetivos generales:

- Conjugar objetivos múltiples orientados a la solución de los conflictos de muchos actores o usuarios heterogéneos que dependen de los recursos de mayor demanda, ejemplo, el agua.
- Enfrentar situaciones aleatorias o inciertas, poco predecibles que pueden ser agrandadas por contingencias como sequías, inundaciones, contaminación, entre otras.
- Trata los aspectos internos y externos de las organizaciones vinculadas a las acciones sociales, económicos, productivos y ambientales.
- Establecer una política de continuidad durante el tiempo.
- Integrar a los Sectores Públicos y Privados de manera que no se sientan comprometidos y obligados a coordinar sus acciones con la entidad de cuencas, sino que procuren tomar verdadera conciencia e interés.
- Capacidad para generar auto financiamiento y propender a una autonomía permanente.
- Promover una toma de conciencia en torno al ámbito de la cuenca como un marco conceptual de referencia en el país.

El Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, en su artículo 55º prescribe que en aquellas cuencas hidrográficas que dispongan de riego regulado y/o en la que exista un uso intensivo y multisectorial del agua, se crearían las Autoridades Autónomas de Cuenca Hidrográfica, como máximo organismo decisorio en materia de conservación de los recursos de agua y suelo, en su respectivo ámbito. Estas autoridades han sido concebidas esencialmente como autoridades de aguas y no tanto de cuencas y formularán los planes de aprovechamiento de los recursos hídricos en el ámbito de su jurisdicción y coordinará con otras cuencas adyacentes cuando el caso lo requiera, bajo la normatividad y supervisión de la autoridad de aguas de nivel nacional.

Actualmente se considera que la efectividad de la actuación de estas entidades autónomas es bastante limitada, no sólo debido a la amplitud geográfica de su ámbito de acción, sino también por los limitados recursos económicos con los que cuenta.

En el artículo 57 se tratan las funciones de la Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica atribuidas dentro de su propio ámbito jurisdiccional y que consisten en:

- Promover la formulación de los planes maestros de aprovechamiento racional de los recursos hídricos.

[8] VENTURA NAPA, Miguel. Marco Institucional para el Aprovechamiento y Manejo Integrado en las Cuencas Hidrográficas. III Encuentro de la Red Nacional de Manejo de Cuencas-REDNAMAC. Compendio de Ponencias. Realizado del 25 al 29 de octubre de 1995 en Cajamarca-Perú.

- Supervisar las acciones en materia de aguas y manejo de cuencas.
- Velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente en materia de aguas, en coordinación con la autoridad nacional de aguas.
- Formular y aprobar los planes de reforestación, conservación de suelos y en general las acciones inherentes a un manejo adecuado de las cuencas.
- Resolver en segunda instancia los conflictos en materia de aguas.

Asimismo, el Decreto Supremo 0048-91-AG por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, en su Art. 124 detalla dichas funciones de la Autoridad Autónoma de Cuenca. También indica en su artículo 122, que la Autoridad Autónoma estará constituida por un Directorio, un Comité Ejecutivo, una Gerencia Técnica y por Organos de Apoyo y Asesoramiento.

El directorio será integrado por representantes de los productores y/o usuarios de la zona, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Energía y Minas, de Vivienda y Construcción, INADE y del Gobierno Local respectivo (Artículo 56).

1.2. La Administración Técnica del Distrito de Riego

Según el Decreto Legislativo 653 en su artículo 58 define que la Administración Técnica del Distrito de Riego es el órgano competente para resolver en primera instancia administrativa las cuestiones y reclamos derivados del uso de las aguas. La Autoridad de Cuenca Hidrográfica resuelve en segunda instancia las apelaciones que se interpongan contra las resoluciones expedidas por el Administrador Técnico del Distrito de Riego.

El Decreto Supremo Nº 0048-91-AG, en el artículo 107 establece que compete al Administrador Técnico del Distrito de Riego el otorgamiento de la licencia correspondiente para la utilización de las aguas servidas tratadas con fines de irrigación, siendo requisito indispensable la autorización sanitaria respectiva.

Los artículos 116 y 120 se ocupan de indicar cuáles son las funciones que le corresponden al Administrador Técnico del Distrito de Riego:

Entre las más importantes tenemos:

a) Supervisar que los recursos hídricos tengan un uso racional y eficiente.
b) Autorizar y aprobar, previa opinión favorable de la Junta de Usuarios correspondiente la ejecución de estudios y obras para el otorgamiento de licencias de uso de aguas superficiales y subterráneas.
c) Otorgar licencias, permisos y autorizaciones de uso de aguas superficiales y subterráneas para usos previstos en la legislación de aguas, previa opinión favorable de la Junta de Usuarios correspondiente.
d) Disponer vedas de uso de aguas para su preservación y conservación, con previa opinión favorable de la Junta de Usuarios correspondiente.

e) Resolver en primera instancia administrativa las cuestiones y reclamos derivados de la aplicación de la legislación de aguas que presenten los usuarios.

f) Otorgar permisos para la extracción de materiales que acarrean y depositan las aguas en sus álveos o cauces, así como supervisar y controlar la explotación, en estrecha coordinación con la Junta de Usuarios correspondiente, entre otras.

El Administrador Técnico del Distrito de Riego determina, por resolución administrativa, el ámbito de los sectores y subsectores de riego en su jurisdicción (Artículo 116 del Reglamento de la Ley General de Aguas). La operación y el mantenimiento de las obras de trasvase será responsabilidad del Administrador del Distrito de Riego de la cuenca receptora de agua (Art. 118).

1.3. El Distrito de Riego

El Decreto Legislativo 653, en su Art. 54 indica que el Distrito de Riego es la demarcación geográfica sobre la que ejerce competencia el Administrador Técnico del Distrito de Riego correspondiente. El Ministerio de Agricultura determinará el ámbito de cada Distrito de Riego, en base a la realidad de cada cuenca hidrográfica.

El Administrador Técnico es la autoridad de aguas en el ámbito del Distrito de Riego respectivo y es nombrado por Resolución Suprema del Ministerio de Agricultura.

El Art. 113 del reglamento, define como Distrito de Riego al espacio geográfico contínuo e integrado por una o más cuencas subcuencas o parte de las mismas, en cuya jurisdicción el Administrador del Distrito de Riego ejerce su autoridad para el cumplimiento de la Ley General de Aguas. El Distrito de Riego constituye la unidad jurisdiccional operativa y funcional para los efectos de preservación, conservación y uso racional del recurso agua, forestal y los otros recursos naturales, así como para fines de información estadística, cuya administración está en función del interés económico y social.

1.4. Los usuarios

Usuario es aquella persona natural o jurídica, privada o pública, que mediante concesión o permiso está facultada a hacer uso del agua en forma armónica, racional y eficiente[9].

El Reglamento de Organización de Usuarios de Agua, en su artículo 1 define al usuario como «*toda persona natural o jurídica que hace uso del agua bajo el régimen de licencia y que se encuentra registrado*».

[9] MAGNANI, César Raúl. Influencias de la Política y Legislación de los Recursos Naturales y Medio Ambiente en el manejo de Cuencas Hidrográficas en Zonas Aridas y Semiáridas de América Latina. Consulta de Expertos sobre Manejo de Cuencas Hidrográficas en Zonas Aridas y Semiáridas. Mendoza-Argentina. 5 a 9 de setiembre de 1994.

Los usuarios de agua se organizarán en Comisiones de Regantes y Juntas de Usuarios. Estas sólo se organizarán cuando la fuente de riego es común a más de una Comisión de Regantes.

La finalidad es lograr la participación activa y permanente de sus integrantes en el desarrollo, conservación, preservación y uso racional de los recursos agua y suelo. Las organizaciones de usuarios serán reconocidas vía resolución de la autoridad local.

Los usuarios están obligados a:

1. Usar el agua en forma racional, económica y eficiente en el lugar y para el objeto que le fuera otorgado, de acuerdo al interés social, evitando interferencias con otros usos y sujetándose a las regulaciones y limitaciones que por el carácter aleatorio del recurso prevé la legislación de la materia.
2. Cumplir las disposiciones que sobre conservación de suelos y aguas dicte la Autoridad Local de Aguas, y ejecutar las prácticas conservacionistas correspondientes, entre otras obligaciones.

Entre sus derechos, podemos distinguir: tener voz y voto en las asambleas y reuniones, recibir la dotación de agua que le corresponde de acuerdo al rol de riego establecido y a las condiciones de disponibilidad de agua, tener igualdad de oportunidad en los programas de capacitación técnica y en general, recibir los beneficios que su organización de usuarios establezca, entre otros.

1.5. La Junta de Usuarios

Las organizaciones de usuarios son organizaciones de usuarios de un mismo cauce, que gobernados por un mismo reglamento, afrontan en forma corporativa la solución de problemas comunes relacionados con el aprovechamiento y uso de las aguas. Estas organizaciones corporativas, se presentan bajo diferentes denominaciones y estructuras.

La Junta de Usuarios es la organización representativa de todos los usuarios de agua y está constituida por el representante de las empresas de carácter asociativo, por uno o dos representantes de cada Directiva de las Comisiones de Regantes que la integran. Las Juntas de Usuarios y las Comisiones de Regantes serán de duración indefinida, tendrán domicilio legal en la circunscripción territorial donde operen y gozarán de personería jurídica, inscribiéndose en los Registros Públicos correspondientes.

Sobre las funciones de las Juntas de Usuarios, el Decreto Supremo Nº 037-89-AG, establece que son entre otras: representar a las organizaciones que la integran en cuestiones de índole general y por delegación, vigilar que las organizaciones que la integran cumplan con las obligaciones que señala el D.L. 17752.

El Art. 60 del Decreto Legislativo 653 establece que las Comisiones de Regantes y las Juntas de Usuarios son reconocidas por resolución del Administrador Técnico del Distrito de Riego respectivo y tienen personería jurídica para el desarrollo de sus

funciones. Las funciones que les corresponden son promover la participación activa y permanente de sus integrantes en la operación, mantenimiento, desarrollo y uso racional de los recursos agua y suelo, en concordancia con las disposiciones emanadas de la Autoridad de Aguas de nivel local y nacional.

Las juntas de usuarios pueden inscribirse en Registros Públicos - Libro de Asociaciones. Los órganos de gobierno de las organizaciones de usuarios (Art. 24 del Reglamento de Usuarios del Agua), son la Asamblea General y la Junta Directiva. La primera es el órgano supremo de la institución.

El Comité de Honor (Arts. 64 al 69 del Reglamento de Usuarios del Agua), tiene la función de determinar la responsabilidad de los usuarios que trasgredan el rol de riego establecido por la Autoridad de Aguas, en lo que se refiere a variar el Régimen de las aguas, impedir, alterar, modificar o perturbar el uso legítimo de las aguas, no mantener sus canales de riego en condiciones apropiadas para el servicio de riego, así como el evacuación de aguas sobrantes de riego, dañar la infraestructura de riego y, sobre regar causando daño a predios vecinos o a vías de tránsito por inundación.

Las organizaciones de usuarios está sujetas a la supervisión de la Autoridad Local de Aguas, y a la fiscalización del Organo de Control Interno de la respectiva Unidad Agraria Departamental.

1.6. Las Comisiones de Regantes

Según el Decreto Legislativo 653, los usuarios de aguas de cada Distrito de Riego se organizarán obligatoriamente en Comisiones de Regantes para cada sector o subsector de riego y en una Junta de Usuarios para cada Distrito de Riego. Asimismo, se inscribirán en el respectivo padrón para poder hacer uso de las aguas y pagar las tarifas de agua por unidad de volumen. En su reglamento se establece que si el caso lo requiere, las Comisiones de Regantes podrán contar con Comités de Regantes, a fin de que apoyen en la realización de trabajos de limpieza y mantenimiento de los canales de regadío o distribuir el agua de acuerdo a los roles de riegos establecidos. Sus funciones están establecidas en los artículos 8 al 21 del Decreto Legislativo 653 y su Reglamento en el artículo 128.

Actualmente, ya se han creado las siguientes Autoridades Autónomas:

- Decreto Supremo Nº 014-92-AG. Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica Jequetepeque. Su reglamento de organización y funciones fue aprobado por R.M. Nº 051-94-AG.
- Decreto Supremo Nº 020-92-AG. Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica Chira- Piura. Su reglamento de organización y funciones fue aprobado por R.M. Nº 0240-93-AG.
- Decreto Supremo Nº 021-92-AG. Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica Chancay- Lambayeque.

- Decreto Supremo Nº 49-94-AG. Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica Chillón- Rímac- Lurín.
- Decreto Supremo Nº 57-94-AG. Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica Santa. Su reglamento fue aprobado por R.M. Nº 284-96-AG.

Aparentemente, no obstante la conformación de dichas autoridades autónomas, el hecho cierto es que no están operando eficientemente, ya sea por falta de recursos, como por lo sobredimensionado de sus responsabilidades y objetivos.

1.7. Procedimientos administrativos en materia de aguas

Existen dos instancias administrativas en materia de aguas. **La primera instancia está constituida por el Administrador Técnico del Distrito de Riego** quien resuelve los reclamos y cuestiones derivadas de la aplicación de la legislación de aguas que presenten los usuarios (Decreto Legislativo 653: Art. 58, Decreto Supremo Nº 0048-91-AG: Arts. 120 y 121), constituyendo la **Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica la segunda instancia administrativa en materia de aguas** (Decreto Legislativo 653, Art. 57). Sin embargo, en aquellos lugares donde aún no esté constituida la Autoridad Autónoma, la facultad de ser segunda instancia administrativa pasa a las **Direcciones Regionales y Subregionales de Agricultura** (Decreto Supremo Nº 053-92-AG: Art. 34, inciso f) y Decreto Supremo Nº 14-95-AG).

Dicha facultad delegada a las Direcciones Regionales y Subregionales es excluyente entre ellas, es decir si una Dirección Subregional decide en segunda instancia, ya no puede haber pronunciamiento por parte de la Dirección Regional Agraria respecto del mismo asunto, pues estaría actuando en calidad de tercera instancia administrativa[10].

No procede el recurso de revisión en materia de aguas, debido a que no existe una tercera instancia administrativa. Por tanto, es importante para un Administrador Técnico de Distrito de Riego poner a disposición de la segunda instancia administrativa correspondiente, la mayor información que tenga a su disposición para que pueda resolver de la mejor manera posible.

Cualquier persona que tenga legítimo interés podrá reclamar contra hechos y actos de la Administración[11] y según los requisitos de ley.

[10] INRENA. Compendio de Normas Legales, Tomo II.- Disposiciones en materia de Aguas, p. 245.
[11] Decreto Ley Nº 17752, Art. 129.

II. PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA GESTIÓN DEL RECURSO AGUA. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA NORMATIVA E INSTITUCIONALIDAD

Para efectos metodológicos hemos dividido este punto en una serie de cuestionamientos de orden jurídico.

2.1. Prioridades en el aprovechamiento del recurso hídrico

En primer lugar es necesario mencionar que la estructura actual para el manejo de la cuenca se basa casi exclusivamente en el manejo del recurso agua. En razón a que este elemento es el que determina la existencia y características de los demás componentes, el agente formador del relieve, pues modela el lugar, las relaciones de evolución y adaptación del suelo, la vegetación, la fauna y por lo tanto la potencialidad agropecuaria[12].

La Ley General de Aguas establece un orden de prioridades para el uso del agua: 1) las necesidades primarias y el abastecimiento de poblaciones, 2) la cría y explotación de animales, 3) la agricultura y, 4) los usos energéticos, en ese orden de preferencia. El orden de prioridad entre los tres últimos supuestos puede ser variado de acuerdo a las características de las cuencas, disponibilidad de aguas, política hidráulica, usos de mayor interés social y público y usos de mayor interés económico.

El Reglamento del Decreto Legislativo 653, el Decreto Supremo Nº 048-91-AG, establece que el agua superficial usada con fines agrarios se usará de preferencia en cultivos rentables y en suelos de buena calidad con el siguiente orden de preferencia:

a) Consumo directo de crianzas.
b) Riego de tierras agrícolas con sistemas de regadíos existentes.
c) Riego de cultivos con aguas excedentes en tierras agrícolas con sistemas de regadíos existentes.
d) Mejoramiento de suelos
e) Ampliación del área agrícola mediante irrigación.

Es pertinente el ejemplo citado por Eguren y otros[13] en el sentido de que la Ley General de Aguas —Decreto Ley Nº 17752— establece que el uso del agua debe estar dirigido hacia el mayor interés social y público y sin embargo, no existe coherencia en

[12] MAGNANI, César Raúl. Influencias de la Política y Legislación de los Recursos Naturales y Medio Ambiente en el Manejo de Cuencas Hidrográficas en Zonas Aridas y Semiáridas de América Latina. Consulta de Expertos sobre manejo de Cuencas Hidrográficas en Zonas Aridas y Semiáridas. Mendoza-Argentina, 5 al 9 de setiembre de 1994.

[13] APACLLA, Ricardo; EGUREN, Fernando, ORE, María Teresa. Las políticas del riego en el Perú. En: Gestión del Agua y Crisis Institucional. Un análisis multidisciplinario del riego en el Perú. Grupo Permanente de Estudio sobre Riego. Lima, 1993.

que se permita el sembrío de especies de alta demanda de agua en zonas donde su disponibilidad no es elevada, o en donde su riego resulta demasiado oneroso, como es el caso del arroz en Tumbes regado por bombeo.

El interés social es la **prelación del beneficio colectivo sobre el particular y el de la Nación sobre cualquier otro,** según el Reglamento de los títulos I, II y III del Decreto Ley Nº 17752.

Entre las prioridades importantes a considerar podemos mencionar que el Artículo 18 de la Ley Nº 26821 —Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales— establece que las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado y derechos exclusivos o excluyentes de terceros.

El reparto del agua debe hacerse según un estricto orden de prioridades, tomando en cuenta también entre otros, la oferta de alimentos necesaria para la población.

2.2. Flexibilidad y adaptabilidad normativa

El problema más acuciante en relación con la normativa sobre recursos hídricos radica en la falta de eficacia en la aplicación de las principales normas legales relativas al manejo racional de dicho recurso.

Algunos de los problemas fácilmente detectables en relación a la ineficacia de la normativa son:

- Desconocimiento de las diferencias cosustanciales entre las regiones naturales, y aplicación de una misma legislación sobre Aguas para todas.
- No existe una clara definición de facultades de las Administraciones Técnicas de Riego y las organizaciones de usuarios.
- Las Administraciones Técnicas de Riego no tienen la legitimidad suficiente ni la capacidad operativa para atender a todas las actividades y trabajos que deben realizar.
- Se denota una implementación deficiente o casi nula de las Administraciones Técnicas de los Distritos de Riego.
- Inaplicación de los criterios establecidos en la Ley para priorizar los usos del agua.
- Falta de información sistematizada concerniente al estado de los distritos de riego.
- Debilitamiento de las organizaciones comunales por la aplicación del sistema organizativo estatal.

2.3. Regulación integral de los recursos naturales

Las tendencias modernas han considerado la importancia de tomar en cuenta la interdependencia entre los recursos naturales, es decir el agua, bosques, tierras, minas, fauna, aire, flora, etc.

Asimismo, dicha unidad debe verse reflejada en la legislación, la cual debe regular los hechos y comprender además las consecuencias legales de los actos cometidos. Un primer desarrollo de la regulación integral para los recursos naturales como unidad lo constituye la Ley Nº 26821 —Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, la cual en su carácter de ley marco, requiere de leyes complementarias y reglamentaciones a fin de construir un bloque legal de objetivos claros y alcanzables.

Sin embargo, actualmente se enfatiza en el recurso hídrico, pero se omite regular de manera integral su problemática, ocasionando la proliferación de políticas sectoriales.

La Ley Nº 26821 —Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, indica en su artículo 28, que el *«aprovechamiento sostenible de los recursos naturales implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso»*. Tenemos sabido que es necesario un orden de prioridades a ser establecido para dicho aprovechamiento, y en especial, el del recurso hídrico. Sin embargo, la ley carente de reglamentación, sólo establece ciertas condiciones a ser cumplidas por el titular de un derecho de aprovechamiento (Artículo 29).

Las condiciones para el aprovechamiento sostenible son:

a. Utilizar el recurso natural, de acuerdo al título del derecho, para los fines que fueron otorgados, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.
b. Cumplir con las obligaciones dispuestas por la legislación especial correspondiente.
c. Cumplir con los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Manejo de los recursos naturales establecidos por la legislación sobre la materia.
d. Cumplir con la retribución económica correspondiente, de acuerdo a las modalidades establecidas en las leyes especiales.
e. Mantener al día el derecho de vigencia, definido de acuerdo a las normas legales pertinentes.

El artículo 5 de la Ley Nº 26839, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, establece que el Estado promueve la adopción de un enfoque integrado para el manejo de tierras y agua utilizando la cuenca hidrográfica como unidad de manejo y planificación ambiental.

Por cada recurso natural deberán existir normas para regular el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural.

El otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales está regulado primariamente por nuestra Constitución Política la que en su artículo 66 establece que mediante una ley orgánica se fijan las condiciones para la utilización y otorgamiento de los mismos. Esta figura jurídica comprende todo tipo de desmembración de la propiedad sobre los recursos del estado; de donde debe diferenciarse en el texto constitucional el

otorgamiento (que se refiere a la traslación de dominio o uso de los particulares), y las condiciones de utilización que apuntan a la manera en que estos derechos deberían ser ejercidos y que seguramente obedecerán a las especiales características de cada recurso.[14]

El texto constitucional dispone que la concesión otorga al titular un derecho real, aunque es necesario aclarar que la Constitución obviamente permite otras formas de aprovechamiento de recursos naturales, puesto que, de contrario, no podríamos ser propietarios del recurso suelo, por ejemplo. Las leyes orgánicas de otorgamiento de recursos naturales deberán ser estructuradas en forma coherente, y que garanticen la seguridad jurídica.

2.4. Fomento de nuevas tecnologías

Actualmente, la realidad acusa una falta de conocimiento sobre tecnologías a nivel de campo sobre el manejo del agua y el suelo. Asimismo, no existe una satisfactoria transferencia de tecnología disponible a los usuarios en forma masiva.

La infraestructura de riego es el conjunto de obras hidráulicas destinadas a la captación, almacenamiento, conducción y distribución del recurso agua con fines de riego. Esta no está siendo aprovechada de modo eficaz, lo que obligaría a la Autoridad Autónoma a incentivar la participación de los usuarios en la reordenación de la infraestructura de riego y realizar una evaluación contínua de la misma.

Existe actualmente un abundante conocimiento de las alternativas tecnológicas, tanto locales como introducidas, que es necesario difundir para contribuir al desarrollo agrícola. Este conocimiento, sin embargo, está muy esparcido y no suficientemente documentado.

2.5. Evaluación de Impacto Ambiental del aprovechamiento de los recursos naturales

Los ciudadanos tienen derecho de formular peticiones y promover iniciativas de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes, de conformidad con la ley de la materia.

En el Artículo V del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, se hace mención al derecho de los ciudadanos a ser informados y a participar en la definición y adopción de políticas relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales.

El derecho mencionado, significa en materia de estudios de impacto ambiental, que la población debería tener acceso a la información relativa a la ejecución de proyectos que tenga implicancias ambientales en el medio en el que vive. Sin embargo, a las

[14] ANDALUZ, Op. Cit., p. 8.

audiencias públicas, mecanismos dispuestos por la normativa ambiental para la participación ciudadana, asisten quienes han presentado solicitudes en un plazo determinado por el Ministerio del sector, además de que dichas audiencias realmente no toman en cuenta las opiniones de la población.

2.6. Régimen de dominio de las aguas

La Constitución Política del Perú, en el Artículo 66 dispone que los **recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.** El Estado es soberano en su aprovechamiento. El Artículo 67 indica que El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

El indicar que son patrimonio de la Nación, implica que los recursos naturales y su explotación no están separados del interés nacional. La soberanía de la que habla, está referida al ius imperium o supremacía jurídica que el Estado ejerce en su territorio, que en el caso permite al Estado explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental[15].

El Artículo 4 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales establece que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación.

El Artículo 1 de la Ley General de Aguas dispone que ***«Las aguas son propiedad del Estado y su dominio es inalienable e imprescriptibles. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas»***. El uso justificado y racional del agua, sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.

Dentro de esta definición debemos incluir las aguas, terrestres y atmosféricas del territorio nacional.

Artículo 5.- Son igualmente propiedad inalienable e imprescriptible del Estado: (...)

c) los álveos o cauces de las aguas,
e) los estratos o depósitos por donde corren o se encuentran las aguas subterráneas,
f) las islas existentes en los ríos,
g) los terrenos ganados por causas naturales o por obras, entre otros.

2.7. Regulación sobre álveos o cauces de los ríos

En cuanto a su aprovechamiento, debemos decir que la explotación de los materiales que acarrean y depositan las aguas en sus álveos o cauces estuvo controlada desde 1969 por el sector Agricultura, excepto en el período comprendido entre noviembre de 1991 y enero de 1997 en que estuvo a cargo del sector minería.

[15] ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Regulación Jurídica de los Recursos Naturales. En: Líderes Locales y Medio Ambiente. Materiales de trabajo. PROTERRA, Lima- Perú, 1998.

La Ley General de Aguas- D.L. Nº 17752 establece que la explotación de los materiales que acarrean y depositan las aguas en sus álveos o cauces deberá ser controlada por la Autoridad de Aguas.

El Decreto Supremo Nº 122-82-AG reconoce a las municipalidades el derecho de cobrar los derechos por la extracción de materiales no metálicos depositados en los cauces o álceos de los ríos dentro de su jurisdicción. Sin embargo, esta norma fue dada de acuerdo con la Constitución de 1979 y según la anterior Ley Orgánica de Municipalidades Decreto Legislativo 051. Actualmente, dicha facultad no se encuentra regulada ni en la Constitución de 1993, ni el Decreto Legisltivo 776, Ley de Tributación Municipal.

La Ley Nº 26737, dispone que la Autoridad de Aguas controle la explotación de materiales que acarrean y depositan las aguas en sus álveos o cauces.

El Decreto Supremo Nº 013-97-AG, reglamento de la Ley Nº 26737, que regula la explotación de materiales que acarrean y depositan las aguas en sus álveos o cauces, establece que los permisos de extracción de los materiales, sólo son otorgados en cauces o álveos naturales, mas no en cauces o depósitos artificiales de agua, tales como canales, reservorios, vasos de almacenamiento, entre otros. Se suspenden los permisos si las actividades contaminan las aguas del río de cuyo cauce tienen permiso de extracción, o afectan el cauce del río o sus zonas aledañas. Caduca el derecho entre otras causales por comprobarse que el titular causó daños al cauce, a la ribera o fajas marginales, así como a las defensas ribereñas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de dichas áreas, la Ley Nº 17752, las declara inalienables e imprescriptibles, lo cual significa a nuestra opinión, que dichas áreas no son susceptibles de ser propiedad de particulares, ejerciendo el Estado un dominio por delegación legal o consuetudinaria.

> *«En esta relación de dependencia están el mar y sus playas, el aire, los bosques; los ríos, sus cauces y riberas; los monumentos arqueológicos e históricos, los puentes, etc; todos los cuales por el destino de uso público dado por el derecho no pueden pasar válidamente a constituir propiedad privada de nadie».*[16]

Estos son los bienes constitucionalmente regulados por el artículo 73 de nuestras Carta Política, en su primera línea. Según Bacacorzo[17], las características fundamentales de los bienes de uso público o también llamados simplemente bienes públicos, son la imprescriptibilidad e inalienabilidad, no siendo necesario que el texto legal mencione dichas características.

[16] BACACORZO, Gustavo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Segunda Edición, Lima- Perú, 1997. p. 235.

[17] Ibíd. p. 234

Esto también es materia de regulación por parte del artículo 56 del Decreto Supremo 007-85-VC, Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, el cual indica que las «... *áreas de conservación y protección; las playas; los ríos y lagos con sus cauces y riberas, y otras áreas de uso público tienen el carácter de intangibles, inalienables e imprescriptibles. Los municipios no permitirán su aplicación a fines o modalidades de uso diferentes a las que su carácter de bien público les impone*».

«**Artículo 5.-** Son igualmente propiedad **inalienable e imprescriptible** del Estado:
c) los **álveos o cauces de las aguas**»,

El citado artículo 5 de la Ley 17752, Ley General de Aguas, así como los demás artículos relacionados con el Título VI sobre las propiedades marginales, han sido reglamentados por el Decreto Supremo 929-73-AG. En esta norma, se establece que los **álveos o cauces naturales o artificiales** de las aguas son **propiedad del Estado**, y aún cuando los cauces de los ríos quedaran abandonados por variación del curso de las aguas, dicha área continuaría de dominio del Estado. Este jamás tendría la facultad de enajenarlos a particulares, por ejemplo.

El Decreto Supremo Nº 12-94-AG declara intangibles y prohibe destinar para fines agrícolas y/o de asentamientos humanos a los cauces, las riberas y las fajas marginales de los ríos, arroyos, lagos y lagunas y vasos de almacenamiento. Dicha intangibilidad obedece a un criterio de protección de las tierras de cultivo y de los asentamientos humanos que hasta antes de dicha norma se encontraban en las áreas mencionadas. Implica la no utilización de las mencionadas áreas para dichos fines, mas no obsta su uso para los fines permitidos por otras normas legales. La intangibilidad significa que las tierras señaladas no pueden ser utilizadas en usos distintos (como urbano, minero, etc.).

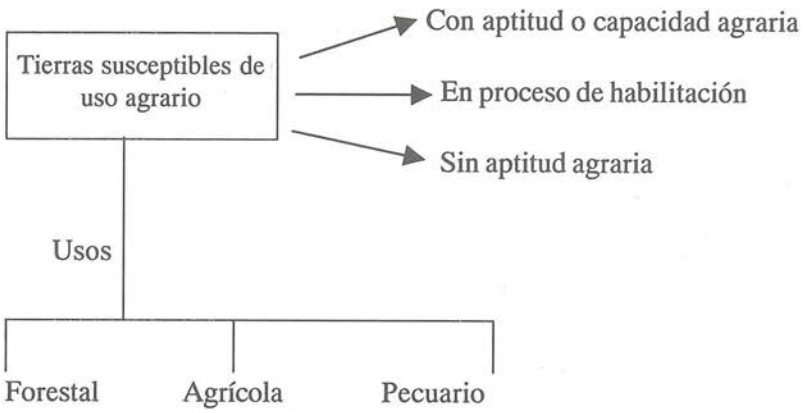
En la región Selva, las zonas de protección ecológica son entre otras, las áreas adyacentes a los cauces de los ríos, según la determinación de la Autoridad de Aguas (según el Decrto Supremo Nº 001-97-AG). En dichas zonas se pueden otorgar concesiones de acuerdo con la normativa vigente en materia ambiental, según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 26505, y de los artículos correspondientes del Decreto Supremo Nº 011-97-AG, reglamento de dicha ley.

Según la Ley 26505 de julio de 1995, las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos son considerados predios susceptibles[18] de tener uso agrario. Cabe anotar que el uso agrario comprende tanto el uso agrícola, el pecuario y el forestal[19].

[18] La **susceptibilidad** la entendemos en razón de la capacidad de recibir modificación o impresión. En el caso que nos ocupa, las tierras susceptibles de uso agrario, se refiere a aquéllas que pueden ser (potencialmente hablando) objeto de actividad agraria, tanto en lo forestal, agrícola o pecuario (entiéndase también lo agropecuario). Las cualidades físicas de la tierra la clasificarán en: a) tierras con

Para comprender mejor la normativa vigente podemos graficarlo así:

GRÁFICO



En la Cuarta Disposición Final de dicha ley, se establece que se derogan todas las disposiciones relativas a intangibilidad de tierras agrícolas. Esto daría a pensar que el Decreto Supremo Nº 12-94-AG ha sido derogado. Sin embargo, es necesario prestar atención a la Fe de Erratas publicada en el mismo mes de la Ley 26505, que indica que dicha disposición se refiere a la derogatoria de todas las disposiciones sobre intangibilidad de áreas agrícolas periféricas y cambio de uso o propiedad de tierras agrícolas. Si no hubiese sido corregida la redacción de la disposición final de la Ley 26505, entonces tendría asidero legal entender que los cauces, riberas y fajas marginales son susceptibles de tener uso agrícola, ya que consideraríamos derogado el Decreto Supremo Nº 12-94-AG.

La susceptibilidad de uso agrario de las tierras arriba señaladas, podría implicar la posibilidad física (capacidad agrológica) de su uso para la actividad agrícola (como la pecuaria también) por la capacidad o aptitud de la tierra.

capacidad o aptitud agraria, b) tierras en proceso de habilitación agrícola y, c) tierras sin aptitud agraria. La aptitud, se refiere a la cualidad de ser idóneo, suficiente o adecuado para un fin, o un buen desempeño (calidad actual de la tierra). Ciertamente, es una situación que en el caso de las tierras sin aptitud agraria, puede verse modificada con procesos de habilitación, y por ello se les incluye en el conjunto de tierras susceptibles de uso agrario. Sin embargo, podemos notar que dicho criterio está dirigido básicamente a la posibilidad física, material, de la tierra, mas no a la posibilidad jurídica de la misma.

[19] Como herramienta para la definición de los usos agrarios, utilizamos el Decreto Ley Nº 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las regiones de Selva y Ceja de Selva, plenamente vigente que define, en su Tercera Disposición Complementaria que el termino «agrario» comprende las actividades agrícolas, pecuarias y forestales. Las normas posteriores objeto de nuestro análisis han confirmado estos conceptos.

Si la susceptibilidad de uso agrario de la Ley 26505, se trata de un carácter físico, material, eso no hace mella en la vigencia del Decreto Supremo Nº 12-94-AG, pues éste establece una imposibilidad jurídica de uso agrícola. Podemos entender de la normativa relacionada con el tema, que otorga un régimen especial de propiedad a las tierras en las áreas de riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos, de inalienabilidad e imprescriptibilidad (por ejemplo, la Ley General de Aguas, o el Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente), se puede también inferir una voluntad de protección de dichas áreas, y, por otro lado, lo confuso de la legislación al respecto propicia la utilización inadecuada de la terminología en el tema.

Por ejemplo, en la actualidad está vigente la Resolución Nº 094-96-SUNARP publicada el 23 de mayo de 1996, que pone en vigencia el Reglamento de Inscripciones de la Sección Especial de Predios Rurales del Registro de Propiedad Inmueble, y considera entre los predios rurales declarados como de **uso agrario, a las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos.** Del mismo modo, otras normas administrativas o de carácter general también sustentan esta posición.

2.8. Las aguas subterráneas

Según la Ley 17752, las aguas subterráneas son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. También lo son los estratos o depósitos por donde corren o se encuentran las aguas subterráneas. El reglamento del Título IV relativo a las aguas subterráneas es el Decreto Supremo Nº 274-69-AP/DGA, (concordado con el Decreto Legislativo 653 y su reglamento el Decreto Supremo 0048-91-AG).

Debe procurarse el uso de aguas subterráneas, en la crianza de animales en granjas, centros o planteles aledaños a poblaciones. Los recursos de aguas subterráneas existentes en los Distritos de Riego serán considerados dentro de los planes de cultivo y riego respectivos.

«El Estado promueve el aprovechamiento de las aguas subterráneas...», según lo establecido por el Decreto Legislativo 653, artículo 52. Los usuarios que por su propio costo y riesgo inviertan para la obtención de aguas subterráneas, no sufrirán menoscabo alguno en su dotación de agua por el volumen de agua que pudiese obtener de dichos pozos.

El otorgamiento de derechos de aguas subterráneas corresponde al Administrador Técnico del Distrito de Riego.

El alumbramiento, o descubrimiento de aguas subterráneas y hacerlas aflorar, debe cumplir entre otros, con el requisito de que no cause fenómenos físicos o químicos que alteren perjudicialmente las condiciones del reservorio acuífero, las napas allí contenidas ni el área superficial.

Actualmente, se encuentran vigentes los Decretos Supremos Nos. 021-81-VC y el 044-84-AG, el primero que reserva las aguas subterráneas de los acuíferos de Lima

y Callao a favor de SEDAPAL así como el segundo, las Normas para el Otorgamiento y Regularización de Licencia para Uso de Aguas Subterráneas en Lima y Callao. Estas normas autorizan el cobro por parte de SEDAPAL.

Sin embargo, debido a las fuertes inversiones que su alumbramiento representa, no se cobran tarifas de aguas por el uso de estas aguas.

2.9. Los derechos de uso de los recursos

El Estado puede otorgar derechos a particulares para la explotación de los recursos naturales. Esto es posible gracias a que los recursos naturales pertenecen a éste.

Toda persona, incluyendo las entidades del Sector Público y los Gobiernos Locales requieren del otorgamiento de un derecho de agua.

Los usos de las aguas pueden otorgarse mediante permiso, autorización, licencias y reservas de aguas. Según la DGAS, sólo un cinco a diez por ciento de los usuarios de agua poseen sus derechos representados bajo alguna de las modalidades mencionadas.

El otorgamiento de cualquier uso del agua se otorga sujeto a las siguientes condiciones concurrentes:

a) Que no impida la satisfacción de los requerimientos de los usos otorgados conforme a las disposiciones de la ley Nº 17752.
b) Que se compruebe que no causará contaminación o pérdida de recursos de agua;
c) Que las aguas sean apropiadas, en calidad, cantidad y oportunidad para el uso al que se destinarán;
d) Que no se alteren los usos públicos a que se refiere la ley Nº 17752;
e) Que hayan sido aprobadas las obras de captación, alumbramiento, producción o regeneración, conducción, utilización, avenamiento, edición y las demás que fuesen necesarias.

El permiso, se otorga exclusivamente sobre recursos sobrantes, supeditados a la eventual disponibilidad de las aguas y en el caso de las aguas para la agricultura condicionados a determinados cultivos. Son derechos de uso de agua de carácter temporal, supeditados a la eventual disponibilidad del recurso y en el caso de la agricultura condicionados a determinados cultivos. Son otorgados por el Administrador Técnico de Distrito de Riego correspondiente mediante Resolución Administrativa y deben ser inscritos, generando la obligación del pago de tarifas de aguas por parte del beneficiario de su uso, así como un derecho al uso efectivo e inmediato del recurso para el fin solicitado. Sólo tienen validez para el año hidrológico en que fueron emitidos, aunque los usuarios han basado el uso del agua en permisos durante años. Además se han efectuado cultivos de carácter permanente, lo cual está prohibido por ley en estos casos.

Las autorizaciones se otorgan mediante Resolución Ministerial, con plazo determinado, y sobre aguas que se destinen a realizar estudios o ejecutar obras u otras labo-

res transitorias y especiales como las labores de colmataje y lavado de tierras. Son derechos a plazo determinado, y son otorgadas por el Administrador Técnico del Distrito de Riego, quien debe llevar un registro de las mismas.

Esta figura, ha ocasionado una confusión en cuanto a los alcances de dicho derecho. No puede considerarse que sola autorización otorgada por la autoridad de aguas genera un derecho de exclusividad respecto del recurso y es el punto de partida para iniciar todo tipo de obras de construcción. Sólo son requisitos a ser cumplidos, mas no autorizan a la ejecución de ningún tipo de obra. Esto ocasiona divergencias entre los diversos sectores competentes[20].

Las licencias, se otorgarán por Resolución Suprema para los usos no considerados en los dos supuestos anteriores. Son derechos de uso de agua de carácter permanente, sujeto al carácter aleatorio del recurso que en la actualidad son otorgadas por el Administrador Técnico del Distrito de Riego correspondiente mediante resolución Administrativa. Estas licencias debe ser inscritas y generan la obligación del pago de tarifas de agua por parte del beneficiario de su uso, así como un derecho al uso efectivo e inmediato del recurso para el fin solicitado[21].

La reserva es un derecho, aún vigente pero con limitaciones, que implica reservar las aguas para proyectos hidráulicos de gran envergadura, a nivel definitivo de ejecución de obras ejecutadas por el Estado, con finalidad de interés público.

Es libre y gratuito el uso de las aguas destinadas a satisfacer las necesidades primarias y las domésticas siempre que se haga por medios manuales, pero sin contaminar las aguas ni desviarlas de su curso.

Debe incorporarse una asignación de derechos de agua bajo condición de uso efectivo y beneficioso, incluyendo en algunos casos, reglas sobre reúso. El no cumplimiento de esta condición usualmente acarrea la caducidad del derecho.

Un manejo eficiente y equitativo del agua requiere una clara definición de los derechos sobre el agua, que permita el desarrollo de un mercado eficiente en el marco del respecto a los derechos sociales y las necesidades ambientales, y una fijación de la tarifa para la gestión en niveles que cubran los costos de mantención de su suministro en el largo plazo.

2.10. Aplicación de instrumentos jurídicos relacionados con el aspecto ambiental del manejo de cuencas

El manejo integral de cuencas se hace necesario en tanto, sin éste es muy posible el agotamiento de las fuentes de agua. De esta manera, es de gran importancia el tratamiento sobre la distribución de cultivos, la erosión en las áreas de los canales de conducción, salinización, empantanamiento, transmisión de pestes y plagas, perjuicios por uso de biocidas y fertilizantes.

[20] INRENA. Op. cit., p. 101.
[21] INRENA. Op. cit., p. 93.

El artículo 32 de la Ley General de Aguas indica que el otorgamiento de cualquier uso de las aguas está sujeto al cumplimiento entre otros a la condición de que se compruebe que no se causará contaminación o pérdida de recursos de agua, entre otros.

El Reglamento de los Títulos I, II y III del Decreto Ley Nº 17752, el Decreto Supremo Nº 261-69-AP, indica que el Ministerio de Agricultura puede, mediante Decreto Supremo declarar zonas de protección en los lugares donde se haya determinado técnicamente que el recurso es afectado en cuando a su conservación, preservación o incremento, pudiéndose limitar cualquier actividad, condicionarla o prohibirla, para evitar la ocurrencia del fenómeno observado. Asimismo, puede declarar los estados de emergencia, parcial o totalmente, en los Distritos de Riego afectados, a fin de eliminar o reducir los daños o peligros que pudieran ocasionar la escasez, el exceso o la contaminación de las aguas, o de garantizar la utilización de éstas de acuerdo con el interés público.

Existe la figura de la **veda,** para el otorgamiento de nuevos usos cuando un recurso de agua disminuya con caracteres de permanencia. Esta veda se dispondrá mientras el recurso no se incremente o recupere con nuevos aportes o no desaparezca la irregularidad que la ha determinado. Esta medida está a cargo del Ministerio de Agricultura a propuesta de la Administración Técnica respectiva y previo informe de la DGAS. (Decreto Supremo 261-69-AP, Artículo 52).

La restricción en el uso a fin de dar prioridad a la satisfacción de las necesidades primarias, es otra de las modalidades para responder ante la escasez o exceso de agua. Esta puede materializarse mediante la **reducción o condicionamiento** en el suministro de aguas superficiales o el alumbramiento de las subterráneas.

Entre otras, las disposiciones del Decreto Supremo 261-69-AP disponen que:

- Está prohibido el vertimiento de residuos sólidos, líquidos o gaseosos en las aguas marítimas o terrestres del país.
- Todo vertimiento de residuos a las aguas marítimas o terrestres del país, debe efectuarse previo tratamiento de acuerdo con las disposiciones de la Autoridad de Salud.
- Está prohibido el tratamiento de la vegetación de los cauces con pesticidas o herbicidas no autorizados por la Autoridad de Aguas.

Puede constatarse que actualmente, la excesiva permisividad por parte de las administraciones ha originado que los usuarios no asuman la responsabilidad respecto al uso de los recursos y mucho menos hagan efectivas las sanciones. Asimismo, existe una limitada capacidad de los organismos del Estado para un adecuado control y evaluación sobre los efectos del mal uso de los recursos agua y suelo y falta de capacitación técnica de los usuarios para el buen manejo del agua que permita el uso racional y equitativo.

Algunos autores ubican entre las posibles soluciones a la vulnerabilidad en la que se encuentra el recurso agua en el país a:

- La realización de obras de protección que garanticen la recuperación del equilibrio ecológico alterado por la apertura de canales y represas, tales como la forestación o reforestación y la andenización de la cabecera de las cuencas[22].
- Exigencia de ciertos requisitos tecnológicos a fin de promover la no afectación de la calidad del agua por la utilización de técnicas inapropiadas de cultivo y de empleo del recurso hídrico.
- Mayor énfasis en la protección de las fuentes, puntos de abastecimiento y cursos de agua, protección y manejo de cuencas y de deforestación, preservación de áreas de recarga.

Sería necesaria, la introducción de mayor rigurosidad en la normativa sobre responsabilidad civil y penal en el caso de daños ambiental causados en los cuerpos de agua.

El ordenamiento del territorio, planificando el uso del territorio adyacente a los cauces de los ríos, y en general, del área de la cuenca resulta fundamental siguiendo criterios ecológicos, lo cual es esencial. Para ello, es necesario la promoción de un adecuado planeamiento ambiental, desde la autoridad administrativa máxima y de acuerdo a una política nacional integral de ordenamiento ambiental del territorio nacional.

> *«La propuesta de zonificación agroecológica no está divorciada del enfoque de cuencas hidrográficas; por el contrario: permite caracterizar y cuantificar la presencia de los diferentes agro-ecosistemas, definiendo sus caracteres agroclimáticos, así como sus potenciales. Permite igualmente relacionar la necesidad de alternativas tecnológicas para zonas agroecológicas semejantes en diferentes cuencas».*[23]

Debemos considerar las normas sobre infracciones a las disposiciones de Aguas, tanto en la misma Ley de Aguas, como en dispositivos tales como el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, que en su artículo 15 indica que, *«queda prohibido verter o emitir residuos sólidos, líquidos o gaseosos u otras formas de materia, o de energía que alteren las aguas en proporción capaz de hacer peligrosa su utilización. La autoridad competente efectuará muestreos periódicos de las aguas para velar por el cumplimiento de esta norma».*

2.11. Conciencia sobre el manejo racional de los recursos hídricos

Se ha evidenciado una falta de conciencia por parte de los niveles estatales más altos sobre la importancia del uso racional del agua y del suelo, lo que se traduce en la ejecución de obras desordenadas y algunas infringiendo las normas relativas a aguas.

[22] ALFARO, Julio y otros. En: Gestión del Agua y Crisis Institucional. Un análisis multidisciplinario del riego en el Perú. Grupo Permanente de Estudio sobre Riego. Lima, 1993 p. 112.

[23] GONZALES DE OLARTE, Efraín; REVESZ, Bruno (editores). PERÚ. El problema agrario en debate. SEPIA VI. Seminario Permanente de Investigación Agraria. Primera Edición, 1997.

Consideramos que una de las bases para promover el desarrollo rural sostenible a partir de una visión de cuenca hidrográfica, es la potenciación de las organizaciones campesinas, sobrevivientes a pesar de la crisis organizacional intrínseca a las organizaciones comunales así como de la inestabilidad y falta de legitimidad de las decisiones de las instituciones gubernamentales. De este modo, es importante partir de la visión de la micro cuenca que tiene cada persona en su comunidad de origen, y elaborar proyecciones a partir de esta perspectiva realista y práctica.

2.12. Poder de decisión de las instancias locales y regionales

Siendo que las instancias locales tienen gran importancia política y cierto reconocimiento por parte de los vecinos de su jurisdicción, deben posibilitar la participación de la ciudadanía así como promover el manejo racional de los recursos hídricos así como la educación de los usuarios sobre el mismo tema.

La Ley Orgánica de Municipalidades establece en su artículo 65 que las municipalidades deben velar por la conservación de la flora y fauna locales y promover ante las entidades respectivas las acciones necesarias para el desarrollo, aprovechamiento racional y recuperación de los recursos naturales ubicados en el territorio de su jurisdicción.

En cumplimiento de esta función legalmente establecida, los gobiernos locales tienen injerencia en los asuntos relacionados con el manejo integral de cuencas. De este modo, los gobiernos locales pueden ser capaces de crear instancias de coordinación entre usuarios del agua de diferentes sectores, obtener recursos para la aplicación de normas ambientales, formular programas de manejo de cuencas y programas de descontaminación de ríos, regular los asentamientos humanos, facilitar la operación y mantenimiento de sistemas hídricos de bien común, etc.[24]

2.13. Descentralización en la toma de decisiones y responsabilidades

Adicionalmente, está el hecho que en la actualidad los actores principales de las cuencas (organizaciones campesinas, empresas, ONGs, autoridades locales, etc), no se encuentran preparados técnica ni conceptualmente para asumir un rol holístico y globalizante.

Las constantes creaciones, desapariciones y reorganizaciones de los organismos encargados de definir y/ ejecutar las políticas sobre cuencas, denotan la ausencia de una visión nacional de desarrollo agrario. Ante este hecho, se opta por un criterio descentralista que sólo ha logrado atomizar a las instituciones que asumen las políticas de aguas e irrigaciones[25]. Asimismo, como producto de esta inestabilidad y de la verticalidad en las decisiones, las organizaciones de usuarios tienen relativa eficacia.

[24] DOUROJEANNI, Axel. El Rol de los Municipios en la Gestión de Cuencas y el Agua en los Andes. III Encuentro de la Red Nacional de Manejo de Cuencas, 23 al 29 de octubre de 1995, Cajamarca- Perú.

[25] APACLLA, Ob. Cit., p. 70.

La participación de los beneficiarios en el proceso de planificación, ejecución y desarrollo de los proyectos de riego, es casi nula. Esto implica el incumplimiento sistemático de la normativa vigente y la falta de legitimidad de las instituciones estatales encargadas del manejo de los recursos agua y suelo, así como la individualización de los beneficios resultados de la ejecución de proyectos u otras obras de manejo del agua. Con esto, podemos comprobar, que la participación de la población y de las organizaciones involucradas en el manejo del recurso agua, es vital para integrar los intereses y las responsabilidades.

Asimismo, la gestión de cuencas requiere una autoridad basada en agentes económicos y sociales de la cuenca, con importante participación de los gobiernos locales.

Diversos expertos[26] indican que a nivel regional, las cuencas hidrográficas deben constituir las unidades básicas, a partir de las cuales habría que procurar definir y asentar una autoridad que garantice un uso adecuado e integral de los recursos naturales, sin que dicha utilización produzca daños irreparables a otros recursos del ambiente. La mayoría de agentes económicos y habituales de una cuenca perciben claramente que dicho «accidente geográfico» (la cuenca) por más irrelevante que parezca, representa la base que los unifica y vértebra. Por esta razón, son conscientes que todo, o casi todo, lo que se haga o deje de hacer en la parte alta de la cuenca —en materia de uso y aprovechamiento de los recursos naturales— repercutirá en la parte media y baja de la misma, afectando en un sentido o en otro, sus propios intereses.

Se requiere de la cobertura de vacíos legales que permitan el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios para la distribución de las aguas, incorpore a estas organizaciones en la vigilancia de la calidad de ellas y remarque la importancia de la cuenca hidrográfica para resolver los asuntos pertinentes, sustraiga a la autoridad de cuenca del conflicto local y delimite su competencia a asuntos relevantes, lo que a su vez otorga la debida connotación al cargo

III. CONSIDERACIONES FINALES

Consideramos que una mejora en la gestión de un recurso natural fundamental como es el agua pasa por tener un ordenamiento legal sobre cuencas, para lo cual habría que considerar los siguientes puntos:

- Inclusión expresa de un régimen de prioridades del aprovechamiento de los distintos recursos y de los usos de algunos recursos, en especial el recurso hídrico cuidando tener presente los factores físicos, socioeconómicos y políticos.
- Flexibilidad en las normas, para que sean fácilmente adaptables a los cambios de circunstancias o variaciones naturales (geográficas, climáticas, etc.).

[26] FOY, Pierre y Otros. Marco Jurídico y Técnico Ambiental del Sector Agrario y sus relaciones con los otros sectores de la economía. Ministerio de Agricultura. Lima, agosto de 1994.

- Regulación integral de los recursos naturales, tratándolos como una unidad en razón de su interdependencia.
- Definición y regulación de la estructura administrativa encargada de la aplicación del régimen normativo.
- Provisión de los medios para evaluar las nuevas tecnologías y la adopción de normas que fomenten su adopción, siempre que sean socioeconómicas aceptables.
- Regulación de los Estudios de Impacto Ambiental[27].
- Consideramos sustancial que se entiendan a las cuencas como unidades de planificación, dirección, administración y promoción del uso adecuado de los recursos naturales.
- El manejo de cuencas debe ser considerado la base del desarrollo rural.
- Se requiere la formación de una institucionalidad que actúe como mecanismo de coordinación intrasectorial para garantizar una óptima y racional utilización de los recursos naturales al servicio del desarrollo.
- Para facilitar la participación de la población mediante comités de gestión ambiental y otros mecanismos similares, pueden seguirse los siguientes caminos:
  1) Incluirse dentro del proceso municipal, por medio del ejercicio de los derechos que atienden a los ciudadanos como vecinos, dentro de la jurisdicción de una municipalidad. Por tanto, el ejercicio de dicho derecho implicaría su participación a través de Comités vecinales, Audiencias públicas, etc.
  2) Participación en la Autoridad Autónoma de Cuencas por medio de la pertenencia a los Comités de Regantes y siguiendo los procedimientos establecidos en el Decreto Legislativo Nº 653, mencionado líneas arriba. Obviamente, la formalización de dicha autoridad constituye un elemento a ser resuelto previamente.
  3) Intervenir como Comité de Gestión que depende del grado de intervención que se le permita a dicho Comité. Dicha intervención puede materializarse vía un convenio que puede realizar dicho Comité con el Municipio en cuya jurisdicción se encuentran desarrollándose los proyectos de gestión de cuencas del Comité de gestión. Esta posibilidad depende de la accesibilidad que el Municipio tenga con respecto a los actores, así como de la conveniencia que éste vea en la participación de los actores de la cuenca. Por tanto, es una salida muy aleatoria.

Un camino accesible para lograr el manejo integral de cuencas, puede ser el llamado Plan de Desarrollo Integral Inter Provincial, por el cual podríamos unir diferentes provincias en el común objetivo de promover el desarrollo interprovincial, y con ello, deberá estar incluido el tratamiento legal del manejo de la cuenca (s) principal (es).

[27] MAGNANI, Op. cit., loc. cit..

La Decisión 391 del Acuardo de Cartagena sobre acceso a los recursos genéticos dos años después y un análisis sobre su implementación

Manuel Ruiz Müller

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. El contexto normativo a nivel internacional. Entre el consenso y el disenso. I. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA DECISIÓN 391: LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS RECURSOS GENÉTICOS, EL PROCEDIMIENTO DE ACCESO Y LOS CENTROS DE CONSERVACIÓN EX SITU. La condición jurídica de los recursos genéticos. El procedimiento de acceso. Los centros de conservación ex situ. II. UNA TENDENCIA CRECIENTE: LA CONCESIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE «FORMAS DE VIDA» El contexto internacional. El «no reconocimiento» a los derechos de propiedad intelectual. ¿Un requisito adicional? III. ¿QUÉ HACER EN LAS ACTUALES CIRCUNSTANCIAS?

INTRODUCCIÓN

1. Han pasado casi dos años desde la entrada en vigor de la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos en Julio de 1996 y el proceso de implementación de dicha norma en Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia (los Países Miembros del Acuerdo —actualmente la Comunidad Andina de Naciones— confronta dificultades de naturaleza jurídica, conceptual y, ciertamente, de índole práctico.
2. El objetivo del presente trabajo es, precisamente, analizar jurídicamente algunos de los puntos y contenidos más controvertidos de la Decisión 391 y proponer una interpretación a sus alcances y sugerir algunas medidas y alternativas para su implementación efectiva.
3. Tal como ha sucedido con algunas otras Decisiones a nivel del Acuerdo, la Decisión 391 ha generado mucha expectativa, ha requerido de varias reuniones de expertos para su aprobación final y las etapas para su adopción final han resultado muy enriquecedoras desde el punto de vista político, jurídico, filosófico y técnico[1].

[1] La Decisión 391 se desarrolló y elaboró a lo largo de dos etapas diferenciadas aunque complementarias entre sí. La primera, una fase no gubernamental y participativa que bajo la coordinación del Centro de Derecho Ambiental de la UICN y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental proporcionó a la Junta del Acuerdo un Reporte Técnico en materia de acceso para su consideración por los países.

Sin embargo, y pese a los esfuerzos y calidad de los aportes de los expertos y quienes participaron de una u otra forma a lo largo del proceso de gestación, elaboración, negociación y adopción de la Decisión, han quedado muchas dudas respecto a una serie de temas abordados en la misma y, más importante aún, empiezan a surgir casi tres años después inquietudes, especialmente de parte de cierto sector de la comunidad cientifica, respecto a cómo se va a implementar dicha norma y las consecuencias de dicha implementación en la investigación científica nacional, regional e internacional[2].

4. No se puede poner en tela de juicio ni cuestionar la legitimidad de la Decisión 391 ni el fundamento político en el cual se sustenta. En efecto, los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, el artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biologica (CDB) (sobre acceso a los recursos genéticos) y la Disposición Transitoria de la Decisión 345 del Acuerdo de Cartagena sobre un Régimen Comun de Protección a los Obtentores de Variedades Vegetales (de 1993) así como la necesidad de establecer alguna forma de control y mecanismo de participación en los beneficios que se derivan de utilizar recursos genéticos, particularmente por el sector farmacéutico, biotecnológico y agroindustrial, resultan base jurídica y argumentos suficientes para justificar su adopción.
5. Sin embargo, en la actualidad y cada vez con mayor insistencia, en los diferentes foros regionales e internacionales que abordan el tema de acceso, se coincide en señalar que si bien los países se encuentran plenamente legitimados y facultados para regular el acceso a los recursos genéticos, ello debe hacerse con cautela y evaluando detenidamente *qué* se va a regular, *para qué fines* y a través de *qué medios* o *mecanismos*[3]. La necesidad de planificar estratégicamente (a nivel nacio-

Se inició a principios de 1994 y concluyó en octubre de ese año. Una segunda etapa fue de carácter gubernamental propiamente e incluyó la realización de seis reuniones de expertos gubernamentales en materia de acceso a los recursos genéticos. Esta fase concluyó a principios de 1996. Para mayor información sobre este proceso ver: Caillaux, J; Tobin, B; Ruiz, M: *El Proceso para la Elaboración de un Régimen de Acceso a los Recursos Genéticos en los Países Andinos: Experiencias y Reflexiones*. Documento preparado por la SPDA en colaboración con World Resources Institute. Lima, setiembre 1998 (en imprenta).

2 Ruiz, Manuel; Access Regime for Andean Pact Countries: Issues and Experiences. En: *Access To Genetic Resources; Strategies for Benefit Sharing*. Mugabe, Barber y otros (Edit). ACTS, WRI, CEL-IUCN, ACTS Press, Nairobi, 1997.

3 Durante el Foro Global de Biodiversidad realizado a principios de este año en Bratislava (previo a la Cuarta Conferencia de las Partes del CDB) y precisamente en la Sesión sobre Acceso a los Recursos Genéticos, más de uno de los expositores invitados y participantes relievaron la importancia crítica de abordar estos tres puntos. En efecto, solamente en la medida que se defina claramente qué se pretende regular, para qué fines y mediante qué mecanismos, una norma en materia de acceso resultará efectiva y eficaz. Para ello, especialmente por lo complejo del tema y los diferentes actores y grupos con interéses directos o indirectos en el mismo, la participación e interdisciplinariedad del esfuerzo resultan fundamentales.

nal o regional si fuera el caso) los procesos político-jurídicos en la materia resultan en este sentido esenciales para dar una respuesta adecuada y precisa a estas tres preguntas, pre-requisito indispensable para la discusión del tema.

El contexto normativo a nivel internacional

6. La Orden Ejecutiva 247 de las Filipinas de 1995 sobre *Lineamientos y Establecimiento de un Marco Regulatorio para la Prospección de Recursos Biológicos y Genéticos, sus Productos y Derivados, para Fines Científicos, Comerciales y Otros* y su reglamento correspondiente (la Orden Administrativa N° 96-20), siguen siendo las normas precursoras en materia específica de acceso a los recursos genéticos. Sin embargo, ciertos sectores de la comunidad científica en las Filipinas (y a nivel internacional) han expresado reservas y preocupaciones desde su adopción, argumentado básicamente que dicha norma —por su estructura y orientación particularmente reglamentarista— no es promotora de la investigación ni resulta el mecanismo idóneo para promover la cooperación y colaboración interinstitucional en dicho pais[4].
7. La Decisión 391 por su parte, un hito a nivel de normativa regional *común* en la materia, tomó casi el mismo tiempo que la Orden Ejecutiva 247 para desarrollarse pero su proceso de implementación a nivel de cada uno de los Países Miembros se ha caracterizado por cierta pasividad institucional en los países y demoras en su operativización.
8. Algunos países como Costa Rica han adoptado en este caso específico a través de la Ley 7788, Ley de Biodiversidad de abril de 1998, normas muy puntuales respecto al acceso a los recursos genéticos y otros países tales como Etiopía y Brazil se encuentran muy próximos ha promulgar normativa en la materia. A ellos se suman Kenya, Camerún, México, Malawi, India, Malasia, Indonesia, Tailandia, Chile, Australia, entre otros, embarcados todos ellos en procesos políticos y normativos más o menos avanzados para regular este tema.
9. Una tendencia muy marcada de los países desde que el CDB entró en vigor ha sido la de *acelerar* los procesos para normar el acceso a los recursos genéticos. Sin duda, el tema resulta por demás «atractivo» desde el punto de vista de la negociación internacional y continúa siendo objeto de controversia en este contexto. Más

[4] Estas impresiones generales provienen de conversaciones sostenidas con científicos de las Filipinas y los EEUU de Norteamerica y Europa. Sin embargo, también cabe señalar que estas impresiones eran más o menos previsibles: cualquier norma que altera ó modifica una situación —especialmente cuando ésta no estaba sujeta a reglas o controles cual era el caso del flujo de material biológico y recursos genéticos— genera reacciones usualmente negativas de parte de los afectados directamente por la misma.

aún, resulta urgente regular este aspecto toda vez que se hacen más evidentes las tendencias a fortalecer sistemas de propiedad intelectual a través de los cuales el uso directo o indirecto de los recursos genéticos y su control se efectivizan. Sin embargo y paradójicamente, mientras más se ahonda en el debate, particularmente desde el punto de vista técnico, más complejos se vuelven los temas y difíciles de aprehender en toda su integridad. Pese a ello, como se ha señalado anteriormente, los esfuerzos de muchos países por solucionar legislativamente los diferentes problemas que el tema genera, no cesan. Y es que posiblemente estemos ante un desfase entre lo que que políticamente debe hacerse con carácter de urgente en el marco de las facultades reconocidas por el CDB y la búsqueda de soluciones y alternativas que técnicamente resulten factibles y viables[5].

10. Una explicación para este fenómeno de iniciar estos procesos normativos en materia de acceso y en particular acelerar el desarrollo y subsiguiente aprobación de estas normas está en el hecho que desde que se iniciaron estos debates, a través de ciertas instituciones y foros se han alentado expectativas, especialmente de los países ricos en diversidad biológica (la mayoría de ellos países en desarrollo), destacando las injusticas inherentes a los términos de intercambio de recursos genéticos entre estos y el mundo desarrollado. Enfatizando la inequidad de un mundo en el cual se promueve la concesión de derechos de propiedad sobre recursos genéticos, sus derivados, productos biotecnológicos y estas mismas tecnologías, particularmente por parte del capital transnacional, se ha presentado una situación de creciente injusticia y desequilibrio entre los países.

11. Sin embargo, calificar y especialmente enfrentar el problema del acceso a los recursos genéticos únicamente desde una perspectiva de confrontación «norte» vs. «sur»[6] si bien permite visualizar el contexto resulta extremadamente simplista y ayuda poco a entender la naturaleza de las relaciones históricas, institucionales,

[5] Hoagland hace un interesante análisis de los potenciales impactos que ciertas fórmulas legislativas podrían generar respecto a la investigación taxonómica propiamente. Ver: *Hoagland, Elaine: Access to Specimens and Genetic Resources: An Association of Systematics Collections Paper, 1996 en http://www.ascoll.org*

[6] Fue Pat Mooney quien en un trabajo precursor en 1979 *(Seeds of the Earth: A Private or Public Resource, ICDA, London, UK, 1979)* conceptualizó este enfrentamiento entre países megadiversos proveedores de materia prima —recursos genéticos— posteriormente utilizada por las corporaciones de los países industrializados. Posteriormente, Jack Kloppenburg (actualmente en la Universidad de Wisconsin) continuó elaborando sobre el trabajo de Mooney y concluyó que si bien en efecto hay una suerte de división de interéses entre el «norte» y el «sur» con respecto a recursos genéticos para fines de agricultura y alimentacion en particular, no es exacto definir el flujo de recursos exclusivamente de sur a norte. Kloppenburg descubrió en su análisis que la interdependencia entre los países y continentes con respecto a esta categoría particular de recursos era muy considerable y que ningún continente podría considerarse autosuficiente para satisfacer sus demandas internas y las demandas externas de recursos geneticos *(Kloppenburg, Jack. First the seed:*

políticas, científicas, tecnológicas y económicas entre los paises, las instituciones y al interior de los paises[7].

12. En efecto, el proceso para generar conocimiento científico y a través de él, para el desarrollo de bienes y productos beneficiosos para la sociedad, supone la participación —y el reconocimiento a esta participación— de múltiples actores que en mayor o menor medida aportan a este proceso. Desde el pequeño comunero cuyo trabajo de selección y conservación de variedades de plantas ha resultado crítico y vital para el posterior desarrollo de muchas variedades «modernas» hasta la empresa farmacéutica que invierte dinero en el desarrollo de una nueva droga, todos tienen su lugar que debe reconocerse dentro de un complejo proceso de generación de conocimientos y, ciertamente, compensarse adecuadamente.

13. Evidentemente, no todos estos actores (incluídos los pueblos indígenas, las ONG's, el sector industrial, la comunidad científica, los consumidores, entre otros) tienen el mismo rol en este proceso ni participan (y este es un punto crítico) de los beneficios del mismo de la misma manera. Y es precisamente esta última característica la que el artículo 15 del CDB y el tema de «acceso» en general quieren enfrentar. ¿Cómo, por ejemplo, lograr que los beneficios económicos resultantes de la comercialización de un producto farmacéutico, derivado de una planta medicinal, identificada y conservada en el tiempo por una comunidad indígena se distribuyan de manera justa y equitativa?

14. Más aún, cómo lograr que beneficios no monetarios (por ejemplo tecnologías y el «know how» para su uso) puedan así mismo ser compartidos de manera equitativa entre los diferentes actores que tienen un interés en el uso de los componentes de la biodiversidad. Y todo esto con el fin último de lograr que la diversidad biológica

the Political Economy of Plant Biotechnology, 1492-2000. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1988.

[7] Algunos autores y especialistas empiezan ha cuestionar el enfoque dado por los países al CDB, particularmente en materia de acceso a los recursos genéticos. La Dra. Vandana Shiva por ejemplo, critica el énfasis dado por el CDB al tema de la bioprospección y concluye que todo intento de compartir justa y equitativamente beneficios no es sino una forma de «compartir las migajas....» (»crumb sharing») por encima de una real preocupación sobre la conservación y uso sostenible de la biodiversidady particularmente sobre sus impactos sobre las comunidades indígenas y locales. básicamente considera que los actuales ejemplos o estudios de caso sobre bioprospección no hacen sino evidenciar la «biopiratería» imperante. En un contexto así resulta muy difícil lograr llegar a soluciones y proponer actitudes propositivas en la materia *(Ver: BIJA, the seed. A quarterly monitor on Biodiversity, Biotechnology and Intellectual Property Rights, Issues 21 & 22, Vandana Shiva (Ed))*

Hay sin embargo, numerosos ejemplos de proyectos (tales como los del International Cooperative Biodiversity Group Project) en los cuales participan comunidades indígenas e instituciones como INBIo, Shaman Pharmaceuticals o el Jardin Botánico de Kew, que están buscando fórmulas para precisamente lograr que el objetivo de justicia y equitatividad que propone el CDB se logre.

sea conservada y utilizada sosteniblemente para beneficio de las presentes y futuras generaciones.

15. Y en este mismo orden de ideas, el CDB, a través de su artículo 8(j) busca que los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales sean promovidos y utilizados más ampliamente para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad, respetando los derechos de estas comunidades y con la particpación de las mismas en los beneficios correspondientes de su uso y aplicación. El CDB reconoce el aporte intelectual de este sector y establece las bases a partir de las cuales el Derecho puede construir un régimen de promoción y protección de este aporte.

Entre el consenso y el disenso

16. Uno de los puntos de consenso a nivel del proceso de implementación del CDB[8] es que el acceso a los recursos genéticos *debe* regularse y que esta regulación debe ser conforme con los objetivos del CDB, es decir conservar la diversidad biológica, utilizar sosteniblemente sus componentes y compartir los beneficios derivados de dicho acceso. Hasta aquí no hay mayores discrepancias entre los negociadores, los políticos e incluso entre los científicos.

17. Es precisamente *cómo* hacerlo a partir de donde las dificultades prácticas y en la negociación se presentan y acentúan. Si bien la Decisión 391 y la Orden Ejecutiva 247 de Filipinas continúan siendo normas precursoras en materia de acceso, sus impactos (en términos de beneficios concretos) hasta el momento son imperceptibles. Más aún, el proceso de implementación de estas normas ha generado cierto parálisis en algunas actividades de investigación en los Países Miembros y en las Filipinas respectivamente.

18. Las reacciones de parte de la comunidad científica naturalmente no se han hecho esperar, particularmente de parte de científicos que realizan investigación basica[9]. Profesionales que, por ejemplo, se dedican a la taxonomía, muchas veces en sus estudios sistemáticos tienen que realizar análisis molecular y genético para la determinación o clasificación de un determinado especímen. Esta actividad parecería

[8] El «proceso CDB» se refiere al proceso de negociación para la implementación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, acuerdo internacional ratificado por mas de 170 países y a partir del cual — conjuntamente a las discusiones en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación FAO— el tema de acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficio derivados de su utilización ha sido objeto de intenso debate. A nivel del CDB, Decisiones adoptadas por las Conferencias de las Partes y Recomendaciones propuestas a esta última por el Organo Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico han abordado extensivamente estos temas (ver por ejemplo Decisión IV/8 sobre Acceso y Distribución de Beneficios de la Cuarta Conferencia de las Partes, Bratislava, mayo de 1998).

[9] Hoagland, ob.cit.

cuando menos discutible considerarla al mismo nivel de una actividad que tiene por objetivo determinar las propiedades medicinales de los extractos de determinada planta. La tendencia actual sin embargo es situarlas al mismo nivel y someterlas al mismo tipo de regulaciones. Con ello, se impone una carga pesada sobre muchos investigadores e instituciones cuyos fines son esencialmente académicos. La razón de esto es bastante simple: los legisladores han asumido por un lado que es muy difícil distinguir el fin último de determinadas actividades y por otro, que muchas instituciones tradicionalmente «académicas» (sin ningún fin comercial entre sus objetivos) trabajan de manera directa o indirecta con organizaciones, empresas o individuos que sí persiguen fines comerciales.

19. Durante el proceso de negociación del CDB e incluso previamente a él, durante las negociaciones del Compromiso Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos, la controversia en materia de acceso, uso y control de los recursos genéticos se centraba en tres elementos principales: a) el acceso no compensado a los recursos genéticos, b) para fines de su aplicación industrial, fundamentalmente en el sector biotecnológico y c) la posterior sujeción de los productos resultantes de ésta a alguna forma de propiedad intelectual, específicamente patentes o derechos de obtentor.

20. Queda claro que el ámbito del debate se restringía fundamentalmente a estos tres elementos y de alguna manera al tema de las comunidades indígenas y su rol en este contexto. Al adoptarse el CDB y especialmente al iniciarse el desarrollo de normas regionales y nacionales específicas sobre acceso a los recursos genéticos, el ámbito y alcance dado a las diferentes iniciativas específicas se amplió para incluir toda actividad que implicase acceder físicamente a los recursos geneticos, mas allá de los objetivos últimos de cada actividad en particular.

21. La Decisión 391 resulta muy ilustrativa en este sentido al definir (en su artículo 1) el concepto de «acceso» como la «*obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros*». Es decir, se aplica a toda actividad que implique acceder a los recursos genéticos independientemente de sus fines.

I. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA DECISIÓN 391: LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS RECURSOS GENÉTICOS, EL PROCEDIMIENTO DE ACCESO Y LOS CENTROS DE CONSERVACIÓN EX SITU

La condición jurídica de los recursos genéticos

22. Precisar la condición jurídica que tienen los recursos genéticos resulta muy importante para efectos de determinar el sistema de acceso aplicable a los mismos. En

este mismo orden de ideas, la definición del objeto a ser regulado o el ámbito de aplicación de la norma son fundamentales para entender sus alcances e implicancias[10].

23. La Decision 391 ha adoptado una fórmula interesante desde el punto de vista conceptual, al señalar en su artículo 6 que «los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son *bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro*, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas».

24. Los Países Miembros influenciados por sistemas jurídicos de tradición romano-canónica, han tendido a precisar —utilizando diversas fórmulas— en su normativa Constitucional y legal que los recursos naturales, especialmente los no-renovables tales como los minerales o el petróleo, son *patrimonio de la Nación* (Constitución de 1993 del Perú), *pertenecen al Estado* (Constitución Peruana de 1979), *son bienes de la Nacion, son bienes del Estado* (Constitución Política de Colombia, Ley de Protección de la Biodiversidad de Ecuador de 1996)) ó cualquier otra fórmula en la cual esté implícito ó explícito un dominio originario del Estado sobre dichos recursos. Asimismo, han tendido a utilizar el concepto de *«dominio público»* para hacer referencia a la propiedad estatal sobre estos y otros recursos naturales como los recursos forestales o la flora y fauna silvestre. La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Ley 21147 del Perú ilustra precisamente este punto al establecer que los recursos forestales y de fauna silvestre son del dominio público.

25. En el caso de los recursos genéticos, considerados como un sub-conjunto dentro los recursos naturales, los negociadores de la Decisión 391 optaron por utilizar una fórmula que permitiera —en la medida que se trataba de diseñar un régimen *común* a los cinco Países Miembros— reflejar las diferentes formas que cada país tiene para precisar la condición jurídica de sus recursos naturales y, principalmente, dejar absolutamente claro que el Estado tiene *propiedad* o algunas de las facultades que esta otorga sobre los recursos genéticos[11].

[10] La Decisión 391 define a los recursos genéticos como *«todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial»*. Por otro lado el ámbito (artículo 3) de aplicación se extiende a *«recursos genéticos de los cuales los Países Miembros son países de origen, a sus productos derivados, a sus componentes intangibles asociados ...»* salvo en los casos (artículo 4) de recursos genéticos humanos y sus derivados y al intercambio consuetudinario de recursos genéticos entre las comunidades indígenas. *Para un mayor análisis sobre este punto ver: Ruiz, M: Access Regime for Andean Pact Countries: Issues and Experiences. ob.cit.*

[11] Es posible un interesante intercambio teórico respecto a las implicancias jurídicas de utilizar conceptos como «Nación», «Estado», «dominio público», «propiedad del Estado», «patrimonio de la Nación», entre otros. No son estrictamente iguales y cada cual tiene una lógica propia. Sin embargo, para efectos de este breve trabajo basta con señalar que durante la negociación del texto de la Decisión 391 los expertos concluyeron que más allá del debate teórico respecto a estos diferentes

26. La Decisión 391 señala en el mismo artículo 6 que *«dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran o el componente intangible asociado»*. Es precisamente este punto uno de los más interesantes de dicha norma. En efecto, la Decisión reconoce implícitamente que los recursos genéticos son un sub-conjunto dentro de los recursos naturales pero que dentro de estos últimos hay también ciertos recursos sobre los cuales pueden recaer diferentes derechos: de propiedad, de arrendamiento, de concesión, de posesión, de uso, de usufructo u otro. El Estado y los particulares pueden tener derechos sobre una variedad de planta, sobre un cultivo o una cosecha determinada, sobre los árboles sembrados en un predio, sobre los frutos de una planta, sobre un animal domesticado e incluso sobre el suelo. Sin embargo, y de conformidad con la Decisión, no se tiene ningún derecho sobre los recursos genéticos *contenidos en estos* pues solamente el Estado —o la Nación— tiene derechos sobre ellos.

27. Conceptualmente, y tal vez influenciados por una percepción inexacta o parcial respecto al potencial valor *económico* de los recursos genéticos[12], se ha seguido una larga tradición por la cual los minerales y el petróleo, riquezas estratégicas del

conceptos utilizados indistintamente en los diferentes países, lo central era dejar muy claro que es el Estado quien finalmente tiene el poder decisor último respecto al acceso y uso de los recursos genéticos.

[12] El tema central pasa por reconocer que la biodiversidad como tal tiene sin duda un valor social, ecológico, cultural, moral, religioso, político y ciertamente económico *(Ver: McNeely, J; Conservation and the Future: Trends and Options Towards the year 2025. IUCN Biodiversity Policy Coordination Division. Cambridge, UK, May 1997).* Sin embargo, la dificultad radica por un lado en asignar el valor económico a ciertos componentes de esta biodiversidad —los recursos genéticos— y por otro lado diseñar el sistema regulatorio que permita «capturar» este valor y distribuirlo equitativamente. Los costos de transacción en este sentido —costos asociados al diseño y especialmente la implementación de estos sistemas pueden resultar siendo mucho mayores que los beneficios que dicho sistema reporta.
En «Biopiracy or Green Petroleum...? Expectations and Best Practices in Bioprospecting». ODA, UK, 1995, Kerry ten Kate presenta de manera resumida algunos cuadros respecto al valor potencial de los recursos genéticos en una serie de sectores, incluído el farmacéutico. En un taller sobre recursos genéticos realizado a principios de 1998 en Madras, India, esta investigadora presentó los resultados de un estudio preliminar de este «mercado». Señaló que este mercado se encuentra muy fragmentado (biotecnología, alimentos, bioremediación, productos fitomedicinales, cosméticos, diagnóstico, farmacéutico...) y que hay una gran variedad de aproximaciones al desarrollo de nuevas drogas (a través de productos naturales, química combinatoria y métodos de síntesis, biofármacos, fitomedicinas...) cada cual con particularidades muy especiales. También indicó que entre los factores que determinan la *demanda* de los recursos genéticos y sus derivados están: el desarrollo tecnológico, los costos en el desarrollo de ciertos productos, la calidad y capacidad de los socios y la provisión de materia prima, las normas sobre propiedad intelectual en los países y leyes sobre inversión y, ciertamente, los regímenes regulatorios de acceso.

subsuelo o sobresuelo, se reservan en favor del Estado más allá de la propiedad u otro derecho sobre el predio en el cual estas riquezas se encuentran. Esta tradición resulta muy diferente a la que siguen los países anglo sajones (influenciados por el Derecho Común) en la cual la propiedad de estas riquezas recae fundamentalmente en el titular del predio o terreno. La «propiedad privada» como tal en estos países prima sobre cualquier otro título o derecho[13].

28. En el caso de los Países Miembros, en la práctica quien resulta propietario de alguno de los recursos señalados anteriormente (una planta, un animal domesticado, etc.) no tiene ningún derecho sobre los componentes genéticos del mismo. Sin embargo, si dichos recursos *son inalienables, imprescriptibles e inembargables* (como los califica el propio artículo 6), cualquier acto de disposición de los recursos biológicos que los contienen, ¿no estaría contraviniendo por lo menos el primero de estos principio? Si se vende una planta, si se vende un fruto, la cría de un animal o un reproductor, ¿no se está en esencia alienando los recursos genéticos en ellos contenidos incluso si el fin último del acto de adquisición no fuera utilizar estos recursos directamente? Interpretando el sentido de la Decisión, los recursos genéticos se mantendrían bajo la titularidad del Estado pese a que las posibilidades de controlar esto en la práctica resulte muy difícil por razones evidentes.

29. En el caso de plantas y animales *silvestres* muchas veces la propiedad del Estado sobre éstas sí está claramente definida en las leyes nacionales. Sin embargo, en el caso de especies animales y de plantas *domesticadas,* resulta ciertamente un problema suponer que se es titular de éstas más no de la materia que las compone, es decir de los recursos genéticos. ¿Podría acaso el Estado expropriar una planta de una cosecha en razón a que existe un interés respecto a los recursos genéticos en ella contenidos? ¿Podría obligar el Estado a negociar un contrato accesorio (el mecanismo contemplado para negociar el acceso y uso de los recursos *biológicos*)? ¿Puede el Estado limitar la venta de determinada semilla (el recursos genético por excelencia) de una planta ornamental a un particular? Por lo menos en la práctica esto parece extremadamente difícil pese a que estaríamos bajo los supuestos contemplados en el marco del ámbito de la propia Decisión.

30. Esta superposición de derechos, reconocida por la Decision 391 y no necesariamente *creada* por ella, pues es la normativa Constitucional y legal la que conlleva

[13] Para un análisis del sistema legal vigente en los EEUU de Norteamérica y Canada en materia de acceso a los recursos genéticos, revisar los reportes: *Clark, K; «Access to and Compensation for the Use of Genetic Resources in Canada». Canadian Institute for Environmental Law and Policy (CIELAP), 1997 y Swift, B y Casey-Lefkowits, S; «Access to and Compensation for the Use of Genetic Resources in the United States of America». Environmental Law Institute (ELI), 1997.* Ambos reportes fueron preparados en el marco del proyecto «Biodiversidad para las Américas» apoyado por IDRC-Canada y la Fundación MacArthur de los EEUU.

a esta situación, podría en efecto ser causa de alguna incertidumbre al momento de implementación de esta norma. En rigor, la Decision 391 ha marcado una clara diferenciación entre dos regímenes jurídicos de acceso: uno para los recursos genéticos propiamente y un segundo régimen para aquellos recursos (recursos biológicos, predios u otro) en los cuales se encuentran dichos recursos genéticos. Para los primeros se aplicarían las normas comunes del derecho civil mientras que para los segundos se impondrían las normas de acceso de la Decisión.

31. Al hacer esta intereseante diferenciación teórica, la Decisión podria también haber creado un sistema *paralelo* o en rigor *complementario (adicional)* al régimen jurídico ya existente en todos los Paises Miembros a partir del cual se comercializan muestras y especímenes de plantas y animales: concretamente el sistema de permisos de colecta cientifica y comercialización, incluso en el marco de las normas generales del Convenio CITES. ¿Cuál es la relación jerárquica entre estas normas y sistemas a partir de los cuales se regula el flujo de recursos? ¿Son paralelos, complementarios? Aún caben realizarse análisis exhaustivos sobre la materia[14]. Sin embargo, podría argumentarse que el régimen de la Decisión 391 prima sobre cualquier otro sistema (incluído CITES) en lo que respecta a los recursos genéticos. Mas aún, si bien el artículo 14 de la Decisión señala que en la medida que «*no se acceda a los recursos genéticos contenidos en los recursos biológicos a los que hace referencia la presente Decisión, las disposiciones del presente régimen no obstaculizarán... el cumplimiento de las disposiciones de la Convención CITES...*» la propia definicion de «acceso» de la Decisión implicaría que cualquier actividad de colecta de material biológico supondría acceder a recursos geneticos y por ende la eventual necesidad de cumplir la Decisión *adicionalmente a* la normativa nacional para la implementación de normas sobre colecta científica e incluso sobre la Convención CITES.

32. Si a ello agregamos que probablemente la autoridad CITES en cada país no coincide con la autoridad competente en materia de acceso, todo ello no hace sino crear incertidumbre respecto al régimen aplicable en cada caso y ciertamente la autoridad a la cual contactar. La Decisión 391 parecería indicar la necesidad de cumplir *adicionalmente* con sus disposiciones en todos los casos que impliquen acceder a recursos genéticos.

[14] Algunos especialistas sostienen que hay tres posibilidades para abordar normativamente el tema de acceso. En primer lugar, desarrollar una norma específica sobre la materia (alternativa que las actuales tendencias parecen indicar, resulta la preferida por los países). En segundo término, incorporar el tema en normas integrales sobre conservación y uso sostenible de la diversidad biológica (tal como lo ha hecho Costa Rica) y por último, modificar la legislación existente, especialmente la normativa y reglas sobre colecta de material biológico en el campo e incorporar en éstas provisiones específicas sobre distribución de beneficios, el consentimiento informado previo, restricciones, términos mutuamente convenidos, entre otros. Ver: *Glowka, L; A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources. IUCN Environmental Law Center, Environmental Law and Policy Paper No. 34, Cambridge, United Kingdom, 1998.*

El procedimiento de acceso

33. Como consecuencia lógica de lo establecido en el artículo 6 de la Decisión, es decir el rol del Estado como único titular de los recursos genéticos, el procedimiento de acceso establecido refleja evidentemente este rol. El Estado —a través de la autoridad competente correspondiente en cada país— recibe y tramita una solicitud de acceso, negocia un contrato de acceso y, finalmente, autoriza las actividades de acceso. Estos tres pasos, aparentemente muy simples se complican enormemente por dos factores que son críticos respecto del sistema procedimental propuesto por la Decisión.

Recuadro Nº 1

Consideraciones para un Procedimiento Alternativo de Acceso a los Recursos Genéticos

A continuación se esbozan algunos elementos que un procedimiento de acceso podría considerar: el punto central de esta alternativa resulta la estructuración y diseño del denominado «Proyecto de Acceso», que no es otro que la conjunción formal de los esfuerzos y relaciones de las instituciones, gobiernos, individuos, comunidades indígenas, u otros, reflejados en acuerdos, contratos, convenios de cooperación, cartas de entendimientos, planes de acción u otros.

Es precisamente esta etapa en la cual se debe proveer a los interesados en acceder y utilizar los recursos genéticos de cierta flexibilidad para la negociación de los instrumentos referidos anteriormente y que podrían tener como parámetros condiciones mínimas que deberán incorporarse en los correspondientes acuerdos, contratos, etc.

Esta flexibilidad implicaría considerar requisitos o exigencias diferenciadas según las actividades, actores involucrados, objetivos, naturaleza del material a ser accedido, entre otros.

En la medida que el interés del Estado pudiera estar representado (por ejemplo a través de la universidad pública o instituciones nacionales —públicas o privadas— reconocidas —específicamente para esos efectos— se podría establecer un procedimiento flexible y menos riguroso que el de la Decisión 391, lo cual no es lo mismo a que el Estado o la autoridad nacional renuncie o abdique del control y la fiscalización y ciertamente a su participación en el procedimiento mismo.

La enorme diversidad de formas de cooperación y especialmente la variedad de circunstancias en las cuales se van a utilizar recursos genéticos hace muy difícil prever soluciones uniformes para supuestos normativos y, por ende, la dificultad de reflejar convenientemente estos supuestos en una norma.

Sin embargo podrían sugerirse tres etapas mínimas:

- **Un primera etapa donde se tramita una «Solicitud de Acceso».**
- **Una segunda donde se estructura el «Proyecto de Acceso» (FASE CRÍTICA: difícil prever actores, intereses en juego y posibles relaciones entre los participantes).**
- **Una tercera y última etapa donde se autoriza el «Proyecto de Acceso» (que incluye los acuerdos, convenios, proyectos, contratos o cualquier otra forma de acuerdos sujetos a condiciones o requerimientos mínimos fijados por el Estado).**

La etapa de autorización es la etapa en la cual la autoridad competente revisa todos y cada uno de los acuerdos celebrados entre las diferentes partes involucradas e interesadas en el proyecto de acceso —universidades, comunidades indígenas, compañías, instituciones públicas u otras. La autoridad verificará que las *condiciones y requerimientos mínimos establecidos en la Ley* hubieran sido cumplidos.

El tema de las condiciones o los requisitos mínimos también resulta muy importante pues es a partir de ellos que el Estado puede garantizar que se compartan beneficios —de todo tipo— a partir de las actividades de acceso correspondientes.

No es indispensable regular explícitamente ni en detalle cómo y entre quiénes se dan las relaciones en la segunda etapa de este procedimiento (estructuración del Proyecto de Acceso). Bastaría verificar que las condiciones propuestas se incorporen a los acuerdos.

Es claro que la norma de acceso tendría por ejemplo que prever mecanismos de asistencia técnica a comunidades indígenas y locales cuando éstas fueran parte interesada o tuvieran o quisieran alguna participación.

En esta alternativa, bastará con determinar el status jurídico de los recursos biológicos y la naturaleza jurídica de los recursos genéticos seguirá este status.

34. En efecto, la Decisión 391 no solamente precisa que el solicitante de acceso deberá celebrar un contrato de acceso con el Estado (artículo 32) como condición necesaria para acceder a los recursos genéticos, sino que adicionalmente deberán celebrarse —cuando la circunstancia asi lo requiera— contratos accesorios (artículo 41 y siguientes) con el titular del predio, el centro de conservación *ex situ*, el titular del recursos biológico y la institución nacional de apoyo, contratos de acceso marco (artículo 36) con centros de investigación y un anexo (*sic*) respecto al componente intangible de las comunidades indígenas (artículo 35). Si de conformidad con la Decisión, únicamente el Estado tiene la facultad de negociar respecto a los recursos genético o sus derivados (estos constituyen el objeto del contrato), qué

podría efectivamente *negociarse* en un contrato accesorio[15] y si resulta apropiado para efectos de agilizar un proceso de negociación contar con la diversidad de formas contractuales que la Decisión propone[16].

35. ¿Por qué resulta crítico el procedimiento *per se*? Principalmente por dos factores: en primer lugar, la claridad y precisión de cualquier procedimiento definirá la seguridad jurídica que brinda y la posibilidad práctica de su cumplimiento. En segundo lugar, volviendo al objeto mismo de interés (los recursos genéticos y sus derivados), haciendo un muy simple análisis de costo y beneficio podremos verificar que los componentes de la biodiversidad rara vez son endémicos a un único país y en ese sentido, siempre podrá accederse a la misma ó similar diversidad biológica de otras fuentes (otros países o regiones de centros de conservación *ex situ* cuyas colecciones no sujetas a las normas del CDB[17].

36. Algunos autores[18] han sugerido la necesidad de formar «carteles de países megadiversos» que controlen de manera estricta y rigurosa el flujo de los recursos genéticos y sus derivados y que asegure no surja una competencia innecesaria y contraproducente entre países que comparten la misma biodiversidad. La existencia de carteles de países exportadores de determinado mineral o de petróleo resul-

[15] Por ejemplo, el propietario de un fundo en el cual se localiza una especie que por alguna razón resulta importante para la investigación o las comunidades indígenas sobre cuyas tierras se ubican determinadas plantas medicinales en rigor únicamente podrían negociar respecto al especímen (la planta *per se*) y no respecto a sus recursos genéticos o productos derivados, lo cual en los hechos llevaría a que la negociacion se circunscriba tal vez al precio unitario de dicho especímen... Si bien el artículo 34 de la Decisón precisa que el contrato de acceso «*...tendrá en cuenta los derechos e interéses de los proveedores [físicos] de los recursos genéticos...*» no hay garantía que esto ocurra en la realidad de los hechos y menos aún que los beneficios negociados se canalicen eventualmente a estos proveedores.

[16] No se han incluído en este listado de las formas contractuales que la Decisón contempla, los contratos de depósito, intermediación o administración previstos en la Disposición Complementaria Quinta de la Decisión...

[17] Un punto que llama la atención es que mientras los países diseñan sus sistemas y regímenes jurídicos de acceso a los recursos genéticos, algunos centros de conservación *ex situ* e investigación —tales como el Jardín Botánico de Kew o incluso compañías como Glaxo UK— se encuentran implementando políticas institucionales que precisamente buscan adecuar el accionar de estas instituciones con el CDB. En el caso de Kew, esta institución ya tiene una política —hecha pública— en materia de acceso y en la cual indica que en la medida de lo posible sus colecciones —pre y post CDB— se sujetarán a las mismas reglas y que cuando resulte factible se compartirán con los países los beneficios resultantes de dicho acceso. Mas aún, 16 jardines botánicos del mundo —de países en desarrollo y paises desarrollados— se encuentran trabajando con miras a diseñar políticas comunes en materia de distribución de beneficios. Parecería que no hubieran puntos de contacto entre estas iniciativas...

[18] Vogel es uno de los principales propulsores de la idea de formar carteles de recursos genéticos. Ver: *Vogel, J; Bioprospecting and the Justification for a Cartel. Bulletin of the Working Group on Traditional Resource Rights. Oxford, Winter 1997.*

ta perfectamente viable por la naturaleza física misma de dichos recursos (ubicados en determinados lugar, sin posibilidad de acceder a ellos sin la autorización del país en el que se localizan fisicamente, localizados en pocos países, entre otros). Sin embargo, en el caso de países megadiversos surge la interrogante si es en la práctica factible formar un cartel y sobretodo controlar los posibles flujos de estos recursos. Incluso con las capacidades institucionales y financieras instaladas para hacerlo, ¿valdría la pena este esfuerzo? ¿Superarían los beneficios los costos de implementar este tipo de sistema?

37. La Decisión 391 busca a nivel subregional adoptar esta aproximación al tema, estableciendo normas mínimas que todos los Países Miembros deben implementar. Sin embargo, la misma Decisión *no* establece los mecanismos para garantizar que efectivamente los beneficos derivados del uso de rescursos genéticos compartidos se distribuyan equitativamente entre los cinco países. Es decir, si bien el sistema regulatorio se aplica a todos por igual la compensación o distribución subregional de beneficios no está prevista explícitamente[19].

Los centros de conservación ex situ

38. Durante el proceso de negociación y elaboración de la Decisión 391 uno de los temas que mayor debate suscitó fue el rol de los centros de conservación *ex situ* dentro de los Países Miembros y principalmente desde la perspectiva de potenciales intermediarios o facilitadores del flujo —no compensado— de recursos genéticos de la región hacia el exterior. Fue particularmente discutida la función que cumplen los centros internacionales de investigación agrícola existentes en la subregión, tanto el Centro Internacional de la Papa (CIP) en el Perú como el Centro Internacional de Agricultura Tropical (CIAT) en Colombia.

39. Nuevamente y a partir de una visión parcial del rol que cumplen estos centros, de sus objetivos institucionales y de su funcionamiento cotidiano, se caracterizó a estos centros como «filtros» a través de los cuales los países de la región perdían recursos genéticos (de la región) y principalmente, posibilidades de beneficiarse de su utilización consiguiente en terceros países.

[19] Lo más cercano a un mecanismo para precisamente distribuir beneficios equitativamente entre los países y efectivamente guardar coherencia con la idea de un «cartel regional» se encuentra en la Disposición Final Segunda que señala que *«en la negociación de los términos del contrato de acceso de los cuales más de un País Miembro es país de orígen o sus productos derivados, así como el desarrollo de actividades relacionadas con dicho acceso, la Autoridad Nacional Competente tendrá en cuenta los interéses de los otros Países Miembros...»*.
El Fondo Andino para la Conservación de Recursos Genéticos (aún por establecerse) mencionado en la Disposición Complementaria Primera es la otra referencia a un mecanismo potencial para compartir beneficios *entre* los países.

40. Para regular las actividades de los centros de conservación *ex situ* en general, la Decisión 391 establece en su artículo 37 que «*los centros de conservación ex situ u otras entidades que realicen actividades que impliquen acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados y, de ser el caso, del componente intangible asociado a este, deberán celebrar contratos de acceso con la Autoridad Nacional Competente de conformidad con la presente Decisión*».

41. Es decir, todo centro de conservación *ex situ* (incluyendo zoológicos, bancos de semillas, jardínes botánicos, herbarios ó los propios centros internacionales anteriormente referidos) deberán cumplir con el procedimiento de acceso establecido en la Decisión y deberán en consecuencia celebrar contratos de acceso con la autoridad competente para cada una y todas sus actividades, independientemente del objetivo último de éstas.

42. En este sentido, *cualquier* actividad de estos centros que implique físicamente obtener especímenes animales, semillas, plantas o sus componentes, especímenes o material de reproducción de cultivos agrícolas deberá estar sujeta a un contrato de acceso con el Estado en el cual se establezcan las condiciones para acceder a los recursos genéticos y para su posterior utilización. Si se buscara aumentar una colección o las muestras de un herbario, si una institución pretendiera capturar determinado especímen animal para su investigación taxonómica, si se requiriese realizar una colecta de semillas para trabajo práctico en una universidad, todas estas actividades, en la medida que directa o indirectamente impliquen manipular, utilizar, evaluar o cualquier otro acto a nivel genetico[20] implicarían la necesidad de una negociación con el Estado y, más aún la definición de los posibles beneficios que a partir de dichas actividades pudieran generarse.

43. Reconociendo parcialmente las dificultades e inconveniencias de regular excesivamente actividades del «día a día» que impliquen acceder a recursos genéticos o sus derivados para fines de investigacion básica (por ejemplo para fines estrictamente taxonómicos) o actividades que se realicen por instituciones académicas nacionales (por ejemplo universidades nacionales, centros de investigación agraria u otros) la Decisión 391 señala en el artículo 36 que «*la Autoridad Nacional Competente podrá celebrar contratos de acceso marco con universidades, centros de investigación ó investigadores reconocidos, que amparen la ejecución de varios proyectos, de conformidad con lo previsto en esta Decisión y en concordancia con la legislación nacional de cada País Miembro*». En

[20] Resulta complicado justificar que la actividad taxonómica pueda tener algún fin u objetivo de naturaleza comercial o lucrativa... Si bien el trabajo taxonómico puede servir de base a partir de la cual en algunas instancias, los procesos de investigación y desarrollo de productos comerciales se beneficien de las colecciones taxonómicas, el fin último de estas no es lucrar y es precisamente ello lo que en la actualidad se empieza a relievar en algunos foros.

este sentido, los contratos de acceso marco serían acuerdos mas flexibles o generales que responderían a las realidades específicas del tipo de actividad que estas instituciones realizan de manera cotidiana: actividades permanentes, constantes, a veces no planificadas, urgentes y con fines no comerciales.

44. Estos contratos de acceso marco (cuyos términos tendrán que ser definidos en la legislación y reglamentación interna de cada país) tenderían a *facilitar* la realización de actividades de campo y recolección de estas instituciones, particularmente en el caso de instituciones nacionales. Debe tenerse presente que en muchos casos los centros de conservación *ex situ son* efectivamente *también* centros de investigación ó dependen directamente de estos. Salvo un vivero comercial de plantas ornamentales o un zoocriadero comercial —en el entendido que fueran centros de conservación *ex situ*— resulta dificil imaginarse un supuesto en el cual *únicamente* sea de aplicación el artículo 37.

45. En este contexto, surge una duda inmediata respecto a dicho artículo 37 pues si la preocupación de los legisladores como se señaló anteriormente era controlar las actividades de los centros internacionales de investigación agrícola, tanto el CIP como el CIAT calificarían perfectamente como *centros de investigación* (incluso ya reconocidos por los gobiernos de Perú y Colombia) y con ello podrían «escapar» (si esta es la preocupación central) la necesidad de cumplir estrictamente con lo dispuesto en el artículo 37, es decir celebrar contratos de acceso con la autoridad competente cada y toda vez que realizan actividades que impliquen acceder a recursos genéticos de los cuales los países son países de origen[21] .

46. Como evidencia adicional a este particular énfasis por tener cierto control sobre las actividades de estos centros el mismo artículo 37 de la Decisión señala en su segundo párrafo que «*...la autoridad* (competente de cada pais*) podrá suscribir con terceros, contratos de acceso sobre recursos genéticos de los cuales el*

[21] El CIP y el CIAT son parte del sistema del Consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR). En 1994, la FAO celebró un convenio con el CGIAR mediante el cual se estableció que las colecciones depositadas en los centros internacionales se colocan bajo los auspicios de la FAO y se reconoce formalmente que estos centros no son sino depositiarios de dichas colecciones.
Bajo este acuerdo, los centros se han comprometido a no invocar derechos de propiedad intelectual sobre el germoplasma depositado. Mediante acuerdos de transferencia de material obligan a todo aquél que accede a muestras de dichos materiales a comprometerse a no solicitar derechos de propiedad intelectual... Hay cierta controversia respecto a la posibilidad de solicitar patentes sobre los genes de este material o sobre variedades que incorporan este material. Sin embargo, el punto es que hay un mecanismo vigente a partir del cual germoplasma para la agricultura y alimentación fluye alrededor del mundo de manera más o menos sistemática y organizada.
El International Plant Genetic Resources Institute en «*Access to Plant genetic Resources and the equitable Sharing of Benefits: a contribution to the debate on systems for the exchange of germplasm (Issues in Genetic Resources No. 4, June 1996*) hace un análisis de posibles alternativas para regular este flujo y, especialmente, promover que se compartan y distribuyan beneficios entre los países.

País Miembro sea país de orígen, que se encuentren depositados en dichos centros,...». Como señalamos, este tipo de precisión hubiera también sido perfectamente pertinente para los supuestos del artículo 36 si el control era preciamente lo que se deseaba.

47. Mas aún, la Disposición Complementaria Quinta señala que en relación a las instituciones a las que hace referencia el artículo 36 (universidades y centros de investigación) la autoridad competente podrá celebrar «*contratos de depósito de recursos genéticos o sus productos derivados o de recursos biológicos que los contengan, con fines exclusivos de custodia, manteniendo dichos recursos bajo su jurisdicción y control*». Parece evidente —pese a que esta Disposición utiliza la interjección «*podrá*»— el objetivo fundamental por mantener el control sobre los recursos genéticos y en particular por la vía contractual. En este caso en particular, ¿qué razón tendría una universidad o un centro de investigación para celebrar un acuerdo *distinto* al del contrato de acceso marco propuesto por el artículo 36?

48. Igualmente confuso es el segundo párrafo de la Disposición Complementaria Quinta al señalar que estas mismas instituciones «*...podrán celebrar contratos que no impliquen acceso, tales como intermediación o administración, en relación a tales recursos genéticos o sus productos derivados o sintetizados*»[22].

49. Si por la definición de «acceso» y «recursos genéticos» se concluye que *toda* actividad que implique físicamente obtener material biológico estaría bajo los alcances de la decisón 391 —con las excepciones del artículo 4 y 14—, ¿en qué supuestos podrían celebrarse contratos de intermediación o administración?

50. En rigor, y para efectos de garantizar que los beneficios derivados de la utilización (mantenimiento) de recursos genéticos por parte de los centros de conservación *ex situ* o centros de investigación puedan ser primero generados y en segundo lugar distribuídos, parecería mucho más coherente sugerir que el control estatal —en la medida que esta es la opción adoptada por los legisladores— se diera al momento que los recursos son *transferidos* a terceros y no en función a las actividades de campo de estos centros e instituciones. Es decir, focalizar la atención en el momento de la transferencia y no afectar ó complicar excesivamente actividades que por naturaleza estos centros deben realizar como finalidad última de su existencia. Para ello, los contratos de transferencia de material son práctica bastante común en muchos lugares y entre instituciones y podrían adaptarse a las necesidades nacionales.

51. A modo de alternativa, podría sugerirse que se permita a los centros colectar normalmente pero si van a transferir a terceros lo recolectado, en ese instante el Estado

[22] La sola referencia a «productos sintetizados» trae consigo un problema de fondo, pues los sintetizados son productos resultantes de la aplicación de una tecnología determinada y por ende —si bien pueden implicar la réplica química de una estructura genética o un componente activo— son en esencia productos diferentes y en este sentido queda claro cómo se pretende regular respecto a tecnologías sobre las cuales no se tiene control ni jurisdicción.

puede intervenir —en razón a que tiene derechos sobre los recursos genéticos—, regular dicha transferencia ó establecer pautas básicas para que ésta se dé. Incluso, podría proponerse que sobre el material recolectado (recursos genéticos) y sus componentes no es posible invocar derechos de propiedad intelectual.

52. Cuando un centro internacional o cualquier centro de investigación colecta en el Perú o en Colombia, el hecho mismo de recolectar en el campo implica por lo general que participan investigadores nacionales en dichas actividades, se comparten y dividen responsabilidades científicas, se entrena a personal nacional y se obtienen y generan datos e información que están disponibles para investigadores nacionales, entre otros. Casi automáticamente se genera un beneficio que corresponde al país aprovechar convenientemente.

53. Otra alternativa es participar de los beneficios económicos resultantes de la comercialización de variedades protegidas por patentes o derechos de obtentor que incorporan recursos genéticos de los países de origen depositados en estos centros. Si bien en teoría resulta una alternativa interesante, determinar el origen geográfico del genoma de estas variedades y, especialmente, asignarle un valor en función a su importancia dentro de una variedad resulta una tarea ardua pero que en todo caso queda como opción a ser evaluada por los Países Miembros[23].

II. UNA TENDENCIA CRECIENTE: LA CONCESIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE «FORMAS DE VIDA»...

El contexto internacional

54. Tanto o más controvertido aún que el tema del acceso a los recursos genéticos y probablemente con mayores implicancias socioeconómicas para los países en desarrollo, resulta el debate sobre los avances en el campo de la biotecnología y la consiguiente protección de las invenciones y procesos biotecnológicos resultantes mediante patentes de invención o derechos del obtentor en el caso de variedades vegetales.

[23] Como ejemplo de estas dificultades: Las VEERY son una serie de líneas de trigo liberadas por el CIMMYT (centro internacional ubicado en México) en 1997. Para el desarrollo de estas líneas se realizaron aproximadamente 3,170 cruces diferentes entre unos 51 parientes individuales originados en 26 países diferentes. Cuando se imprimen los datos del *pedigree* se estas líneas la información ocupa seis (6) metros de papel...! Las variedades liberadas de la serie VEERY totalizan 62 líneas hermanas y éstas en algún momento se han cultivado de Chile a China en una extensión de 3 millones de hectáreas. es posible determinar el país de origen o distribuirse realistamente beneficios a partir del origen y contenido genético... parecería, por lo menos en este ejemplo, ciertamente difícil. (Ver: International Plant Genetic Resources Institute en «*Access to Plant genetic Resources and the equitable Sharing of Benefits: a contribution to the debate on systems for the exchange of germplasm (Issues in Genetic Resources N° 4, June 1996*)

55. La Decisión 391 no ha escapado a la influencia de este debate paralelo y, por el contrario, encontramos que ha incorporado normas novedosas sobre propiedad intelectual cuyas consecuencias estan aún por definirse.

56. La manera como el sistema de propiedad intelectual, concretamente el sistema de patentes de invención y en menor medida el sistema de los derechos de obtentor se tiende a aplicar en los países industrializados, especialmente en los EEUU de Norteamérica, no termina de sorprender hasta a los más fervientes admiradores de esta forma de promoción y compensación a la innovación humana.

57. Las patente No. 301,749 concedida a la empresa Agracetus sobre soya transgénica, la patente No. 5,304,718 concedida a investigadores de la Universidad de Colorado sobre machos estériles de Quinua, la patente N° 5,527,555 concedida a investigadores de la Universidad de Wisconcin sobre una proteína aislada de un berro de *Pentadiplandra brazzeana* son sólo algunos ejemplos de una tendencia ciertamente creciente: reivindicaciones en las patentes tan amplias y comprehensivas que en la práctica implican el control absoluto y monopólico sobre el objeto patentado y en algunos casos las tecnologías para su obtención[24].

58. En los EEUU, grupos industriales empiezan a cuestionar los probables efectos negativos de este tipo de patentes en términos de practicas anticompetitivas y abusivas y las posibilidades de restringir el acceso a los mercados por parte de los competidores[25].

59. La próxima revisión del artículo 27.3.b del Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS) en 1999 traerá sin lugar a dudas —siempre y cuando los procedimientos al interior de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y especialmente el Consejo del TRIPS y la ingerencia de los paises miembros de la OMC lo permitan— el debate de estos y ciertamente otros aspectos asociados a las *patentes sobre formas de vida*[26].

60. En un contexto en el cual el debate del tema de los derechos de propiedad intelectual, específicamente las patentes de invención *sobre formas de vida* y los derechos de obtentor formaron parte de las discusiones durante el proceso de elaboración de la Decision 391 —es importante reiterar que la Decisión 391 tiene su origen en una norma regional de derechos de obtentor— la Decisión ha incluído tres normas

[24] GRAIN; *Patenting, Piracy and Perverted Promises. Patenting Life: the Last Assault on the Commons.* GRAIN Brief, April 1998.

[25] Downes, David; *The 1999 WTO Review of Life Patenting Under TRIPS. Revised CIEL Discusion Paper*, April, 1998.

[26] El artículo 27.3.b del TRIPS trata sobre las posibles exclusiones a la patentibalidad que pueden considerar los países: estas incluyen plantas y animales con la excepción de microorganismos y procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales que no sean a su procesos no-biológicos o microbiológicos. Los países deberán proteger variedades de plantas mediante patentes o un sistema *sui generis* eficaz.

fundamentales cuyos alcances e implicancias como se ha señalado anteriormente no terminan aún de aclararse.

El «no reconocimiento» a los derechos de propiedad intelectual

61. En primer lugar, la Disposición Complementaria Segunda señala que «*los Países Miembros no reconocerán derechos, incluídos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión*».

62. Esta norma indicaría que los Países Miembros no reconocerían patentes o derechos de obtentor si fuera el caso, otorgados *en terceros países*, respecto a recursos gené-ticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles cuando estos hubieran sido obtenidos o desarrollados a partir de cualquier actividad de acceso contraria a las reglas y procedimientos de la Decisión. Esto a su vez implica que dichas invenciones incorporan (a nivel de producto o proceso) recursos genéticos, productos derivados y sintetizados o componentes intangibles asociados, obtenidos ilegalmente en cualquiera de los Países Miembros.

63. Este «no reconocimiento» sin embargo tendría poco efecto práctico en la medida que estos derechos hubieran sido concedidos en terceros países fuera de la Comunidad Andina.

64. Adicionalemente, la segunda parte de esta disposición indica que «*el País Miembro afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección*». Es decir, cualquiera de los Países Miembros que considerara que un título concedido en un tercer país afecta sus interéses, podría iniciar las acciones legales pertinentes en el país correspondiente a fin de impugnar el título concedido y eventualmente lograr la revocatoria del mismo.

65. Esto último resulta perfectamente factible y es más, la práctica de la disciplina de la propiedad intelectual permite que ello ocurra. Sin embargo dos aspectos resultan críticos y ciertamente limitantes para estos efectos: por un lado la necesidad de someterse a la jurisdicción del tercer país y por ende a las normas de propiedad intelectual de estos países ó del TRIPS en última instancia y los costos prohibitivamente altos del litigio en la materia, especialmente en los EEUU de Norteamérica y Europa. Si a ello añadimos que la tendencia de las autoridades en propiedad intelectual parece ser (especialmente en los EEUU) conceder la patente de invención ante todo y luego enfrentar una eventual impugnación del título, las dificultades prácticas saltan a la vista.

66. Asimismo, el primer párrafo de esta Disposición trae consigo dos dificultades adicionales. La referencia a *productos sintetizados* tendería irremediablemente a extender el ámbito de lo que se pretende abordar a *tecnologías* propiamente lo cual resulta políticamente inconveniente por decir lo menos y ciertamente la justificación cuestionable.

67. Por otro lado, la referencia al *componente intangible asociado* también implica un problema de orden práctico de dificil solución por el momento. ¿Quién puede determinar el aporte *cualitativo* y *proporcional* del componente intangible asociado en una determinada invención? Si bien en algunos casos hay mayores indicios que en otros respecto al grado de utilización del componente intangible asociado en una invención, por lo general esto resultará muy dificil de determinar, especialmente a partir de las etapas mas avanzadas del proceso de investigación y desarrollo de determinados productos[27].

68. Es importante destacar que este punto del presente trabajo no cuestiona la importancia de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales como factores fundamentales para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica. Unicamente se centra en un aspecto muy puntual de este panorama macro cual es la relación aporte cognoscitivo indígena-invención o producto «moderno».

69. La propia Decisión en su artículo 7 destaca que «*los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad de decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos y sus productos derivados*».

[27] A modo de ejemplo típico: cierta comunidad indígena o campesina puede tener conocimiento que cierta planta o extracto permite aliviar dolores estomacales. Una compañía farmacéutica accede a dicha planta —por indicación expresa e informada de la comunidad y en el marco de un proyecto de bioprospección— y a partir de un componente activo «x» aislado de ella desarrolla un producto para aliviar la presión arterial. Cómo determinar el valor del conocimiento indígena...? No cabe duda que fue a partir de este conocimiento que se accedió físicamente a la planta... sin embargo no es tan claro el grado de dicho aporte al proceso de investigación y desarrollo propiamente y al producto final.

Si bien el aporte cognoscitivo y la innovación de las comunidades indígenas y campesinas por lo general se reconoce como importante, es precisamente la asignación de la proporcionalidad de dicho aporte a una invención la que resulta problemática y para la cual el Derecho —y otras ciencias— necesitan dar respuestas urgentes.

Fondos fiduciarios (como el que ha establecido Shaman Pharmaceuticals a través de The Healing Forest Conservancy en Nigeria o en el marco del proyecto del International Cooperative Biodiversity Group Program en Perú o el Genetic Resources Recognition Fund de la Universidad de California), pagos adelantados, financiamiento de proyectos de conservación (como el proyecto de conservación de variedades nativas andinas en el Perú con auspicios del GEF), son algunas de las formas y mecanismos a través de las cuales el aporte intelectual indígena busca ser de alguna medida compensado.

70. Para que efectivamente el elemento cognoscitivo pueda formar parte integral del proceso de investigación y desarrollo y especialmente se incorpore formalmente a esta cadena de innovación, será necesario el establecimiento de mecanismos y sistemas —registros de conocimientos, celebración de contratos, normas (ver Nota 27)— que permitan por un lado identificar y precisar claramente dicho aporte cognoscitivo indígena y especialmente ayuden a determinar al titular(es) del mismo. Esto es muy importante para efectos de compartir y distribuir equitativamente beneficios resultantes del uso de dicho aporte y de la generación de productos comerciales.

¿Un requisito adicional?

71. Una segunda norma de la Decisión que aborda el tema de la propiedad intelectual es la Disposición Complementaria Tercera que señala que «*las oficinas nacionales competentes en materia de propiedad intelectual exigirán al solicitante la indicación del número de registro del contrato de acceso y copia del mismo, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, cuando tenga certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen*».

72. En primer término habría que analizar si la legislación nacional de cada País Miembro sobre propiedad intelectual permite y faculta la concesión de derechos sobre recursos genéticos *per se* y sobre sus productos derivados, tal como los define la Decisión[28]. Si la legislación sí lo permitiera y los recursos genéticos o sus derivados *incorporados a la invención cuya protección se solicita* no hubiesen sido adquiridos u obtenidos de conformidad con las reglas de la Decisión, la autoridad podría denegar el otorgamiento del derecho. En este sentido, la autoridad competente deberá tener criterios que le permitan evaluar las situaciones en las cuales estos casos podrían suscitarse. Evidentemente el caso típico sería el de invenciones biotecnológicas (productos o procesos) y es precisamente en estas situaciones en las cuales deberá exigir alguna evidencia respecto a la legitimidad del origen de los recursos incorporados en la invención.

73. Para efectos de esto último, la segunda parte de esta norma precisa que «*la Autoridad Nacional Competente y las Oficinas Nacionales Competentes en Propiedad Intelectual establecerán sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y derechos de propiedad intelectual concedidos*».

[28] La Decision 391 define por «recursos genéticos»: *todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial...* mientras que por «producto derivado» define: *molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico proveniente del metabolismo de seres vivos.*

74. Si bien la norma resulta desde una perspectiva conceptual muy interesante, no faltará quien argumente que lo que en esencia esta norma hace es incorporar un requisito *adicional* de patentabilidad lo cual desde el punto de vista de la doctrina en materia de propiedad intelectual y el propio TRIPS y las normas nacionales no tendría precedentes y justamente podría ser cuestionado en el marco de las normas sobre patentabilidad del TRIPS que únicamente exige, para que una patente sea concedida, que la invención sea nueva, tenga nivel inventivo y aplicación industrial.

75. También podría argumentarse que los términos de la Disposición Complementaria Tercera estarían en conflicto con el artículo 29.1 del TRIPS sobre condiciones que deben cumplir los solicitantes de una patente, pues este requisito adicional —el número de registro del contrato de acceso y copia del mismo— no son necesarios ni indispensables para satisfacer el requisito de divulgación suficiente de dicho artículo.

76. Sin embargo, podría también sostenerse la validéz de la Disposición Complementaria Tercera en base a lo siguiente. En primer término, si la invención es una planta o animal, —diferente a un microorganismo— el artículo 27.3 del TRIPS faculta a que no se otorguen derechos sobre éstas y por ende los Países Miembros pueden imponer los requisitos que se quieran sobre estas invenciones.

77. En segundo lugar, el artículo 29.1 del TRIPS busca, en esencia, indicar, de manera *general,* el tipo de informacion que debe divulgarse respecto de la invención. El artículo 29.1 no es una indicación taxativa de *todo* lo que la autoridad está en la facultad de solicitar al momento de tramitar una solicitud. En efecto, si una autoridad en materia de propiedad intelectual puede requerir al solicitante que indique su nombre o razón social o que pague un derecho de tramite, podría argumentarse que la oficina sí puede asimismo requerir la presentación e indicación del número del registro del contrato de acceso y su copia para el inicio del trámite respectivo[29]. En este sentido se trataría de un requisito procedimental y no un cuestionamiento a la invención *per se* o un nuevo requisito de fondo.

78. Esta norma de la Decisión resulta una forma creativa de asociar el régimen de propiedad intelectual al CDB, particularmente en lo relativo a compartir beneficios resultantes del uso de los recursos genéticos[30].

[29] Estos argumentos han sido desarrollados con el apoyo del Dr. David Downes del Centre for International Environmental Law (CIEL) de Washington D.C.

[30] Un antecedente normativo en este mismo orden de ideas se encuentra en el Perú. Efectivamente, el Decreto Supremo 008-96-ITINCI, Reglamento de Protección a los Obtentores de Variedades Vegetales de mayo de 1996 establece en su artículo 15 (sobre la presentación y rechazo de la solicitud) que la solicitud presentada deberá contener entre otros requisitos: el *origen geográfico* de la nueva variedad a proteger, incluyendo, de ser el caso, el documento que acredite la *procedencia legal* de los recursos genéticos emitido por la autoridad competente en materia de acceso y *el origen y contenido genético* donde se debe incluir todo detalle conocido relativo a la fuente de los recursos genéticos utilizados así como *toda información sobre cualquier conocimiento relativo a la variedad.*

79. Finalmente, la Disposición Final Octava aborda el tema de la propiedad intelectual desde el punto de vista de las comunidades indígenas y locales y señala que la «*Junta elaborará, dentro de un plazo de tres meses posteriores a la presentación de estudios nacionales por los Países Miembros, una propuesta para establecer un régimen especial o una norma de armonización según corresponda, que esté orientado a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y tradicionales de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la presente Decisión, el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica*»[31].

III. ¿QUÉ HACER EN LAS ACTUALES CIRCUNSTANCIAS?

80. Algunos de los temas abordados a lo largo de este documento, llevan a considerar la necesidad de iniciar un proceso de *revisión* de la Decision 391 en su conjunto. Este proceso podría tener como objetivo *evaluar* el desempeño de la Decisión y analizar posibles *modificaciones* a su texto.

81. La Decisión 391 resulta un buen ejemplo de una norma que si bien teórica y conceptualmente abarca en gran medida los aspectos que el gran tema «acceso a los recursos genéticos» debiera tratar, resulta una norma muy especializada y, en nuestro concepto, en su actual forma, de dificil aplicación en la realidad de los hechos. Más aún, estando la Decisión vigente en cada uno de los Países Miembros parecería generar más interrogantes que ofrecer soluciones y especialmente posibilidades. Sin embargo, también debemos tener presente que el origen de toda norma se debe entender dentro de determinado contexto y la Decisión 391 no escapó a una coyuntura en la cual la polarización en el debate «norte» vs. «sur» influyó decididamente y tal vez excesivamente en el proceso de elaboración de la norma.

82. Así, resultaba muy díficil concebir un producto que reflejase equilibradamente las expectativas, interéses y posibilidades de todos los interesados.

83. La Decisión 391 tiene, no obstante los problemas señalados a lo largo de este trabajo, el gran mérito de, en primer lugar, haber abierto un espacio de diálogo y colaboración a nivel regional entre la sociedad civil en su conjunto y el Acuerdo de Cartagena y ciertamente los gobiernos, en segundo término permitió enfrentar un

Más aún, el artículo 16 señala que si no se acompañaran estos requisitos la autoridad notificará al solicitante para que *complete la solicitud en un plazo de 30 días y* de no hacerlo la solicitud será declarada en *abandono.*

[31] Mediante Decisión 423 se extendió el plazo establecido en la Disposición Transitoria Octava hasta febrero de 1998. Hasta la fecha aún no se han iniciado a nivel de la Comunidad Andina las actividades para la implementación de esta norma.

tema de innegable interés para la región en su conjunto y, finalmente, permitió incorporar al debate y a la propia norma tres temas de crítica importancia: la propiedad intelectual, la bioseguridad —no tratada a lo largo de este trabajo— y los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales.

84. ¿Qué hacer? Sólo el tiempo podrá definir efectivamente si la Decisión 391 en su actual forma cumplirá con los objetivos para los cuales fue elaborada y, especialmente permitirá con los objetivos de conservar la diversidad biológica, usar sostenibleMente sus componentes y compartir equitativamente los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos.

85. Casi tres años después de su entrada en vigor y a la luz de cierta evidencia respecto a las dificultades que presenta, podría ser interesante que los Países Miembros consideren la posibilidad de, a través del Comité Andino sobre Recursos Genéticos establecido en virtud del artículo 51 de la Decisión 391, proponer una *revisión integral* de la Decisión 391 con miras a su eventual modificación o reconsideración.

86. Como aspecto adicional podría también sugerirse que un eventual proceso de revisión cuente con la participación activa y permanente de representantes de la comunidad científica (nacional e internacional) dedicada a trabajos de campo y especialmente cuente con la participación de representantes de los centros de conservación *ex situ* nacionales e internacionales a efectos de considerar posibles alternativas e interpretaciones a los artículos 36 y 37 de la Decisión.

Londres, noviembre de 1998

Hidrocarburos, medio ambiente y derechos indígenas en la Amazonía peruana

Monika Ludescher

Sumario

INTRODUCCIÓN. I. LEGISLACIÓN AMBIENTAL Y LEGISLACIÓN DE HIDROCARBUROS. 1.1. El Código de Medio Ambiente y los Decretos Legislativos de Promoción de las Inversiones. 1.2. El Medio Ambiente y los Recursos Naturales en la Constitución. 1.3. La Ley Orgánica de Hidrocarburos y sus Reglamentos. 1.4. Derechos de uso, servidumbre y expropiación a favor de la empresas petroleras. II. LA SITUACIÓN LEGAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA. 2.1. El Régimen especial para la Amazonía. 2.2. Las disposiciones legales sobre Comunidades Nativas y sus antecedentes. 2.3. La Reserva del Estado a favor de «Comunidades Nativas con contacto inicial y esporádico». 2.4. Comunidades Campesinas y Nativas en la Constitución y en la Ley de Tierras. 2.5. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. III. EL PROYECTO GAS DE CAMISEA DE SHELL/ MOBIL. 3.1. Los Contratos de Licencia de los Lotes 88A, 88B y 75. 3.2. El «Programa de Consulta» de Shell con las Comunidades Nativas. 3.3. Las operaciones en la «Reserva del Estado a favor de los grupos nativos Nahua y Kugapakori». FUENTES DOCUMENTALES.

INTRODUCCIÓN

Según el Mapa elaborado por PERUPETRO S.A., la amazonía se encuentra parcelada en lotes de contratos de operaciones petroleras. Casi todos de los 41 contratos de exploración y/o explotación de hidrocarburos firmados con empresas transnacionales entre 1993 y marzo de1998, corresponden a la amazonía. Los contratos petroleros se sobreponen a los territorios de los pueblos indígenas amazónicos sin que éstos tengan participación en el proceso de la toma de decisiones que afectan sus derechos fundamentales. Surge la pregunta, cual es el marco legal para la actividad extractiva de hidrocarburos en relación con las normas de protección ambiental y las normas que cautelan los derechos de los pueblos indígenas, dos problemas estrechamente ligados, especialmente en amazonía.

I. LEGISLACIÓN AMBIENTAL Y LEGISLACIÓN DE HIDROCARBUROS

1.1. El Código de Medio Ambiente y los Decretos de Promoción de las Inversiones

El Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales, en elaboración desde mediados de la década del ochenta, fue aprobado y promulgado mediante el Decreto Legislativo

613 (07/09/90); comprende capítulos referidos al Patrimonio Natural (VIII), la Diversidad Genética y los Ecosistemas (IX), las Areas Naturales Protegidas (X), los Recursos Mineros (XII), los Recursos Energéticos (XIII). A un año de su promulgación gran parte de las disposiciones del nuevo Código fueron sustituidas o derogadas por una serie de decretos legislativas denominados de «promoción de las inversiones» en los sectores agrario, minero, de hidrocarburos y de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada[1].

Por ejemplo fueron derogadas o modificadas las disposiciones que en su versión original impusieron ciertas restricciones a la explotación de los recursos mineros y energéticos en cuanto a contaminación ambiental, depósito de desechos y que preveían sanciones para las empresas que las incumplan.

En el capítulo XIII «De los Recursos Energéticos» fueron derogadas las disposiciones que cautelaban la integridad de las Areas Naturales Protegidas y los derechos de las comunidades nativas. En el texto original, el artículo 71 prohibía el desarrollo de actividades para el aprovechamiento energético o de recursos naturales no renovables en el ámbito de las Areas Naturales Protegidas, es decir de las Unidades de Conservación según la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Decreto Ley 21174, capítulo II) que se dividen en Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Santuarios Nacionales y Santuarios Históricos (Art.15). El artículo 71 fue derogado por el Decreto Ley 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario.

La Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Hidrocarburos (Art.12) sustituyó el texto original del artículo 72, según el cual los proyectos de aprovechamiento energético en la región de selva que podían afectar Areas Naturales Protegidas o derechos de comunidades nativas (aún cuando su centro de operaciones esté fuera del ámbito de éstas), debían incluir los costos de reposición de las áreas afectadas. La versión modificada del artículo 72 sólo establece que los proyectos de aprovechamiento energético o explotación de recursos naturales que operan dentro de Areas Naturales Protegidas, deben contemplar un estudio de impacto ambiental y los costos de reposición de las áreas afectadas, sin hacer referencia alguna a los derechos de comunidades nativas.

En la versión modificada del Código por la derogatoria del Art. 71 y la sustitución del Art. 72, se permite la explotación de yacimientos de hidrocarburos, gas natural o minas dentro de los límites de Areas Naturales Protegidas, dejando prácticamente sin sentido la declaratoria de un área como protegida. No se exige la reposición del daño causado a las Areas Naturales Protegidas, si la empresa causante opera fuera del ámbito de éstas, aún cuando el impacto ambiental se extiende hasta allí. Se niega a las

[1] Decreto Legislativo 757 (13/11/91) Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada
Decreto Legislativo 653 (01/08/91) Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario,
Decreto Legislativo 655 (07/08/91) Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Hidrocarburos,
Decreto Legislativo 708 (14/11/91) Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Minero.

comunidades nativas el derecho de reposición de sus tierras afectadas por cuenta de las empresas petroleras causantes del daño.

En la versión original de los artículos 56, 57 y 58 del Código de Medio Ambiente, tanto el gobierno nacional como los gobiernos regionales y locales podían crear Areas Naturales Protegidas. La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero quitaron esta atribución a los gobiernos regionales y locales. En la versión modificada sólo el gobierno nacional está facultado a crear Areas Naturales Protegidas mediante Decreto Supremo con aprobación del Consejo de Ministros y a fijar las políticas de manejo; la administración puede ser delegada a los gobiernos regionales y locales.

El Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, derogó el Capítulo XXII del Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales (artículos 128 - 131), referido a la creación de un Sistema Nacional del Ambiente. Todos los aspectos ambientales pasan a ser competencia de la respectiva autoridad sectorial, en el caso de exploración y explotación de hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas. Según el Decreto Legislativo 757 que modifica el Art. 8 del Código de Medio Ambiente, los estudios de impacto ambiental (EIA) deben ser presentados ante el respectivo Ministerio, el cual también determina qué actividades de su sector requieren de la elaboración de EIA's. Según el texto original del Código de Medio Ambiente (Art. 115), la interposición de un recurso contra una resolución administrativa en asuntos ambientales no suspendía la ejecución de la resolución impugnada; este artículo también fue derogado por el Decreto Legislativo 757 (Primera Disposición Final).

La Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada se compone de títulos dedicados a la seguridad o estabilidad jurídica para los inversionistas: en el régimen económico (Título II), en materia tributaria (Título III), en materia administrativa (Título IV), en materia ambiental (Título VI), eliminando restricciones jurídicas, tributarias, administrativas y ambientales a favor de las empresas. El Título V crea un régimen de «Convenios de estabilidad jurídica» al amparo del Art. 1357 del Código Civil[2] que tienen la calidad de contratos con fuerza de ley y no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado, sino solamente por acuerdo entre las partes (Art. 39). Los contratos suscritos con las empresas petroleras pertenecen al régimen de «Convenios de estabilidad jurídica».

1.2. El medio ambiente y los recursos naturales en la Constitución peruana

Las Constituciones de 1979 y 1993 contienen algunas normas sobre la preservación de los recursos naturales y del medio ambiente. La de 1979 decía al respecto: «El Estado

[2] Art. 1357: Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento...» (Art. 119). También hacía referencia al derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y al deber de conservar dicho ambiente (Art.124).

La Constitución de 1993 señala que «El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales (Art. 67). «El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas» (Art.68).

El Titulo III dedicado al Régimen Económico de ambas Constituciones contiene normas patrimoniales sobre los recursos naturales, estableciendo que: «Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación...»[3].

La Constitución de 1979 contenía además una enumeración de los recursos naturales pertenecientes al Estado: «los minerales, tierras, bosques, aguas y en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía» (Art. 118).

En el Perú como en la mayoría de los países latinoamericanos, rige el *sistema regalista o estatista* para los recursos naturales no renovables del subsuelo (minerales, yacimientos petrolíferos y de gas), lo que implica que el dueño del suelo no es dueño del subsuelo. El Estado que conserva el dominio de los recursos del subsuelo puede transferir sus derechos a una persona distinta del propietario del suelo.

Un estudio comparativo del Banco Interamericano de Desarrollo sobre las legislaciones ambientales de los países prestatarios, distingue 3 clases de sistemas de atribución del dominio del suelo y subsuelo:

1. *El sistema de accesión* con una concepción absolutista de la propiedad de acuerdo al derecho romano, según el cual las minas son consideradas como un bien accesorio del dominio sobre el suelo. El sistema de accesión predomina en los países de tradición legal anglosajona.
2. *El sistema de ocupación* considera que se puede adquirir la propiedad de bienes que carecen de dueño (las *res nullius);* las minas pertenecen al descubridor.
3. *El sistema regalista* tiene su origen en los ordenamientos legales españoles del siglo XIII, en los cuales la corona se reservó el «dominio eminente del suelo» y adjudicaba sólo el «dominio útil», principio que aplicó en la legislación de Indias a los territorios americanos. En el sistema regalista la propiedad del suelo está separada de la del subsuelo. Sólo la corona española podía dar permiso para la explotación de metales, a cambio del pago de una renta a su favor (la *regalía)* (Morcillo 1988).

Las Constituciones de 1979 y 1993 señalan que las condiciones de la utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento a los particulares son fijados por Ley. Sin embargo, la Constitución de 1993, presenta una modificación de la situación legal anterior, estableciendo que:

[3] Constitución de 1979, Art.118 y Constitución de 1993, Art. 66.

«La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal» (Art. 66).

Otra figura jurídica introducida en la Constitución de 1993 son los *contratos-ley*, mediante los cuales el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones (Art. 62). Es así como los titulares de las concesiones de explotación de recursos del subsuelo se benefician por tres disposiciones constitucionales:

1. las concesiones forman parte de los derechos reales,
2. la concesión bajo la figura de contrato-ley no puede ser modificada por el Estado,
3. es posible la expropiación del suelo por seguridad nacional o necesidad pública (Art. 70).

En cambio, el derecho de propiedad del suelo donde se desarrolla la actividad extractiva se encuentra bajo amenaza de expropiación por causa de necesidad nacional o publica; el propietario del suelo sólo puede reclamar ante el poder judicial el valor de la indemnización.

1.3. La Ley Orgánica de Hidrocarburos[4] y sus Reglamentos

Se crea PERUPETRO S.A. como empresa estatal de derecho privado perteneciente al Ministerio de Energía y Minas (Art.6). El Estado, propietario de los hidrocarburos «in situ» otorga a PERUPETRO S.A. el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos y PERUPETRO transfiere ese derecho a las empresas petroleras mediante los contratos de licencia (Art. 8).

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos recoge la figura de los Contratos-Ley del artículo 62 de la Constitución o de los «Convenios de estabilidad jurídica» al amparo del artículo 1357 del Código Civil que aparecían en el derogado Decreto Legislativo 655 de Promoción de las Inversiones en el Sector Hidrocarburos, y señala que éstos son aprobados por Decreto Supremo y sólo pueden ser modificados por acuerdo escrito entre las partes.

El Estado percibe una *regalía* o renta por los hidrocarburos extraídos que son de propiedad del contratista (Art. 10). El contratista tiene la libre disponibilidad de los hidrocarburos extraídos, los vende a precios internacionales y los exporta exentos de todo tributo (Arts. 39, 58). Otras ventajas concedidas por el Estado a las empresas contratistas son la inalterabilidad de los regímenes cambiarios y tributarios durante la vigencia de los contratos (Art. 63) y la importación de bienes e insumos exonerados de todo tributo (Art.

[4] La Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley 26221 (13/08/93) deroga el Decreto Legislativo 655, de Promoción de las Inversiones en el Sector Hidrocarburos.

56). La duración de los contratos de extracción de hidrocarburos es de 30 años para petróleo y de 40 años para gas natural (Art. 22). La seguridad de las operaciones petroleras es garantizada por los Ministerios de Defensa y del Interior (Art. 36).

Un solo artículo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos está dedicado al tema de la protección del medio ambiente limitándose a establecer que el Ministerio de Energía y Minas dictará el Reglamento de Medio Ambiente para las actividades de Hidrocarburos y aplicará las sanciones contra quienes infringen las disposiciones ambientales en el desarrollo de actividades de hidrocarburos (Art. 87). Es así como el Ministerio de Energía y Minas que a través de PERUPETRO otorga los contratos de licencia, es la única autoridad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de las normas de protección ambiental de parte de las empresas contratistas y de sancionarlas en caso de incumplimiento.

Según el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos[5] corresponde a la Dirección General de Hidrocarburos (D.G.H.) con el apoyo de la Dirección General de Asuntos Ambientales —ambas oficinas del Ministerio de Energía y Minas— velar por el cumplimiento del Reglamento (Art. 4), aprobar los Estudios de Impacto Ambiental (Art. 15) y aplicar sanciones por infracciones (Art. 7). En el caso de estudios en Areas Naturales Protegidas, la Dirección General de Hidrocarburos debe contar con la opinión de la autoridad nacional encargada de estas áreas antes de aprobar el EIA[6].

El Título IV del Reglamento, dedicado al Estudio del Impacto Ambiental (EIA), contiene un artículo sobre Comunidades Campesinas y Nativas:

> «Cuando un proyecto pueda afectar a comunidades nativas o campesinas, se incluirán en el EIA las medidas necesarias para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos sociales, culturales, económicos y de salud» (Art. 12).

No especifica en qué deben consistir estas medidas, como se aplicarán, ni como intervendrán las comunidades que sufren todos estos impactos.

El único momento del procedimiento administrativo, en el cual pueden intervenir personas distintas de las partes contratantes —el Ministerio de Energía y Minas y la empresas petroleras— es en la presentación de los Estudios de Impacto Ambiental. Una Resolución Ministerial permite que representantes de organizaciones públicas, privadas o comunales, después de haber cumplido con un complicado procedimiento de inscripción, asistan a las audiencias públicas convocadas por el Ministerio de Energía y Minas, donde pueden formular preguntas y presentar documentos, que serán tenidos en cuenta en la evaluación del EIA, según el tenor de la Resolución[7].

5 Decreto Supremo 046-93-EM (12/11/93)

6 Decreto Supremo 09-95-EM (13/05/95) que modifica el Decreto Supremo 046-93-EM.

7 Resolución Ministerial 335-96-EM/SG (28/07/96), Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de aprobación de estudios de impacto ambiental.

El derecho de denunciar ante la Fiscalía y el Poder Judicial delitos contra el medio ambiente tipificados en el Código Penal está limitado por la Ley 26631 (21/06/96) que exige un dictamen previo de la respectiva autoridad administrativa sectorial, si existe o no infracción de la legislación ambiental. Sólo cuando resulten competentes varios Ministerios y hubiera discrepancias entre sus dictámenes, se requerirá la opinión dirimente del Consejo Nacional del Ambiente. (Art. 1). Según la referida ley no procede la acción penal, cuando la empresa denunciada cuenta con programa de adecuación y manejo ambiental y estudio de impacto ambiental en ejecución (Art. 2).

1.4. Derechos de uso, servidumbre y expropiación a favor de las empresas petroleras

La Ley Orgánica de Hidrocarburos y sus Reglamentos no contienen disposición alguna que cautele los derechos de los propietarios o posesionarios de las tierras en las cuales se desarrollan las actividades de hidrocarburos. Si se considera que cada lote concedido a una empresa petrolera abarca cientos de miles de hectáreas, se hace evidente que un gran número de habitantes ve afectado sus derechos sobre las tierras que ocupan y los recursos naturales ahí existentes. En la amazonía quedan pocas áreas aún no comprendidas dentro de los lotes concedidos a empresas petroleras.

La falta de normas de protección para los dueños de la tierra se complementa con una serie de obligaciones que les impone la ley haciéndolos más vulnerables a los daños ambientales y limitando su capacidad de negociación con las empresas que operan en sus tierras. La Ley Orgánica de Hidrocarburos concede a las empresas petroleras el derecho de utilizar el agua, grava, madera y otros materiales de construcción necesarias para sus operaciones, asi como de gestionar permisos, derechos de servidumbre y de superficie, de uso de agua y cualquier otro derecho o autorización tanto en terrenos públicos como privados (Art. 82).

El artículo 83 de la referida ley establece la servidumbre legal de paso para las actividades de hidrocarburos y el artículo 84 estipula que a solicitud de las empresas interesadas ante el Ministerio de Energía y Minas procede la expropiación de tierras por necesidad nacional y pública.

La única referencia al derecho del propietario del predio a negociar con la empresa minera o de hidrocarburos se encuentra en el artículo 7 modificado de la Ley de Tierras[8], que señala que:

> «La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. ...».

[8] El artículo 7 de la Ley 26505 (18/07/95), 'Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas', fue modificado por la Ley 26570 (04/0196).

La condición para obtener una compensación por el uso de las tierras, sea por acuerdo o por el procedimiento administrativo de servidumbre es el título de propiedad. No se menciona la posesión inmemorial que ejercen los pueblos indígenas sobre sus territorios.

La Ley, si bien obliga al titular de la concesión minera o de hidrocarburos a negociar con el propietario del terreno a fin de llegar a un acuerdo previo, deja abierta la otra opción del procedimiento de servidumbre mediante el cual será fijado por via administrativa el monto de la indemnización. El referido artículo 7 establece que en el procedimiento de servidumbre la valorización debe incluir compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas. El propietario de la tierra solo tiene derecho a oponerse a la utilización de su terreno cuando el empresario no ha intentado llegar a un acuerdo, pero no puede rechazar el establecimiento de la servidumbre en sus tierras, ya que el empresario puede recurrir al Ministerio de Energía y Minas, a fin de que imponga las condiciones de la servidumbre.

Las desventajas del propietario de la tierra para llegar a un acuerdo con el titular de la concesión minera o de hidrocarburos son reforzadas por el plazo extremadamente corto que fija el Reglamento del artículo 7 modificado de la Ley de Tierras[9]:

> «Se tendrá por agotada la etapa de acuerdo entre las partes si transcurrido treinta días útiles de la comunicación cursada por el solicitante al propietario del predio, no se produjera el acuerdo» (artículo 3).

El concesionario minero o de hidrocarburos, con la certeza de obtener la servidumbre por resolución administrativa después de haber transcurrido el plazo legal para el acuerdo, tiene toda la libertad para proponer las condiciones que le favorecen y que desfavorecen al dueño del terreno. Debido a la falta de instrumentos legales y la premura del tiempo, el dueño del terreno tiene poca posibilidad de negociar condiciones favorables; sólo puede expresar al Ministerio de Energía y Minas las razones de su oposición a la utilización de sus tierras, como consta en el artículo 3 del Reglamento. No obstante, empieza a correr el procedimiento administrativo para la imposición de la servidumbre (Art. 7).

El procedimiento para establecer derechos de uso y servidumbre o expropiar tierras a favor de contratistas de hidrocarburos está normado en el Anexo B del Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos[10]. El Contratista presenta al Ministerio de Energía y Minas una solicitud de servidumbre temporal, acompañada del proyecto de la obra, expresando la situación del terreno y la extensión

[9] Decreto Supremo 017-96-AG (19/10/96)
[10] Decreto Supremo 055-93-EM (22/11/93)

de tierras que quedarán afectadas por la servidumbre. El Ministerio decreta dentro del plazo de 30 días de presentada la solicitud, constituyendo la servidumbre temporal solicitada (Art. 1). Por lo visto, la imposición de la servidumbre se apoya exclusivamente en la solicitud de la empresa petrolera, sin tomar en cuenta a la otra parte que no participa en ninguna etapa del procedimiento e inclusive es privada del derecho de apelación:

> «La resolución que dicte el Ministerio de Energía y Minas es inapelable en la vía administrativa y tan pronto que sea notificada a las partes, el Contratista podrá establecer la servidumbre temporal, ocupando de inmediato los terrenos objeto de la servidumbre» (Art. 1).

El dueño del terreno sólo puede pedir el aumento de la compensación por vía judicial, teniendo que aceptar que la empresa petrolera ocupe su terreno:

> «Las partes podrán discutir ante el Poder Judicial el aumento o la disminución de la compensación, pero no impedirá que el Contratista disfrute de la servidumbre administrativamente constituida, quedando sujeto siempre a los resultados del juicio, que versará exclusivamente sobre el importe de dicha compensación» (Art. 3).

Apoyándose en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que considera de necesidad nacional y pública la expropiación de terrenos a favor de contratistas petroleros, el Reglamento establece el procedimiento de expropiación. El Contratista paga al Tesoro Público el importe de la valorización del predio efectuada por dos perítos y aprobada por la Dirección General de Hidrocarburos y tiene derecho de ocupar inmediatamente el predio expropiado. Solo la existencia de un contrato de compra-venta entre el propietario del terreno y la empresa petrolera impide que se efectúe la expropiación. (Art. 5)

En un caso, el dueño se ve obligado a aceptar la compensación que le ofrece la empresa petrolera por operar en sus tierras, a fin de evitar que le sea impuesto la servidumbre mediante resolución inapelable. En el otro caso, se ve forzado a vender sus tierras al precio que le ofrece la empresa bajo amenaza de expropiación.

II. LA SITUACIÓN LEGAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA

2.1. El Régimen especial para la Amazonía

Desde los inicios de la República hay un régimen legal especial para la región de la Amazonía, con fines de colonización de sus tierras y de extracción de sus recursos naturales. El régimen especial para amazonía se distingue de las normas legales que rigen para las tierras rurales en las regiones de costa y sierra.

Las Constituciones de 1979 y 1993 contienen un artículo dedicado a la Amazonía en el Título III Del Régimen Económico y el Capítulo II De los Recursos Naturales:

> «El Estado impulsa el desarrollo de la Amazonía. Le otorga regímenes especiales cuando así se requiere» Constitución de 1979, Art. 120).
>
> «El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada» (Constitución de 1993, Art. 69).

La Amazonía «legal» fue denominada por la legislación republicana la «montaña» (Leyes de 1845 y 1865), después recibió el nombre de «región de los bosques» o de «tierras de Montaña» (Ley Nº 1220). Posteriormente, fue dividida en «región de la Ceja de Selva», ubicada entre los 2,000 y 500 metros de altura de la Cordillera Oriental y la «Región de Selva» o llano amazónico propiamente dicho (leyes de Reforma Agraria Nº 15037 y 17716 y Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva Nº 22175).

En el Perú como en otros países de Sudamérica (Colombia, Venezuela, Ecuador etc.), las regiones selváticas habitadas por pueblos indígenas fueron consideradas por los Estados *tierras baldías* o *tierras fiscales*, como observa Roque Roldán:

> «El pensamiento jurídico y la opinión política tradicionales de los Estados sudamericanos se han orientado, casi unánimemente, a considerar y catalogar las tierras ocupadas por estas poblaciones, desde épocas inmemoriales, como bienes fiscales o baldíos, o bienes que, en todo caso, carecerían de otro dueño que no fuese el Estado a través de esa figura medio enigmática de propiedad, llamada por los profesores de derecho 'de dominio eminente'. ... Los gobiernos, desde tempranos años de las Repúblicas hallaron que las tierras 'baldías' o 'fiscales' eran útiles para asentar población excedente y sobre ellas apoyaran o impulsaran programas de colonización» (1992:55-56).

Desde que se constituyó la República del Perú, las «Tierras de Montaña» fueron consideradas de 'dominio del Estado', con excepción de aquellas cuya propiedad había sido transferida a particulares conforme al Código Civil. El Estado las otorgaba a quienes las soliciten, con el objetivo de 'poblar y colonizar', como lo enunciaron las Leyes de Tierras de Montaña. La Ley 1220 (31.12.1909), Ley General de Tierras de Montaña estableció 4 modos de adquisición de tierras: compra-venta, concesión, adjudicación gratuita o denuncio. Todo peruano o extranjero, en el goce de sus derechos civiles, y toda empresa o sociedad anónima, tenían el derecho para comprar, denunciar o solicitar al gobierno la adjudicación, concesión o permiso para exploración de tierras de montaña de propiedad fiscal. (Artículo 16 del Reglamento de la Ley 1220, del 11 de marzo de 1910). Los únicos excluidos del derecho de propiedad de sus tierras ancestrales fueron los pueblos indígenas de la amazonía.

El concepto de que las tierras de la Amazonía son de 'dominio del Estado' se mantiene vigente en los dos Decretos Leyes de 'Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario en Selva' que sustituyen la Ley General de Tierras de Montaña a partir de 1974. Las áreas que no son priorizadas para Proyectos de Asentamiento Rural (otro término para proyectos de colonización) son consideradas «Zonas de libre Disponibilidad» para el uso agropecuario. Las tierras de aptitud forestal se dividen en Bosques Nacionales, Bosques de libre Disponibilidad, Bosques de Protección y Unidades de Conservación[11].

2.2. Las disposiciones legales sobre Comunidades Nativas y sus antecedentes

La primera norma mediante la cual el Estado peruano consideró establecer medidas de protección legal sobre tierras indígenas de la amazonía fue el Decreto Supremo 03 (01/03/57), «Reserva de tierras para las *tribus selvícolas*». Este decreto de carácter transitorio tuvo el objetivo de amparar la posesión de tierras de las *tribus selvícolas:*

> «con miras a obtener en el futuro su gradual integración a la vida civilizada...y la finalidad básica de otorgarles la propiedad individual de las tierras en referencia».

El concepto de la gradual integración del indígena correspondió también a la concepción del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[12], aprobado en 1957. En 1953, la OIT había iniciado un programa de integración de la población indígena en los países andinos y hubo la preocupación que las medidas de 'protección e integración', principalmente dirigidas hacia los indígenas andinos, alcancen también a los indígenas de las áreas selváticas. En el Perú se generó un debate acerca del status y la adjudicación de tierras para las «tribus selvícolas». Hubo propuestas de asemejar su status a aquel de las Comunidades Indígenas andinas, reconociéndoles la personería jurídica y estableciendo reservaciones de tierras con el carácter de inenajenables e imprescriptibles (Ponce de León 1954:26). Sin embargo, el Decreto Supremo de 1957 no llegó a reconocer la personería jurídica de las tribus, ni las 'reservas para selvícolas' eran de propiedad, sino de usufructo.

La propuesta de asemejar el status de las 'tribus selvícolas' al de las Comunidades Indígenas andinas recién quedó plasmada en la ley de 1974, que creó el término de *Comunidades Nativas* en lugar de *tribus selvícolas.* El Decreto Ley 20653 (24/06/74), Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria para las Regiones de Selva y Ceja de Selva, declara que:

[11] Decreto Ley 21175, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (13/05/75), Art. 9.

[12] Convenio Nº 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, adoptado por la OIT el 27/06/57.

> «El Estado reconoce la existencia legal y la personería jurídica de las Comunidades Nativas» (Art. 6) y
>
> «La propiedad territorial de las Comunidades Nativas es inalienable, imprescriptible e inembargable» (Art. 11).

La Ley aplica el régimen de protección de la propiedad territorial de las *Comunidades Indígenas* (llamadas *Comunidades Campesinas* a partir de 1969), vigente a nivel constitucional desde 1920, a las parcelas demarcadas y tituladas para comunidades nativas.

Tanto la Ley de Comunidades Nativas como su antecedente, el Decreto sobre «Reservas para Selvícolas», condicionan el reconocimiento por el Estado al nucleamiento y la sedentarización de la población indígena. Las demarcaciones hechas al amparo de la Ley de 1974 se limitaron mayormente a cercar el asentamiento principal de una 'comunidad nativa' con las áreas de cultivo más próximas, excluyendo las áreas boscosas consideradas de 'dominio del Estado'. Lo que diferencia a las Comunidades Nativas de las Reservas para Selvícolas es su status como personas jurídicas y la propiedad de las parcelas comunales.

La Constitución de 1979 incluye a las *comunidades nativas* en el Capítulo VIII del Título III que se viene a llamar *De las Comunidades Campesinas y Nativas*. De acuerdo al régimen de protección constitucional, las tierras comunales son inembargables, imprescriptibles e inalienables, aunque se permite la enajenación cuando la soliciten los dos tercios de los comuneros calificados y la expropiación por necesidad y utilidad públicas (artículo 163).

El Código Civil de 1984 dedica una sección en el Libro 'Derecho de las Personas' a las *Comunidades Campesinas y Nativas* (artículos 134-139) y recoge el régimen de protección constitucional de las tierras en el artículo 136.

La segunda Ley de Comunidades Nativas de 1978[13] que reemplazó a la Ley de 1974 divide en dos partes las tierras de las Comunidades Nativas demarcadas, sometiéndolas a dos situaciones jurídicas diferenciadas: las tierras con aptitud agropecuaria son entregadas en propiedad y sobre las tierras con aptitud forestal, el Estado firma un contrato de cesión en uso con la comunidad (Art.11). Esta disposición contradice a otra de la propia ley que declara que:

> «El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas; levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad» (Art. 10).

[13] Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva (09/05/78).

Dado que en la amazonía predominan las tierras de protección y de aptitud forestal frente a las tierras que pueden ser usadas para agricultura o ganadería, las comunidades nativas tienen mayor extensión de tierras cedidas en uso que de propiedad. Sin embargo, la diferencia entre ambas categorías de tierras sólo se refleja en el plano de clasificación de tierras y no puede ser observada en el terreno, donde la parcela comunal es demarcada en su conjunto.

A parte de los obstáculos para la integridad de las tierras comunales que surgen de la legislación, hay otros que resultan del procedimiento administrativo seguido por el Ministerio de Agricultura sin tener base legal.

En muchos casos, la Dirección General Forestal y de Fauna no ha cumplido con otorgar el Contrato de Cesión en Uso de las tierras forestales dispuesto en la Resolución Ministerial que aprueba el procedimiento de demarcación de la comunidad nativa. Las comunidades han recibido expedientes de titulación incompletos conteniendo solamente el título de propiedad sobre las tierras con aptitud agropecuaria que no representan más que una fracción del territorio demarcado.

A partir de 1982, se hizo frecuente la práctica administrativa de «reservar» las tierras con aptitud forestal para futuros «estudios técnicos» a cargo de la Dirección General Forestal y de Fauna, a fin de determinar el área a ceder en uso «en función del número de familias que constituyen la comunidad y de sus necesidades de desarrollo». Las Resoluciones Ministeriales emitidas entre 1982 y 1985 a favor de 13 comunidades nativas matsiguengas de la cuenca del río Urubamba, aprueban el procedimiento de demarcación con la salvedad que «reservan pronunciamiento sobre la demarcación territorial en las áreas forestales, hasta que se concluyan y se aprueben los estudios». Del área demarcada y aprobada por la Región Agraria de Cusco en 1980 que suma 242,502.63 hectáreas para13 comunidades nativas[14], sólo 34,907.83 hectáreas con aptitud agropecuaria fueron aprobadas mediante Resolución Ministerial[15] y recibieron título de propiedad, quedando el 85 % de las tierras demarcadas con aptitud forestal (206,491.55 hectáreas) en calidad de «reservadas para estudios técnicos» que la Dirección General Forestal y de Fauna, más de una década después, aún no concluye.

¿Se debe a la superposición de los contratos petroleros de Shell (Lotes 88A, 88B, 75) y Chevron (Lote 52) a los territorios demarcados de estas 13 comunidades nativas, que el Estado no cumple con otorgarles los contratos de cesión en uso sobre las tierras forestales que les corresponden por ley?

[14] Puerto Huallana, Nueva Luz, Camaná, Nueva Vida, Nuevo Mundo, Kitepampani, Timpia, Mayapo, Carpintero-Kirigueti, Camisea, Cashiriari, Ticumpinia, Estrella de Alto Sangobatea.

[15] Resoluciones Ministeriales publicadas en el Diario Oficial «El Peruano»: 851 y 853 del año 1982; 307, 429, 494, 503, 666, 1159 y 1163 del año 1983; 374, 378 y 381 del año 1984; 88 del año 1985.

2.3. La Reserva del Estado a favor de «comunidades nativas con contacto inicial y esporádico»

La Ley de Comunidades Nativas contiene una segunda figura jurídica para los indígenas amazónicos que se aplica cuando las «Comunidades Nativas» se encuentren «en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes con la comunidad nacional». Según el referido dispositivo legal

> «se determinará un área territorial provisional de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales hasta que se defina una de las situaciones a que se refieren los incisos a) y b) del artículo 10 de la ley»[16].

El Estado reserva provisionalmente tierras que considera «de su dominio» para el período de *integración* de los indígenas que se cumple cuando éstos se hayan adaptado a una de las situaciones descritas en el artículo 10 del Decreto Ley 22175:

a) cuando hayan adquirido carácter sedentario
b) cuando realicen migraciones estacionarias en un ámbito geográfico determinado.

Para cumplir con los requisitos de la ley, grupos indígenas con «contacto inicial y esporádico» deben transformarse en grupos con «contacto permanente» o dicho de otra manera, pueblos indígenas nómades o con asentamientos dispersos deben transformarse en grupos sedentarios con asentamientos nucleados.

Sólo cuando se haya producido el cambio del «grado de contacto», el Estado reconoce a los grupos sedentarios como «Comunidades Nativas» con personería jurídica, demarca parcelas comunales alrededor de los asentamientos, sobre los cuales otorga títulos de propiedad y contratos de cesión en uso. Si bien la disposición acerca de la «Reserva del Estado» no señala un plazo perentorio para que los indígenas abandonen el modo tradicional de aprovechamiento de los recursos naturales, no prevee medidas de protección permanente de los derechos posesorios que ejercen los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales.

En la práctica, la disposición de la Ley de Comunidades Nativas sobre la «Reserva del Estado a favor de comunidades nativas con contacto inicial y esporádico» ha tenido muy poca aplicación. Por lo general, la posesión territorial de la población indígena que vive dispersa y no se adecua al modelo de la «Comunidad Nativa» está sin protección legal. A lo largo de 25 años, sólo se han creado dos «Reservas del Estado para grupos nativos con contacto inicial y esporádico»:

[16] Segunda Disposición Transitoria del Decreto Ley 22175 (Quinta Disposición Transitoria del derogado Decreto Ley 20653).

1. En 1973 se creó una Reserva para los Mayoruna o Matsés, pueblo indígena pano-hablante, entre los ríos Yaquerana y Galvez, en la amazonía norte, con una extensión total de 344,687.50 hectáreas[17]. Por influencia del Instituto Linguístico de Verano (ILV)[18], un tercio de la población Matsés que vive en el área de la Reserva (250 personas) ha formado 7 asentamientos en las riberas de los ríos, mientras que los dos tercios restantes de la población Matsés siguen viviendo al interior del bosque (Mendez 1986:27). Los 7 asentamientos de ribera fueron reconocidos como «comunidades nativas» en 1987, pero éstas no fueron tituladas.
2. En 1990 se creó una Reserva para los Nahua y Kugapakori, con una extensión de 443, 887 hectáreas[19].

2.4. Las Comunidades Campesinas y Nativas en la Constitución y la Ley de Tierras

El Art. 89 de la Constitución de 1993 solo mantiene vigente el reconocimiento de la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas, pero elimina el régimen especial de protección de la propiedad de las tierras, del cual gozaban desde 1920 las «comunidades de indígenas» en las Constituciones de 1920 y 1933 o las «comunidades campesinas y nativas» en la Constitución de 1979. Aboliendo el carácter de inalienables, comprendido en el anterior régimen constitucional de protección, el Art. 89 establece que las comunidades pueden disponer libremente de sus tierras. Las tierras comunales pueden ser vendidas o hipotecadas como cualquier otro predio. Asimismo el artículo 89 establece que la propiedad de las tierras comunales pierde su carácter de imprescriptible en caso de abandono. Según el artículo 88, las tierras abandonadas pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

La prescriptibilidad de las tierras comunales supuestamente «abandonadas» significa una amenaza de expropiación especialmente para las comunidades nativas. El sistema de manejo indígena de las tierras y los recursos de selva, especialmente las actividades de caza, pesca y recolección, no es considerado como ejercicio de la posesión agraria, a pesar de estar en concordancia con la preservación del medio ambiente. Si las tierras no están cubiertas de cultivos comerciales o pastos, fácilmente pueden ser consideradas como «abandonadas».

[17] Resolución Directoral Zonal 441-DZA-73, Iquitos (20/11/73); Referencia en SINAMOS: *Atlas de Comunidades Nativas,* Lima, julio 1977, p. 161.

[18] El Instituto Lingüístico de Verano, organización evangélica procedente de Estados Unidos, tiene a su cargo la educación bilingüe en la amazonía, en convenio con el Ministerio de Educación, desde la década del cincuenta.

[19] Para mayor información véase más adelante: 3.3. Las operaciones en la Reserva del Estado a favor de los grupos nativos Nahua y Kugapakori.

La Ley de Tierras[20] aplica el abandono de tierras como causal de reversión al Esta-do según el artículo 88 de la Constitución solamente a tierras adjudicadas en concesión (artículo 5) y no a tierras de propiedad, sin embargo no hace distinción entre Comuni-dades Campesinas o Nativas y cualquier otra persona natural o jurídica que haya recibido tierras en concesión por el Estado. El concepto de «tierras» en el régimen agrario, según la interpretación de la Ley de Tierras (artículo 2) no se refiere sólo a tierras aptas para el uso agropecuario, sino también a tierras con recursos forestales y de fauna, a pesar de que éstas se rigen por otra legislación, la Ley Forestal y de Fauna Silvestre[21]. La mayor parte de las tierras de las Comunidades Nativas está clasificada como forestal y adjudicada en concesión, por lo cual la posible reversión al Estado por abandono presenta una amenaza para la integridad de las tierras comunales. Según el artículo 1, la Ley de Tierras establece los principios para:

> «promover la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras ... de las Comunidades Campesinas y Nativas».

La inversión privada que se propone promover la Ley de Tierras no se refiere solamente a actividades agrarias, sino a cualquier actividad económica, permitiéndose el cambio de uso de tierras agrícolas.

El artículo 4 de la Ley de Tierras permite el acceso a la propiedad de las tierras, incluyendo las de Comunidades Campesinas y Nativas, a cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, dado que en la Constitución de 1993 se ha omitido la prohibición de la Constitución anterior de que sociedades anónimas u otro tipo de sociedades comerciales sean propietarias de predios rústicos, ni se exige la conducción directa de los predios.

La Ley de Tierras quiere reducir a las Comunidades Campesinas y Nativas a una función exclusivamente empresarial. Según el artículo 8 son libres para adoptar el modelo de organización empresarial que decidan en asamblea, inclusive el de una sociedad anónima. En cambio, la ley no dice que son libres para decidir, si quieren transformarse en empresa o no. También pueden asociarse con cualquier otra empresa, incluso las que se rigen por la Ley General de Sociedades (Art. 9).

El artículo 10 exige que las Comunidades Campesinas y Nativas regularicen su organización comunal de acuerdo con los preceptos constitucionales y la Ley de Tierras y norma el procedimiento para la titulación individual de las tierras comunales de la Costa. La titulación individual, venta, alquiler o hipoteca de tierras comunales de la Sierra y Selva requiere del voto de dos tercios de comuneros según el artículo 11.

[20] Ley 26505 (18/07/95), Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

[21] Decreto Ley 21174 (13/05/75).

Todas estas disposiciones que tienen como objetivo que las tierras comunales entren al mercado de tierras y que las comunidades desaparezcan como entidades territoriales, están en contradicción con el derecho de autonomía respecto a organización, trabajo comunal, uso de las tierras, en lo económico y administrativo, que reconoce la Constitución de 1993 (Art. 89) a las Comunidades Campesinas y Nativas, al igual que la Constitución anterior. Están diametralmente opuestas a la protección efectiva de tierras y territorios indígenas que se compromete brindar el Estado con la aprobación y ratificación del Convenio 169 de la OIT.

2.5. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas

El Perú ha aprobado y ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes[22], por lo tanto éste forma parte de la legislación interna, es decir que las leyes nacionales deben concordar con los principios establecidos por el Convenio y no deben estar en contradicción con el Convenio.

El Convenio 169 de 1989, que resultó de la revisión del Convenio 107 sobre protección e integración de las poblaciones indígenas de 1957, se distanció del concepto de integración. La Comisión de expertos de la OIT convocada en 1985 calificó el concepto de integración como destructivo, en parte por la manera como fue interpretado por los gobiernos. En vez de promover la integración, que parte de la premisa que los pueblos indígenas están «atrasados» en relación con la «civilización moderna», los Estados partes del Convenio 169 deben garantizar el respeto de la integridad de los pueblos indígenas (Art. 2.1), de su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones (Art. 2.2.b). Se prohibe el uso de toda forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (Art. 3.2).

El Convenio 169 reemplazó el término de «población indígena» por él de «pueblos indígenas», si bien con la salvedad que el término de «pueblos» no debe interpretarse en el sentido del derecho internacional (Art. 1.3). El concepto de «pueblos» va asociado al concepto de «territorio», debido a la importancia especial que reviste para las culturas y los valores espirituales de estos pueblos la relación colectiva con sus tierras o territorios (Art. 13.1).

El artículo 13.2. aclara que:

> «La utilización del término 'tierras' ... deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera».

[22] Fue aprobado mediante Resolución Legislativa 26253, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1993 y ratificado el 17 de enero de 1994.

Los Estados se comprometen a reconocer el derecho de propiedad y de posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, prestando particular atención a la situación de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes (artículo 14.1), así como a garantizar la protección efectiva de estos derechos (artículo 14.2).

Si se analiza el significado de los artículos citados del Convenio que corresponden a las dos primeras partes denominadas «Política General» y «Tierras», se nota que no postulan a la pérdida de la identidad y diversidad indígena a través de un proceso de integración hacia una supuesta «civilización moderna». También se puede constatar que el reconocimiento de la integridad de los pueblos y de sus territorios debe ser permanente y no provisional o transitorio. El concepto de «pueblos» evidentemente significa más que una cantidad determinada de centros poblados reconocidos en forma separada por el Estado, y el término de «territorio» significa más que la suma de parcelas adjudicadas a cada uno de los centros poblados. El territorio entendido como hábitat implica que el pueblo que vive en él no debe ser impedido de manejar ese espacio de acuerdo a sus propios patrones culturales.

Dada la importancia que para la identidad indígena reviste la relación con su territorio, el Estado debe respetar esta relación en forma permanente, eso implica el respeto a la forma tradicional de posesión de las tierras y del aprovechamiento de los recursos naturales. Pueblos que de acuerdo a sus costumbres viven en forma dispersa o son nómades no deben ser forzados a asentarse en aldeas nucleadas y a volverse sedentarios. El artículo 16 del Convenio 169 prohibe el traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan.

Según el Convenio 169, el reconocimiento y la protección efectiva de las tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas no debe limitarse a aquellas porciones que tengan título de propiedad formalmente otorgado por el Estado, sino debe extenderse a todas las tierras en posesión. El artículo 8 del Convenio señala que al aplicarse la legislación nacional debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario indígena, dentro del cual las formas de posesión de la tierra y el aprovechamiento de los recursos naturales ocupan un lugar primordial.

El artículo 15.2. del Convenio señala que en aquellos países donde los recursos del subsuelo son de propiedad del Estado, los gobiernos deberán:

> «consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras».

La consulta a los pueblos interesados debe realizarse:

> «mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se provean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente» (Art. 6.1.a).

> «Las consultas...deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas» (Art. 6.2).

De las disposiciones del Convenio se desprende que el Estado está obligado a consultar a los pueblos indígenas afectados antes de suscribir contratos de exploración o explotación minera o de hidrocarburos en sus territorios. No basta con consultas posteriores a la firma de los contratos de licencia sobre detalles de la implementación del proyecto o sobre los programas asistencialistas que los pueblos indígenas puedan recibir como compensación. Si la consulta tiene el objetivo de determinar, si los intereses de estos pueblos serían perjudicados mediante un proyecto extractivo y en qué medida, se tiene que aceptar que la respuesta puede ser negativa, siempre cuando los pueblos consideran que el proyecto en cuestión perjudicaría sus intereses. En un proceso de consulta no se puede excluir de antemano el 'no'. La exigencia que las consultas se hagan de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y a través de las instituciones representativas, implica que se consulte a quienes estén afectados directamente por el proyecto y no a quienes están fuera del área de operaciones, que no se excluya del proceso de consulta a quienes no están de acuerdo, aprovechando o provocando divisiones al interior del pueblo indígena.

A través del Convenio 169, el Estado que se compromete a brindar protección especial a los pueblos indígenas con el fin de conservar su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica. Cuando se presenta un conflicto entre la explotación de recursos naturales y la preservación de la integridad indígena, el Estado debe darle solución a través del derecho a la participación de los pueblos afectados en las decisiones que se adopten para dicha explotación. La participación a través del mecanismo de consulta es un instrumento básico para preservar la integridad étnica, cultural, social y económica y para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas como grupos sociales, adquiriendo la connotación de derecho fundamental, como lo expresa una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia' acerca del conflicto entre una empresa petrolera y un pueblo indígena.[23]

El derecho a la consulta y participación se extiende también a medidas legislativas o administrativas (Art. 6.1.a) que condicionan los derechos de los pueblos indígenas, como son la legislación de tierras, de hidrocarburos y minerales.
El Convenio estipula que los gobiernos deben:

> «establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente ... en la adopción de decisiones ... de políticas y programas que les conciernan» (Art. 6.1.b).

[23] Sentencia SU-039-97 en el caso de conflicto entre «Occidental de Colombia» y la comunidad indígena U'wa (citado en: Arias Calderón 1997)

Considerando las normas sobre el derecho de consulta y participación, el inicio de actividades de las empresas petroleras en tierras indígenas sin un adecuado procedimiento de consulta previa tiene que ser considerado como violación de las disposiciones del Convenio. El artículo 18 del Convenio obliga que:

> «la ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones».

En el caso del Perú, la ratificación del Convenio 169 de la OIT no ha significado que la Constitución y las leyes recojan los principios estipulados por el Convenio. El Estado no reconoce a pueblos ni territorios indígenas. La declaración comprendida en el catálogo de los derechos fundamentales de la persona «El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación» (Constitución de 1993, Art. 2.19) no concuerda con las demás disposiciones de la Constitución y menos con las leyes.

La abolición del régimen constitucional de protección de las tierras comunales se realizó sin respetar el derecho a la participación y consulta desconociendo derechos históricamente adquiridos, a pesar de haberse comprometido el Estado mediante la ratificación del Convenio 169 a garantizar la protección efectiva del derecho de propiedad y posesión de las tierras indígenas.

Referente a los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, se dictan leyes para la 'promoción de las inversiones' en tierras indígenas y se otorgan contratos para la extracción de recursos, sin observar las disposiciones del Convenio 169. Particularmente para la prospección y/o extracción de hidrocarburos que en su mayoría se realiza en territorios indígenas de la amazonía, la legislación no contempla ningún tipo de participación de los pueblos afectados en la formulación de políticas o programas, medidas legislativas y administrativas ni en la negociación de los contratos con las empresas transnacionales. Los contratos petroleros fueron suscritos entre el Estado y las respectivas empresas sin haberse consultado, ni siquiera informado a los pueblos indígenas afectados. Menos aún se les ha permitido participar mediante procedimientos apropiados en la adopción de decisiones sobre la firma de los contratos o la definición de los términos de los mismos.

El único derecho que concede la legislación consiste en poder pedir a la empresa petrolera una compensación por el uso de las tierras, siempre cuando el ocupante del predio, en este caso la Comunidad Nativa tenga título de propiedad (que muchas veces el Estado se niega a otorgar), desconociéndose por completo los derechos de posesión y propiedad sobre los territorios indígenas ancestrales. La ley no prevé sanciones contra la intrusión ni el uso no autorizado de tierras indígenas, ni se toman medidas para impedirlos.

III. EL PROYECTO GAS DE CAMISEA DE SHELL/MOBIL

Escogemos el llamado Proyecto Camisea por dos razones:

1. El Proyecto Camisea es el proyecto industrial de mayor inversión en el Perú. Los yacimientos de gas natural figuran entre los mejores del mundo según afirma Shell que ha realizado los trabajos de exploración entre 1981 y 1987.
2. Los yacimientos de gas se encuentran en su totalidad en territorio indígena, principalmente en un área de bosques que eran vírgenes hasta que se iniciaran los trabajos de exploración petrolera y donde viven pueblos indígenas nómades muy vulnerables. Los lotes concedidos a Shell colindan con una de las principales áreas naturales protegidas del Perú, el Parque Nacional de Manu.

3.1. Los Contratos de Licencia para los lotes 88A, 88B y 75

En marzo de 1994, PERUPETRO firmó con Shell Internacional un 'Convenio de Evaluación y Desarrollo de los Yacimientos de Camisea'[24] determinando que dentro del período de 21 meses se suscribiría un Contrato de Explotación. El plazo fue prorrogado hasta el 15 de mayo de 1996.

Shell Internacional constituyó una sucursal en el Perú para operar el Proyecto Camisea, la *Shell Prospecting and Development Peru (SPDP)*, de la misma manera lo hizo Mobil que participa en el Proyecto Camisea como co-inversionista en un 42.5 %. Las sucursales peruanas de las dos empresas transnacionales se inscribieron en el Registro Público de Hidrocarburos de Lima. La Ley Orgánica de Hidrocarburos estipula que las empresas extranjeras, para celebrar contratos deberán establecer sucursal o constituir una sociedad conforme a la Ley General de Sociedades, fijar domicilio en Lima y nombrar mandatario de nacionalidad peruana (Art. 15).

El 17 de marzo de 1996, PERUPETRO firmó con las sucursales peruanas de Shell y Mobil el primer Contrato de Licencia para la explotación de hidrocarburos en los Lotes 88 A y 88 B y un año después el segundo Contrato de Licencia para la exploración y explotación del Lote 75. La aprobación de los Contratos de Licencia de Hidrocarburos es mediante Decreto Supremo, que siempre tiene el mismo tenor. Se apoya en las atribuciones constitucionales del Presidente de la República de reglamentar leyes, dictar decretos y resoluciones, así como de ejercer funciones de gobierno y administración (Art. 118 inc. 8 y 28). El Decreto Supremo es refrendado por los Ministros de Energía y Minas y de Economía y Finanzas. Aprueba la conformación, extensión, delimitación y nomenclatura del respectivo lote, indicando en qué provincias y departamentos se encuentra, adjudica el lote a PERUPETRO y lo declara materia de suscripción de

[24] Aprobado por Decreto Supremo 20-94-EM (25/03/94)

contrato (Art. 1). El mapa y la memoria descriptiva del lote forman parte integrante del Decreto Supremo, sin embargo no son publicados en el Diario Oficial. Se aprueba el Contrato de Licencia, indicando cuantas cláusulas contiene, sin publicar el texto (Art. 2). Se autoriza a PERUPETRO a suscribir con las respectivas empresas el contrato de licencia (Art. 3).

El área del Contrato de Licencia suscrito el 17 de mayo de 1996 con *Shell Prospecting and Development Peru B.V., sucursal del Perú*, y *Mobil Exploration and Producing Inc., Sucursal peruana* (el único contrato de hidrocarburos que fue publicado en el Diario Oficial[25]) tiene una extensión de 45.000 hectáreas (Lote 88 A) y de 168.000 hectáreas (Lote 88 B). Los lotes están ubicados en la parte media y baja de la cuenca del río Urubamba, área que políticamente pertenece a la Provincia de La Convención, Departamento de Cusco.

Shell-Perú es operador del Contrato, conforme a un «Acuerdo de Operaciones» confidencial entre Shell y Mobil (Cláusula 19.11). El plazo del Contrato es de 30 años para la extracción de petróleo y de 40 años para Gas Natural y Condensados (Cláusula 3.01), se divide en 3 períodos: un período inicial de 2 años, un segundo período de 4 años y 6 meses y un tercer período hasta el vencimiento del contrato (Cláusula 3.02). Según el programa mínimo de trabajo en el período inicial, el Contratista debe perforar 3 pozos, preparar estudios sobre salud, protección ambiental y logística, incluyendo un estudio de impacto ambiental (EIA) del área del contrato, hacer un análisis del diseño de los ductos principales de gas natural y líquidos de gas natural, entre otras obligaciones (Cláusula 4.02). En el segundo período debe desarrollar los yacimientos para iniciar la extracción comercial, construir los ductos principales de gas natural y líquidos de gas natural a la costa central, construir una planta de fraccionamiento en la costa central (Cláusula 4.05).

Hay una sola cláusula sumamente escueta, dedicada a la protección del medio ambiente y a la población que estará afectada durante los 40 años por las operaciones del contratista. Se limita a decir que el Contratista cumplirá el Reglamento Ambiental de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el Código de Medio Ambiente y demás disposiciones pertinentes (13.01). Respecto a las comunidades nativas afectadas, el Contrato de Licencia reproduce el contenido del artículo 12 del Reglamento Ambiental para actividades de Hidrocarburos (Decreto Supremo 046-93-EM) y dice:

> «El Contratista hará los esfuerzos necesarios a fin de evitar se afecte en lo posible a las comunidades nativas y campesinas, para ello se incluirán en los Estudios de Impacto Ambiental relativos a las Operaciones del Contrato las medidas necesarias para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos, sociales, culturales, económicos y de salud» (13.02).

[25] «El Peruano», Separata Especial (17/05/96).

Ser incluidos en los Estudios de Impacto Ambiental, es el único derecho que las partes del Contrato conceden al pueblo indígena, cuyo territorio ancestral se transforma en lote petrolero.

El Contrato de Licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 75 fue aprobado mediante Decreto Supremo 004-97-EM (16/03/97). Este Lote colinda con los Lotes 88A y 88B y según el Decreto Supremo de adjudicación se ubica entre las provincias de Atalaya del departamento de Ucayali, Satipo del departamento de Junín, La Convención del departamento de Cusco y Manu del departamento de Madre de Dios (Art. 1). Shell manifiesta haber solicitado que se excluya del área del Contrato la parte correspondiente al Parque Nacional de Manu que está incluida en el Lote 75 de acuerdo al Decreto Supremo de aprobación del respectivo Contrato de Licencia. Según el croquis del Lote 75, publicado en el Estudio de Impacto Ambiental, la parte este (Parque Nacional de Manu) y la parte norte correspondiente a la Provincia de Atalaya han sido excluidas, de manera que el Lote 75 reducido comprende 7,900 km^2 (790,000 hectáreas)[26]. A pesar de su reducción, el Lote 75 se sobrepone a casi todo el área de la Reserva del Estado para los pueblos nómades Nahua y Kugapakori y a numerosas comunidades nativas reconocidas Matsiguenga, Piro, Yaminahua y Kakinte en las cuencas de los ríos Urubamba y Tambo. Hacia el sur, los 3 Lotes de Shell/Mobil colindan con el Lote 52, adjudicado a la empresa petrolera Chevron, en el alto Urubamba, habitado también por comunidades matsiguengas.

3.2. El «Programa de Consulta» de Shell con las Comunidades Nativas

El Programa de Consulta o Participación de las Partes Interesadas o *Stakeholders* de Shell Prospecting and Development Peru (SPDP) está descrito en el Estudio de Impacto Ambiental para la fase exploratoria del Lote 75[27]. Se distingue entre *partes interesadas primarias* directamente afectadas, como las comunidades nativas y las federaciones que las agrupan y *partes interesadas secundarias* no directamente afectadas, entre las cuales figuran organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales.

Como mecanismos principales para promover el diálogo con las *partes interesadas primarias* se menciona la distribución de documentos informativos simplificados y traducidos al Matsiguenga, así como la realización de reuniones comunales durante el proceso del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para proporcionar y buscar información directa. La elaboración del EIA es el principal momento de «participación» de las comunidades afectadas directamente. Para el EIA en el Lote 75 se ha recogido

[26] Shell Prospecting and Development Peru B.V. (SPDP): *Estudio de Impacto Ambiental de los Pozos Exploratorios Pagoreni/San Martín Este*, Informe Final, agosto 1997, ERM Perú S.A.

[27] Ibíd., Capítulo 4.

información durante 2 semanas de trabajo de campo, en 2 comunidades (Shivangoreni y Camisea), cercanas al pozo exploratorio *Pagoreni* y en la Comunidad Nuevo Mundo, donde se encuentra la base de operaciones del Proyecto Camisea[28]. No se ha recogido información en la comunidad (Montetoni) cercana del segundo pozo exploratorio *San Martín Este* que no está reconocida como comunidad nativa por el Estado. En cada una de las 3 comunidades mencionadas se ha realizado una reunión de un día para recopilar opiniones de los comuneros y comuneras sobre temas relacionados con la actividad de Shell (sobrevuelo de helicópteros, contaminación de aguas, relación con Shell, necesidades de infraestuctura y capacitación). La información obtenida en las reuniones está resumida en cuadros que incluyen comentarios o propuestas de acciones de Shell respecto a los problemas presentados[29].

El Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos (Decreto Supremo 046-93-EM, Art. 12) dispone que se incluyan «medidas para prevenir, minimizar o eliminar impactos negativos», cuando un proyecto afecta a comunidades campesinas o nativas, para lo cual se requiere recopilar información. La consultora legal de Shell admite que el cumplimiento de esta disposición no puede entenderse como «consulta previa» en el sentido del Convenio 169 de la OIT:

> «pues los EIA se realizan cuando ya existe de por medio un contrato entre las empresas y Perúpetro S.A., a través del cual ya se otorgaron los derechos correspondientes sobre los recursos naturales ubicados en tierras comunales o próximas a ellas». (Yupari 1997a:30).

El Estudio de Impacto Ambiental indica que como parte del programa de consulta la empresa debe obtener el permiso de la comunidad para ingresar a sus tierras antes de iniciar cualquier trabajo de campo y para iniciar el estudio topográfico del área del pozo (EIA 1997:4-5). Sin embargo, el «permiso» de la comunidad se da para implementar una decisión ya adoptada unilateralmente acerca de la perforación de un pozo sin consulta previa de la comunidad. Más que de un «permiso» se trata de una notificación a la comunidad, que ésta tiene que aceptar.

Yupari, en su informe sobre la legislación de Comunidades Nativas y la Ley de Hidrocarburos, constata que los derechos de *participación y consulta* garantizados por el Convenio 169 de la OIT no han sido incorporados ni implementados en el sistema legal ordinario y menos en la legislación sectorial de hidrocarburos, por lo cual no se puede establecer siquiera una concordancia entre la Ley de Hidrocarburos y el Convenio 169, salvo una disposición suelta, respecto a la elaboración de los estudios de impacto ambiental (1997a:25). No se ha articulado ningún mecanismo de consulta

[28] Los resultados del estudio sobre las comunidades nativas se encuentran principalmente en el capítulo 5.11. del EIA «Características Socioculturales».

[29] Tablas 4.6a, b, c: Grupos interesados primarios - Resumen de los Temas Importantes y Acciones.

directa a las comunidades campesinas y nativas en la definición de las medidas políticas, económicas, sociales y jurídicas; los asuntos que las involucran son decididos unilateralmente por los órganos del gobierno y el Congreso (Ibíd. :25-26).

Es correcta la crítica que los compromisos internacionales asumidos por la ratificación del Convenio 169 de la OIT no se han cumplido en el Perú, sin embargo la consultora legal de Shell no menciona que la legislación de «promoción de las inversiones» y particularmente la de hidrocarburos que ha omitido todo tipo de restricciones, entre ellas la obligación de respetar los derechos de la población indígena involucrada, es altamente favorable para las empresas. Habiendo cerca de medio centenar de concesiones petroleras sobrepuestas a territorios indígenas de la amazonía, las empresas beneficiarias no pueden escudarse en los vacíos legales existentes, negando toda responsabilidad, como sugiere Yupari, cuando afirma que éstas se ven entre dos flancos al tener por un lado la norma nacional y por otro la norma internacional que debería ser incorporada a la primera (Ibíd.:26) y pide que las ONG's y la Defensoría del Pueblo exijan al gobierno el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT (Ibíd.:24).

Son las empresas petroleras, quienes presentan el proyecto de Contrato de Licencia al Directorio de Perupetro para su aprobación, por lo tanto la iniciativa es de ellas de respetar los derechos de los pueblos que viven en el ámbito de las operaciones petroleras proyectadas o por lo contrario ignorarlos y limitarse a obtener la aprobación por parte de las autoridades estatales. Shell, al igual que todas las demás empresas petroleras, ha escogido la segunda opción, confrontando a los pueblos indígenas con un hecho consumado:

> «El gobierno firmó el contrato, el proyecto Camisea se va a realizar; lo único que nos queda es negociar con el gobierno y con la empresa»[30].

Shell afirma que el proceso de comunicación constante con las comunidades se mantendrá a lo largo del proyecto exploratorio del gas de Camisea y sugiere que su programa de consulta sirva de marco referencial para la reglamentación legal de los mecanismos de consulta previa a los pueblos indígenas (Yupari 1997c:30). Sin embargo, en el Contrato de Licencia de SPDP no se encuentra ninguna referencia acerca del programa de consulta con las comunidades nativas implicadas; ni siquiera está mencionada la obligación de preparar EIA's en la segunda y tercera etapa de explotación que tienen una duración de 38 años.

El Art. 15.2. del Convenio 169 de la OIT obliga al gobierno a consultar a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Según la consultora legal de

[30] Raúl Sebastián, Presidente de la Federación de Comunidades Piro del Bajo Urubamba, en el Taller *Camisea Project Stakeholder Dialogue*, realizado en Londres, el 15.12.97.

Shell, esta disposición no implica un derecho al veto, de poder impedir la actividad, por lo cual la adopción de decisiones siempre queda en manos del ente oficial, mientras que los «consultados» solo pueden influenciar tal proceso mediante aportes que pueden ser introducidos en el diseño, manejo y propuestas alternativas del proyecto (Yupari 1997c:19-20, 24). Una disposición del Convenio no puede ser sacada de su contexto, sino tiene que ser analizada de acuerdo a los principios y objetivos del Convenio en su conjunto. No puede haber protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas de acuerdo al Convenio 169, si se pretende reducir el mecanismo para hacer efectiva tal protección a una mera formalidad. Si se limita el derecho a la consulta a aspectos secundarios, negando a los pueblos afectados la participación en la toma de decisiones sobre la cuestión de fondo que es la actividad extractiva en sí, se viola su derecho fundamental a la integridad, poniendo en peligro inclusive su subsistencia, sujeta a protección especial[31].

En sus documentos informativos, Shell contínuamente usa los términos «consulta previa» o «acuerdo previo», entendiendo con ello una relación contractual en la cual se establece la forma de compensación por el uso del terreno, la creación de infraestructura de servicios básicos que el Estado debería otorgar a la comunidad (Yupari 1997a:31). La comunidad, lejos de ser consultada sobre su conformidad respecto a la perforación de un pozo o la instalación de una planta industrial en sus tierras, sólo puede aceptar mediante el «acuerdo previo» la recompensa por la cesión de sus tierras, lo que corresponde a lo estipulado en el artículo 7 de la Ley 26505.

Sin embargo, según el artículo 7 de la Ley 26505 y su Reglamento, el acuerdo con la empresa sólo puede ser suscrito por el propietario del terreno, por lo tanto la comunidad tiene que cumplir con los requisitos formales de:

- acreditar la propiedad del predio presentando el título;
- estar representada por las autoridades elegidas de acuerdo al Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas[32] y que deben haber sido autorizados por la asamblea general de la comunidad;
- acreditar la decisión de la asamblea general de ceder el uso de tierras comunales;
- legalizar el acuerdo ante notario público o juez de paz y ponerlo en conocimiento del Ministerio de Energía y Minas.

El cumplimiento de estos requisitos requiere primeramente la adecuación a un modelo de organización contraria a las formas tradicionales de organización indígena. A pesar de que las Constituciones garantizan la autonomía organizativa de las comunidades

[31] Véase capítulo 2.5. «El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas», del presente trabajo.
[32] Decreto Supremo 03-79-AA (25/01/79)

campesinas y nativas, la legislación ha impuesto a las comunidades nativas un modelo de organización correspondiente a un ente asociativo. Según el Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas, el órgano de gobierno de cada comunidad nativa es la Junta Directiva compuesta por el Jefe, Tesorero y Secretario (Art. 22), que es elegida periódicamente (Código Civil, Art. 138).

Según Rosengren (1997), la dirección de la comunidad nativa que es renovada por elecciones cada dos años, se rige por principios de la democracia representativa occidental que es ajena a la filosofía de poder y liderazgo Matsiguenga; lo mismo vale para las organizaciones que agrupan a las comunidades nativas. La calificación principal de los dirigentes elegidos es de saber como tratar con personas no-indígenas; en la práctica esto significa principalmente hombres jóvenes sin experiencia ni confianza dentro del contexto Matsiguenga. Sin embargo, no todos los Matsiguenga aceptan adaptarse al modelo impuesto por la legislación. Mientras que la influencia del sector que Rosengren llama *ortodoxo* es considerable en la vida cotidiana de las comunidades, la escena pública/formal está dominada por el sector *modernista*. Como consecuencia puede haber problemas en implementar decisiones tomadas en asambleas comunales que se refieren a resultados de negociaciones realizadas por la dirección, que en su mayoría está formada por *modernistas*, con agentes de fuera. La diferencia entre los Matsiguenga *modernistas* y los *ortodoxos* se hace evidente en las tendencias del modo de asentamiento. Mientras que el primero grupo, llamados también «los de abajo» vive en aldeas a lo largo del río Urubamba con fácil acceso a la «vida moderna», el segundo grupo, «los de arriba», prefieren quedarse en las cabeceras de los afluentes del río grande. (Ibíd.)

Las llamadas organizaciones «representativas» de las Comunidades Nativas, especialmente el Consejo Matsiguenga del río Urubamba (COMARU), están formadas por el sector *modernista*. Según Rosengren, COMARU asesorado por la ONG peruana CEDIA (Centro para el Desarrollo del Indígena Amazónico) cae en la típica posición integracionista, resaltando la necesidad del «desarrollo económico» y la «modernización de la sociedad atrasada de los Matsiguenga», en oposición a valores importantes del sector más ortodoxo, creando así una división dentro de las comunidades. Mientras que los esfuerzos de COMARU y CEDIA están dirigidos al establecimiento y reconocimiento de nuevas comunidades nativas, para el sector ortodoxo la demarcación de parcelas comunales significa una ruptura con el pasado, ya que en la historia Matsiguenga nunca ha habido territorios delimitados (Ibíd. :5-6).

El concepto de «comunidades nativas» no es equivalente al de «pueblos indígenas», por lo tanto la demarcación de comunidades nativas según el Decreto Ley 22175, Art. 10, no comprende «la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra forma» según el artículo 13.2. del Convenio 169, como erróneamente afirma Yupari (1997a:26). El propio Estudio del Impacto Ambiental de Shell contradice la afirmación que las parcelas comunales abarcan la «totalidad del

hábitat del pueblo matsiguenga»[33]. Los territorios de caza y pesca han sido excluidos de las parcelas comunales como también el territorio que se recorre para visitar a parientes[34]. Tanto en las excursiones de caza y pesca, como en las visitas de familiares, los matsiguenga recorren su territorio tradicional, no reconocido por el Estado, salvo como «Reserva provisional a favor de los grupos nativos Nahua y Kugapakori».

3.3. Las operaciones en la «Reserva del Estado a favor de los grupos nativos Nahua y Kugapakori»

Los Kugapakori o Pukapakuri[35]son un sector del pueblo Matsiguenga de la familia lingüística Arawak y los Nahua son sectores de los pueblos Yaminahua y Amahuaca, Pano-hablantes, que se retiraron hacia las cabeceras remotas de los rios Timpia, Ticumpinia, Camisea y Mishagua, afluentes de la margen derecha del río Urubamba y las cabeceras del río Manu.

Renard-Casevitz distingue 3 sectores del pueblo indígena matsiguenga:

1. Los *Kugapakori* son Matsiguenga rebeldes quienes viven junto con Yaminahua y Amahuaca rebeldes *(Nahua)* en las cabeceras remotas de los ríos afluentes del río Urubamba y río Manu. Ofrecen resistencia armada (con arcos y flechas) a los invasores de su territorio. Empezaron a organizar su defensa durante la época del boom del caucho que en esta área empezó mas tarde pero se prolongó por mas tiempo que en el norte, habiendo todavía en 1954 mercados de esclavos en Atalaya y Pucallpa.
2. Los *tradicionalistas* que, si bien no ofrecen resistencia, no aceptan integrarse a las misiones o las grandes aldeas formadas por los matsiguenga convertidos al evangelismo. Viven en los ríos tributarios menores, pero menos aislados que los Kugapakori.
3. Los *habitantes de las aldeas* (7 católicas y 10 evangélicas) en la ribera del río Urubamba, constituidas entorno a misioneros o maestros bilingües evangélicos. (1980: 250-252).

Zarzar describe la región de las cabeceras de los ríos mencionados como:

[33] Según las encuestas, los matsiguenga de la comunidad de Shivangoreni cazan y pescan en quebradas que distan 6, 9, 10 horas y hasta un día en canoa y a pie del centro poblado de la comunidad. (EIA, agosto 1997, pp. 5-79).

[34] Los miembros de Shivangoreni y las otras comunidades matsiguenga de los ríos Camisea y Cashiriari toman la ruta del alto río Camisea, cruzan el «dique seco» hacia el Manu, para visitar a sus parientes que viven en las cuencas del Manu y Madre de Dios (EIA, agosto 1997, pp. 5-64).

[35] «Pluma roja» en Quechua

> «quizá el último reducto (ecológico a la vez que cultural) que ha permanecido en relativo aislamiento, al menos en los últimos 80 años, desde la caída de la explotación cauchera en la región». (1987:92).

La región abarca dos cuencas hidrográficas: la del río Urubamba y la del río Manu. Solamente la parte que corresponde al río Manu está incluída en el Parque Nacional del Manu, mientras que la parte correspondiente a la cuenca del Urubamba no tiene status legal de Area Natural Protegida. Helberg observa que al diseñarse el Parque, tomando como único criterio él de cuencas, se ha cortado los territorios tradicionales de los Nahua, Matsiguenga y Kugapakori que viven en ambos lados de la divisoria de aguas y se desplazan contínuamente entre las dos cuencas. Se ha ignorado los territorios tradicionales de las sociedades indígenas y con ello también se ha escindido a cierto nivel sistemas ecológicos funcionantes. (Helberg 1988:17-19).

En 1990, el Ministerio de Agricultura ha declarado un área de 443,887 Hectáreas colindante con el Parque Nacional del Manu como:

> «Reserva del Estado ... con el propósito de preservar el derecho de los grupos nativos Kugapakori y Nahua sobre las tierras que ocupan de modo tradicional para el aprovechamiento de los recursos naturales existentes en dicha área»[36].

Según el «Considerando» de la Resolución Ministerial que justifica la creación de la Reserva:

> «personas vinculadas a las empresas madereras instaladas y colonos asentados en las márgenes de los ríos Ticumpinia, Camisea y Mishagua están utilizando diversas formas de amedrentamiento contra los referidos grupos nativos con el evidente propósito de despojarlos de sus tierras que ocupan desde sus antepasados por lo que es necesario garantizar la permanencia de esos grupos humanos en su hábitat ...».

Los incidentes provocados por colonos y madereros a los que hace referencia la Resolución de creación de la Reserva tuvieron su origen en los trabajos de exploración de hidrocarburos que realizó la empresa petrolera Shell entre 1981 y 1987. Según Zarzar, brigadas de sísmica penetraron en 1984 en el territorio de los Nahua y establecieron un campamento cerca de un asentamiento Nahua en las cabeceras del río Mishagua. Un grupo de Nahua visitó el campamento petrolero y se llevó herramientas de metal. En respuesta a ello, madereros salieron en búsqueda de los Nahua y los llevaron maniatados al centro poblado/misión de Sepahua en el río Urubamba. En Sepahua, los Nahua se infectaron con el virus gripal y al regresar al alto Mishagua contagiaron

[36] Resolución Ministerial Nº 00046-90-AG/DGRAAR, 14/02/90.

a los demás. Se desató una epidemia de gripe que rápidamente derivó en neumonía. A raíz de la epidemia, murió entre el 20 y el 50 % de la población Nahua, según diferentes estimados[37].

Los Nahua «contactados» que sobrevivieron a la epidemia de gripe abandonaron sus aldeas tradicionales. Un sector del grupo se ha reubicado en el puesto del Instituto Lingüístico de Verano (ILV) en el río Mishagua, antes y después de haber pasado varios meses residiendo en Sepahua. Aproximadamente 50 Nahua retornaron en 1986 al río Mishagua por sugerencia del ILV y unos treinta se quedaron en Sepahua (Zarzar 1987:97).

El incidente de 1984, cuando madereros capturaron y amarraron a un grupo de Nahua para llevarlos a la Misión de Sepahua, demuestra que la práctica de las *«correrías de salvajes»* aún subsiste en el valle del Urubamba. Otros casos de correrías fueron reportados en 1981 y 1983 (Zarzar 1987:94). También hay *correrías* que realizan agentes Matsiguengas del Instituto Lingüístico de Verano (ILV) que tienen como objetivo capturar a niños Kugapakori para internarlos en las escuelas de este Instituto (Renard-Casevitz 1980:252).

Referente a los acontecimientos de la década del ochenta, Zarzar comenta:

> «Es importante señalar que contextualmente la presencia de la exploración petrolera en la región y especialmente el hecho que los trabajadores petroleros trabajen incluso cerca de las cabeceras de afluentes, contribuyó al sentimiento entre los Sepahuinos de que el río Mishagua había sido, finalmente, abierto a la «civilización». La presencia del ILV terminó por fortalecer este sentimiento». (1987:104).

La mayoría de los pozos planificados para la extracción de gas se encuentran dentro de la Reserva del Estado a favor de los Nahua y Kugapakori. Según manifiesta un funcionario de Shell:

> «Sin entrar a la Reserva de los Nahua y Kugapakori, no hay Proyecto Camisea»[38].

Shell, para justificar su presencia en la Reserva del Estado para los Nahua y Kugapakori alega que ésta no pertenece al Sistema de Parques Nacionales, donde sólo se permite el aprovechamiento de recursos naturales con fines de subsistencia, ni es

[37] Zarzar calcula que de una población Nahua de 300 personas, se enfermaron 130, de los cuales murieron entre 40 y 60 (1987:95, 107). Según Rivera, murieron 350 Nahuas contagiados de gripe, sarampión y TBC, quedando una población Nahua sobreviviente de 450 personas distribuidas en 4 asentamientos (1991:36-37). Helberg estima que los Nahua han sufrido una caída del 50 % de su población como consecuencia del «contacto» (1988:16).

[38] Murray Jones, Health, Safety and Environment Manager of Shell Prospecting and Development (Peru), en el Taller «Camisea Project Stakeholder Dialogue», realizado en Londres, el 15.12.97.

una «Reserva Comunal» concedida a Comunidades Nativas reconocidas para caza y pesca[39], sino únicamente una designación temporal que prohibe el ingreso de colonos y madereros, pero permite la exploración y explotación de hidrocarburos.

Zarzar, quien había opinado que «todo proceso de contacto es un proceso de etnocidio» (1987:94), en 1996 como antropólogo de Shell-Perú[40], ha emitido una *Guía para el contacto con población indígena aislada Nahua, Kugapakori o Matsiguenga.* En esta Guía considera remota la posibilidad que miembros de grupos Nahua o Kugapakori que viven en aislamiento en las cabeceras de los ríos aparezcan en cualquiera de los lugares de perforación de Shell. Sin embargo admite que los pozos denominados *Cashiriari 3* y *San Martín 3* se encuentran en territorio Kugapakori y que por su ubicación aislada en las partes altas de pequeños afluentes son los más expuestos a Kugapakoris y Nahuas no contactados. En un cuadro de ubicación de grupos indígenas reconoce la existencia de aldeas dispersas de Kugapakoris no contactados en las cabeceras del río Camisea, Alto Cashiriari y Alto Timpia, así como de Nahuas no contactados en las cabeceras del Mishagua y del Manu (1996:6). Clasifica en situación de «contacto intermitente» a los Nahua sobrevivientes de la epidemia de gripe, quienes en 1986 fueron llevados por el ILV de Sepahua a la boca del *Serjali*, un afluente del río Mishagua (Ibíd. :6, 16). En la misma condición de «contacto intermitente» figura una comunidad «ex-Kugapakori», llamada *Montetoni,* que también cuenta con escuela del ILV y a donde llegan Kugapakori del alto Timpia (Ibíd.:15). Los demás grupos indígenas Matsiguenga de la región del Camisea son clasificados como comunidades nucleadas en situación de contacto permanente o semi-permanente. No se encuentran definiciones de las diferentes categorías de contacto.

Según la Guía de Shell, para relacionarse con los «no contactados» se requiere de «representantes nativos» en cada uno de los campamentos petroleros, quienes deben ser entrenados e instruidos acerca de su rol por el antropólogo y otros funcionarios de Shell. Los «representantes nativos» de Shell deben ser hombres jóvenes, matsiguengas o yaminahuas bilingües, seleccionados de las comunidades de la ribera del río Urubamba (aldeas misionadas). Ante la posibilidad que los ruidos y las llamaradas de las operaciones petroleras despierten la curiosidad de grupos indígenas aislados, Shell ha diseñado un plan de respuestas para posibles escenarios de contacto. Los «representantes nativos» sirven de traductores, para requerir información a «gente desconocida» que se acerque a los campamentos, sobre la ubicación y número de habitantes de sus aldeas y para convencerlos que regresen a sus aldeas lo mas antes posible. También deben dirigir pequeños equipos de búsqueda organizados por el supervisor de campo. En caso que grupos indígenas se acerquen a un campamento de noche, se deben disparar pistolas de luces para disuadirlos. (Zarzar 1996:10-13)

[39] Según la Ley Forestal y de Fauna, Decreto Ley 21147.

[40] En los documentos de Shell Prospecting and Development (Peru), Alonso Zarzar figura como «Consultor Independiente» o como «Asesor de Enlace de SPDP con las Comunidades Nativas».

De noviembre de 1996, cuando Shell publica la «Guía para el caso de contacto» hasta mayo de 1997, hay un cambio significativo en la apreciación de la situación de contacto de la población indígena que vive en la Reserva. Shell informa sobre el resultado de la visita de su antropólogo a la comunidad Nahua *Serjali* y a la comunidad Kugapakori *Montetoni,* comunidades que se habrían fundado hace unos ocho años «mediante su propia auto-decisión»:

> «En discusiones con los jefes de estas comunidades se nos hizo llegar información contundente en el sentido que no existen pueblos nómades viviendo en el área de Camisea de la 'Reserva'. Los Nahua indicaron que su pueblo representa a todos los Nahua de la región. Los Kugapakori manifestaron que personas siguen llegando para unirse a la comunidad provenientes de un estilo de vida más aislado en la parte alta del río Timpia, al sur del Lote 75. Los Kugapakori o Matsiguenga aislados están ubicados al este y sur de Montetoni —al lado opuesto de Camisea»[41].

En el Informe de mayo de 1997, Zarzar descarta la existencia de población Nahua en el Alto Mishagua y sus afluentes y afirma que *Serjali* es el único asentamiento existente, sin mencionar cuantos habitantes tiene[42]. Igualmente afirma que toda la población Kugapakori se ha concentrada en *Montetoni* (sin dar el número de habitantes)[43], aunque a la vez manifiesta que Kugapakoris «aislados» siguen llegando y que otros viven al este de Montetoni, es decir en la cabecera del río Camisea.

La consultora legal de Shell apoya su peritaje sobre la Reserva Nahua y Kugapakori en el supuesto que «ya no existen grupos nómades en los territorios poseídos tradicionalmente por estos grupos», a pesar de tener que reconocer «que no se dispone de información oficial relativa al grado de contacto actual de los habitantes de la reserva» (Yupari, 1997b:9-10). Respecto al grado de contacto se basa en «referencias particulares», proporcionadas por el Antropólogo Alonso Zarzar y enumera los grupos de *Serjali* en el río Mishagua, con grado de contacto avanzado, por tener escuela y campo de aterrizaje, instalaciones que indican la presencia del ILV; *Montetoni* en el río Camisea, con grado de contacto intermitente por tener escuela; y *Patzani* en el río Pakiria, con grado de contacto inicial, porque la escuela está en proceso de creación (Ibíd. :9).

Shell considera que no tiene obligación de consultar a las aldeas de la Reserva Nahua Kugapakori, mientras éstas no sean reconocidas como comunidades nati-

41 SPDP: *Nota Informativa N° 7* (13/05/97).

42 El puesto del ILV en la boca del Serjali se formó en 1986 con 50 Nahuas provenientes de Sepahua; la población Nahua sobreviviente después del «contacto» fue estimada en 240 a 260 por Zarzar (1987) y en 450 por Rivera (1991).

43 Según el Estudio de Impacto Ambiental presentado por Shell en agosto de 1997, *Montetoni* tiene aproximadamente 200 habitantes (pp. 5-63). Rivera ha calculado la población Kugapakori en 1050 personas distribuidas en 15 asentamientos (1991: 36-37).

vas[44], en cambio la consultora legal observa que mediante el establecimiento de la reserva territorial provisional, el Estado ha reconocido el derecho posesorio de los Nahua y Kugapakori (Yupari 1997b:3). Debido a ese reconocimiento, el Estado, a pesar de mantener la propiedad sobre esta área, estaría vulnerando los derechos posesorios de los grupos indígenas de la reserva, si autorizase unilateralmente el derecho de uso sobre las tierras reservadas, a través de cualquiera de sus dependencias: Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Agricultura, Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT) o Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA). Yupari propone como alternativa, negociar directamente con los grupos indígenas que manifiesten su voluntad de querer hacerlo, el uso de sus tierras (Ibíd. :5-6).

Como la legislación especial concede sólo a los propietarios formales el derecho de negociar con empresas mineras o petroleras el uso de sus tierras (artículo 7 de la Ley 26505 y su Reglamento D.S. 017-96-AG), la consultora legal recomienda que Shell firme con los grupos indígenas de la reserva un acuerdo o contrato en el contexto de la legislación civil ordinaria, lo cual sería un acto jurídico válido , siempre cuando se cumplan los requisitos fijados en el Código Civil. Dado que el contrato debe firmarse entre personas capaces jurídicamente, sugiere que los grupos indígenas que quisieran entrar en negociaciones con la Shell para autorizar el uso de sus tierras, nombren representantes. Para garantizar la buena fe de la voluntad de contratar, sugiere la participación de las organizaciones que agrupan a las comunidades nativas, conjuntamente con su abogado.

De acuerdo al Código Civil, el consentimiento entre las partes debe ser exento de vicios, es decir de error, dolo, violencia o intimidación. Yupari incide especialmente en el aspecto del error y observa que la ignorancia o ausencia de todo conocimiento está equiparada al error o consentimiento equivocado, razón por la cual se deberá verificar el entendimiento del acto para no incurrir en error por ignorancia de la ley, que lo haría anulable. Se debería tomar en consideración la existencia de un conocimiento mínimo de las normas imperantes y el grado de contacto de los grupos indígenas contratantes. La celebración de acuerdos para autorizar el uso de sus tierras, tendría que hacerse con grupos cuyo entendimiento de los patrones jurídicos convencionales sea evidente, entendiendo con esto que tengan una organización similar a la de las comunidades nativas inscritas en los Registros Públicos, lo que permite presumir cierta comprensión de los valores jurídicos imperantes y un grado de contacto significativo con la sociedad nacional (1997b:8-9).

La consultora legal de Shell invoca el Convenio 169, pero solamente para decir que no se debe privar a los grupos indígenas de la Reserva del derecho a la libre contratación que corresponde a todos los ciudadanos, lo cual en el caso concreto significa «poder autorizar libremente el uso de sus tierras» (Ibíd.:10). Tanto en la introducción como en las conclusiones, apela al Estado para que:

[44] SPDP: *Nota Informativa No. 8,* 31 de julio de 1997.

> «defina la situación territorial de algunos grupos indígenas de dicha reserva que evidencian claramente un proceso de contacto intermitente y avanzado con otros integrantes de la sociedad. ... El Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT) debe considerar la posibilidad de iniciar el proceso de demarcación y titulación formal del área de tierras reservadas que les corresponde a los grupos Serjali, Montetoni y Patzani; los mismos que ya evidencian condiciones de mayor contacto y sedentarización» (Ibíd.:1, 12)

De la lectura del Informe Legal se desprende que la argumentación se basa principalmente en el concepto de 'los grados de contacto' que supuestamente presentan determinados grupos indígenas frente a la «sociedad nacional»; se mencionan las categorías de «contacto intermitente» y «avanzado» y se habla de la no existencia de grupos «nómades» lo que corresponde a grupos «no contactados» o «aislados» según la terminología de Zarzar (1996). En la medida que faltan definiciones de los conceptos empleados tanto en Zarzar como en Yupari, es necesario remitirse a otros autores.

Ribeiro (1973) señala que las categorías de *aislados, contacto intermitente, contacto permanente* representan etapas sucesivas de la integración de las poblaciones indígenas en la sociedad nacional. Aplicado al caso de la amazonía peruana, Ribeiro y Wise han elaborado las siguientes definiciones de los *grados de integración*:

- *Aislados*: grupos que se retiraron después de haber experimentado contactos con la cultura occidental, que viven de su propio trabajo y mantienen plena autonomía cultural.
- Los grupos que tienen *contactos esporádicos* con la cultura occidental mantienen cierta autonomía y se proveen de subsistencias siguiendo métodos tradicionales.
- Grupos que están en *contacto permanente* con la civilización occidental, han perdido su autonomía económica y parte de su autonomía sociopolítica (1978:22-23).

Según los autores citados, la integración es un proceso que se realiza en etapas, es decir que un determinado grupo de personas no puede saltar de una etapa a otra en unos pocos meses. ¿Como se puede afirmar que grupos de Kugapakori que han vivido aislados, manteniendo plena autonomía cultural, pasan a la etapa de *contacto intermitente,* inmediatamente cuando llegan o son llevados al puesto del ILV en *Montetoni*?

Los conceptos *grados de contacto* o *grados de integración* son propios de la teoría de integración que regía para el Convenio 107 de la OIT. Sin embargo, este Convenio contenía normas de protección para evitar la integración forzada:

> «Deberá excluirse el recurso a la fuerza o a la coerción como medio de promover la integración de dichas poblaciones en la coletividad nacional.» (Art. 2.4.)

El actual Convenio 169 de la OIT no postula a la integración de la población indígena, sino al respeto de la integridad de los pueblos indígenas con sus territorios.

Por lo tanto, no es lícito remitirse a los conceptos de integración propios del Convenio 107, ya que éste señala que la ratificación del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata del convenio anterior (Art. 36). El desconocimiento de los derechos posesorios del pueblo indígena en su conjunto y la demarcación de pequeñas parcelas, dividiendo el pueblo en fracciones de acuerdo a su «grado de contacto» está en contradicción con el postulado del Convenio 169. El reconocimiento de los derechos de posesión y propiedad de los territorios indígenas debe ser permanente y no provisional condicionado por el proceso de integración.

El Convenio 169 estipula que las consultas a los pueblos indígenas deben hacerse a través de sus instituciones representativas (Art. 6.1.a). ¿Un grupo como Serjali obligado a nuclearse alrededor del puesto del ILV como consecuencia del contacto etnocida, puede considerarse representativo para el pueblo Nahua que mantiene su autonomía cultural? La consultora legal de Shell argumenta que mediante la cesión en uso de su territorio ancestral a la empresa petrolera, los miembros de los pueblos indígenas de la Reserva estarían gozando en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás ciudadanos, de conformidad con el artículo 2.2.a) del Convenio 169; y que ello sería compatible con el respeto a sus costumbres y tradiciones (Art. 2.2.b). De esta manera está tergiversando los objetivos del Convenio que prevé medidas especiales para salvaguardar las culturas y medio ambiente de los pueblos indígenas (Art. 4.1) en situaciones de evidente desigualdad. La discriminación no consiste en negar a los indígenas la negociación de sus tierras ancestrales, como afirma la consultora legal, sino en la obligación de hacerlo, despojándolos de sus medios de subsistencia. El derecho de contratar libremente supone la existencia de partes iguales, los términos del contrato no pueden estar limitados de antemano por la parte mas fuerte. Sin embargo, en este caso hay una sola opción de contrato, la de «autorizar el uso de sus tierras». Si se excluye la opción de «desautorizar el uso de sus tierras», ¿de qué libertad de contratación se puede hablar?

Es erróneo pensar que los Nahua y Kugapakori se beneficiarían integrándose a comunidades nativas existentes y/o formando una que otra comunidad nativa nueva, a fin de que puedan participar en la «negociación» con la Shell. La única beneficiaria sería la compañía petrolera que al despoblarse la Reserva puede operar allí sin tener que respetar a nadie, más aún cuando como paso siguiente se anula jurídicamente la Reserva por haber cumplido con sus objetivos de integración. Por ejemplo, en caso de demarcarse como comunidad nativa a *Montetoni*, el organismo estatal encargado le demarcaría unas 12,000 hectáreas que correponden al 3 % del área de la Reserva[45]. Como sostiene Helberg, debe reconocerse la totalidad de los territorios indígenas y adecuarse el uso de los recursos naturales de modo que se pueda salvaguardar los derechos humanos de quienes tienen más derechos que cualquier otro sobre su territorio tradicional (1988:16).

Fuentes documentales

ARIAS CALDERÓN, Jorge E. *Autonomía y Territorio de las Comunidades Indígenas en la Constitución Colombiana.* Ponencia: Encuentro de Latinoamericanistas, Madrid, octubre, 1997.

EL PERUANO, Edición Oficial. *Decretos Legislativos 1991. Texto sumillado y concordado de los Decretos Legislativos dictados al amparo de la Ley 25327.* Editora Perú S.A.-Diario «El Peruano», Segunda Edición, Lima-Perú, 1992.

HELBERG CHAVEZ, Heinrich y RUIZ PEREYRA, Gustavo. «Hacia una filosofía para el Parque Nacional del Manu» en: *Parques y Poblaciones Indígenas, Extracta Nº 7,* CIPA-Cultural Survival Quarterly, Lima, 1988.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Convenio Nº 107 Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes. Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.* IIDH, San José, Costa Rica, 1993.

MENDEZ, Luis G. Calixto. «Implicancias de la sedentarización de los Matsés de ribera entre cazadores y agricultores» en: *Extracta Nº 5,* CIPA - Cultural Survival Quarterly, Lima, 1986, pp. 27-32.

MINISTERIO DE AGRICULTURA. *Legislación Peruana de Tierras de Montaña.* Edición Oficial. Lima, 1956.

MORCILLO, Pedro Pablo. *Legislación y Aspectos Institucionales Ambientales de algunos países miembros prestatarios del BID.* Banco Interamericano de Desarrollo, Comité de Medio Ambiente, Washington D.C., 1988.

PONCE DE LEÓN, Francisco. «Legislación relativa a las Poblaciones Indígenas Selvícolas» en: *PERU INDIGENA*, Órgano del Instituto Indigenista Peruano, Vol. V, Nº 13, diciembre, 1954; pp. 22-32.

RENARD CASEVITZ, France-Marie. «Contrasts between Amerindian and Colonist Land Use in the Southern Peruvian Amazon (Matsiguenga Area)» en: *Land, People and Planning in Contemporary Amazonia.* Editor: Françoise Barbira-Scazzocchio, Centre of Latin American Studies, Occasional Publication Nº 3, Cambridge University, 1980, pp. 250-252.

RIBEIRO, Darcy. *Las Fronteras Indígenas de la Civilización,* Siglo Veintiuno Editores S.A., 2da edición en español, México, 1973.

RIBEIRO, Darcy y WISE, Mary Ruth. *Los Grupos Etnicos de la Amazonía Peruana,* Instituto Lingüístico de Verano, Ministerio de Educación, 1978.

RIVERA CHÁVEZ, Lelis. *El área de influencia del Proyecto Gas de Camisea. Terri-torio Indígena.* Centro para el Desarrollo del Indígena Amazónico (CEDIA), Cusco, abril, 1991.

ROLDAN ORTEGA, Roque. «El problema de la legalidad en la tenencia de la tierra y el manejo de los recursos naturales en territorios indígenas en regiones de selva tropical de Suramérica» en: *Derechos Territoriales Indígenas y Ecología en las selvas tropicales de América.* Bogotá, CEREC-Fundación GAIA, 1992, pp. 37-74.

ROSENGREN, Dan. *Historia y Representatividad en la Política Matsiguenga*, Ponencia: 49 Congreso Internacional de Americanistas, Quito, 7-11 julio, 1997.

SHELL PROSPECTING AND DEVELOPMENT (PERU) B.V. (SPDP)

a) *Proyecto Camisea, Perú.* Nota Informativa N° 7, 13 de mayo, 1997.

b) *Proyecto Camisea - Informe sobre el Desarrollo completo de los Yacimientos y Actualización sobre las Operaciones en curso.* Nota Informativa N° 8, 31 de julio, 1997.

c) *Estudio de Impacto Ambiental de los Pozos Exploratorios Pagoreni/San Martín Este*, Informe Final ERM Perú S.A, agosto, 1997.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. *Código del Medio Ambiente actualizado, concordado y comentado.* Lima, diciembre, 1992.

YUPARI AGUADO, Anida Rosaura

a) *Los derechos de las comunidades nativas en las legislaciones nacional e internacional y su relación con la Ley de Hidrocarburos.* Consultora Legal: Informe para Shell Prospecting and Development (Peru) B.V., Gerencia de Salud, Seguridad y Medio Ambiente. Documento N°: SPDP-97-020, Lima, abril, 1997.

b) *Suscripción de Acuerdos con los Grupos Indígenas de la Reserva Territorial del Estado a favor de los Grupos Etnicos Kugapakori y Nahua.* Consultora Legal: Informe Final para Shell Prospecting and Development Peru B.V. Gerencia de Salud, Seguridad y Medio Ambiente. Documento N°: SPDP-97-021, Lima, julio, 1997.

c) *El derecho de participación y la consulta.* Consultora Legal: Informe Final para Shell Prospecting and Development (Peru) B.V., Gerencia de Salud, Seguridad y Medio Ambiente. Documento N°: SPDP-97-022, Lima, setiembre, 1997.

ZARZAR, Alonso

a) *Radiografía de un contacto: Los Nahua y la Sociedad Nacional.* En: Amazonía Peruana. 1997, Nº 14; pp. 91-113.

b) *Preparación previa al viaje y Guía para un plan de respuestas en caso de contacto con población indígena aislada Nahua, Kugapakori o Matsiguenga. Para Supervisores de Campo de Shell y Contratistas.* Shell Prospecting and Development (Perú), Documento N°: SPDP-PD-96-004, noviembre, 1996.

La contaminación marina *

Germán Núñez Palomino

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO. II. LA ONU Y EL MEDIO AMBIENTE. III. LA CONTAMINACIÓN EN EL CALLAO. IV. LOS AGENTES CONTAMINANTES. V. UNA PREOCUPANTE REALIDAD. CONCLUSIONES. SUGERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

Actualmente el problema de la contaminación ambiental se ha agravado y adquirido proporciones dramáticas, tanto por su intensificación como por su extensión geográfica. Antes, las zonas contaminadas eran muy reducidas con relación a la totalidad de la tierra disponible; ahora tienden a cubrir el planeta entero y se puede encontrar DDT y otros elementos contaminantes hasta en las nieves de Alaska. Lo mismo puede decirse, con mucho mayor énfasis, de la contaminación oceánica por diversidad de factores.

Es posible que ya antes hubiera en las desembocaduras de los ríos zonas bastante contaminadas por los desechos industriales, pero nunca mereció atención suficiente como para detectar oportunamente tanto sus orígenes como sus riesgos.

El hombre va camino de envenenar todo el planeta sin dejar refugio para una reserva de vida y salud. La degradación y depredación del medio ambiente se ha convertido en uno de los fenómenos esenciales de nuestra moderna y soberbia civilización. La humanidad se autodestruye. Los mares ocupan la mayor parte de la superficie de nuestro planeta y, al mismo tiempo, lamentablemente la incuria del hombre los ha convertido en una de las zonas más contaminadas.

Cuando se piensa en «contaminación marina» siempre se trae a la mente las imágenes de aves, peces y otros ejemplares de la fauna oceanográfica agonizantes o muertos y arrastrados por las olas a las orillas de las playas. Asimismo, se nos aparece en la memoria costas ennegrecidas por los derrames de crudo que voluntaria o accidentalmente arrojan los gigantescos buques-cisterna; pero el petróleo no es el único contaminante que afecta al mar, existen otros que son también causantes de la degradación del medio marino

* El presente trabajo es parte de la tesis doctoral del autor titulada «Diagnóstico de la Administración Ambiental Marítima en la Provincia del Callao».

La vida moderna nos enfrenta con fenómenos que revisten gran diversidad e intensidad, lo que obliga a tomar conciencia que es necesario un gran esfuerzo de imaginación para, al mismo tiempo, medir la gravedad de la contaminación provocada y analizar las consecuencias que ella representa para el futuro de nuestra civilización y las generaciones venideras de tal manera que, con decisión y oportunidad, puedan aplicarse los ajustes necesarios para controlar con efectividad la situación de deterioro que irresponsables acciones humanas generan, muchas veces en forma irreversible, en el ambiente natural que nos circunda.

Hoy sabemos, porque se nos repite en todos los tonos a través de los medios masivos de comunicación social, que los dones que nos ofrece la naturaleza son agotables y, por tanto, la entrega gratuita que ella brinda conlleva un compromiso moral de cautelar su existencia; no somos dueños del entorno natural sino solamente sus depositarios y custodios, con la misión de entregarla incólume a nuestros hijos y a los hijos de nuestros hijos. La fragilidad del equilibrio ecológico es muy delicada y se encuentra siempre en permanente riesgo de ser alterada, posibilidad que tenemos el deber de evitar tomando conciencia de nuestra realidad actual y de las acciones que debemos emprender para lograr el éxito esperado.

Nuestro objetivo en estas líneas, no obstante considerar que no cubre en forma absoluta la diagnosis ni la terapia pertinente, es estudiar los principales agentes contaminantes del medio marino en general, y a lo largo de las costas de la Provincia Constitucional del Callao en particular.

Como en ninguna otra época de la historia, los humanos hemos desarrollado una espectacular capacidad de modificar el medio ambiente para adaptarlo de mil maneras a la satisfacción de nuestras crecientes necesidades; pero, y eso es lo lamentable, paralelamente también ha aumentado —en la misma o mayor medida— las posibilidades de destrucción, deterioro y hasta desaparición del entorno natural al punto que tan nociva política ha comenzado a mermar considerablemente las posibilidades de alcanzar los mínimos objetivos de protección que se han propuesto para, sin descuidar el progreso ni el desarrollo natural de la especie humana, proteger adecuadamente nuestra invalorable herencia ecológica.

La Provincia Constitucional del Callao no está libre de este problema; por el contrario, factores totalmente negativos —como la falta de cultura y educación de nuestra ciudadanía, aunada a la mala o inexistente gestión ambiental— han hecho que las dimensiones del daño causado alcance niveles de gravedad verdaderamente preocupantes, reflejándose particularmente en la contaminación marina. No se puede dejar de reconocer que esta dolorosa realidad es consecuencia directa de la modernidad, habida cuenta que no es otra cosa que el corolario de la importancia que los hombres del siglo XIX brindaron al progreso humano sin la contrapartida de evaluar las relaciones entre Hombre y Naturaleza.

En nuestra patria, al igual que en otras naciones preocupadas por cuidar y salvaguardar el equilibrio ecológico, la Constitución de 1993 actualmente vigente estipula claramente en su Título III «Del régimen económico», Capítulo II «Del ambiente y los recursos naturales», Arts. del 66 al 68, textualmente lo siguiente:

> «**Art. 66**.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento».
>
> «Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal».
>
> «**Art. 67**.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales».
>
> «**Art. 68**.- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas»[1].

Frente esto, sólo cabe una posibilidad. Siendo la Constitución la norma suprema de imprescindible cumplimiento en cualquier Estado de Derecho, no hay otra alternativa que asumir el verdadero estado de la situación en forma consciente y preocuparnos no solamente por el nivel y calidad de vida que el progreso y la modernidad nos ofrece, debemos otorgar al entorno ecológico la importancia que tiene considerando que está íntimamente relacionado con nuestra propia supervivencia sobre la faz del planeta Tierra, único hogar del universo que —por el momento— nos es posible ocupar.

I. LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO

La Provincia Constitucional del Callao está ubicada en la parte centro occidental del departamento de Lima, entre las coordenadas geográficas relativas 12º 3' 23" y 77º 3' 40" considerando la zona insular. El territorio limitado por ellas comprende superficies de la faja costera continental e incluye los deltas de los ríos Rímac y Chillón, presentando un terreno plano sin mayores accidentes que mide aproximadamente 38 Km. de longitud litoral.

En el aspecto político, el Callao ostenta la condición de Provincia Constitucional con rango de departamento, razón por la cual uno de sus funcionarios es el Prefecto en su calidad de representante del jefe de Estado. Con relación al aspecto administrativo, está dividida de la siguiente manera: Cercado del Callao y los distritos de Bellavista, La Punta, La Perla, Carmen de La Legua-Reynoso y Ventanilla, así como las islas ubicadas frente a sus costas entre las cuales hay que mencionar San Lorenzo y El Frontón, y los islotes de Hormigas de Afuera, Palomino y Roca Horadada.

El Callao es una de las principales y más pobladas zonas del país y alcanza una densidad promedio de 51,97 hab/Km^2, magnitud poblacional que genera graves problemas, y no solamente en cuanto a la distribución de recursos y servicios sino a la aplicación de sistemas que permitan una eficiente eliminación de desechos, tanto los propios de cualquier centro urbano como aquellos que origina la industria. Conside-

[1] Constitución Política del Perú, 1993.

rando que nuestro clima significa que contamos con una atmósfera termoestable la mayor parte del año, los desechos antes mencionados han convertido al primer puerto de la República en una de las ciudades de mayor contaminación atmosférica, con valores que superan ampliamente las 5 tm/Km^2/mes.

1.1. No quisiéramos entrar directamente al diagnóstico del problema sin dejar perfectamente en claro que, tanto para evaluar la contaminación ambiental como para establecer las distintas acciones que impidan un mayor deterioro y reviertan la preocupante realidad que actualmente afecta al mundo entero, la legislación peruana en particular y las normas que obligan a las naciones del orbe por ineludible mandato de los organismos internacionales de los que forman parte, en general, constituyen el suficiente marco jurídico para lograr los objetivos que podrían representar la sobrevivencia de la especie humana sobre la faz de la Tierra.
La Organización de las Naciones Unidas define así el término «Contaminación marina»:

> «La Contaminación del mar consiste en la introducción por el hombre en el medio marino directa o indirectamente sustancias o energías, las cuales pueden tener efectos nocivos tales como:
>
> - Daños a los recursos biológicos, peligro para la salud humana, impedimento de las actividades marítimas, incluyendo la pesca, deterioro de la calidad del agua del mar desde el punto de vista de su utilización, y reducción de las posibilidades ofrecidas en el campo de la recreación».

Como vemos, la ONU se refiere específicamente a lo que denomina «sustancias y energías» de efectos nocivos que, en el caso del Callao, están representadas por aguas residuales altamente contaminadas, subproductos industriales, sustancias radio activas, relaves mineros, desechos pesqueros, etc.

En cuanto a nuestra legislación, no faltan normas a las cuales recurrir en los casos que se detecte atentados contra la ecología y el medio ambiente, ya que contempla un extenso abanico de posibilidades respecto a derechos y obligaciones sobre el particular. Veamos algunos ejemplos.

El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales puntualiza que toda persona tiene el irrenunciable derecho a gozar de un entorno saludable, ecológicamente equilibrado y, por ello, propicio para el desarrollo de la vida, y señala que es deber de todos conservar ese ambiente incontaminado. En cuanto a lo que corresponde al Estado sobre este tema, indica que tiene la insoslayable obligación de mantener la calidad de vida de sus ciudadanos a un nivel compatible con la dignidad que les corresponde en su condición de seres humanos y, por tanto, debe ser el primer interesado en que se adopten las medidas que proteja adecuadamente el equilibrio ecológico; esta obligación no se limita a la prevención y control de la contaminación ambiental, incide en detectar con oportunidad los procesos de deterioro y/o depredación de los recursos naturales que atentan contra toda forma de vida.

Siendo el medio ambiente y sus recursos patrimonio de la Nación en su conjunto, la protección y conservación de los mismos es de interés social y utilidad pública, por lo cual nadie puede negar su concurso en caso de ser requerido.

La voz de alarma en circunstancias lesivas para el entorno ecológico no necesariamente debe provenir de organismos privados o públicos, toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante cualquier tribunal de justicia en defensa del medio ambiente aun en casos en los que ni el denunciante ni su familia resulten directamente afectados porque, como el territorio de la República comprende su patrimonio ambiental, la protección del entorno es un derecho ciudadano que la ley consagra[2].

Por tanto, ninguna consideración o circunstancia pueden legitimar o excusar acciones que pudieran implicar el exterminio de especies o sub especies vegetales o animales. De acuerdo a esto, el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética y la utilización racional de las especies, de los ecosistemas y de los recursos naturales renovables en general, es de carácter obligatorio.

El aprovechamiento de los que no son renovables debe efectuarse en condiciones compatibles con la capacidad de depuración o recuperación del ambiente y de su regeneración en los casos de sobre-explotación.

Otras normas señalan que la política ambiental debe tener como objetivo la protección y conservación del medio ambiente y que su diseño, formulación y aplicación deben procurar ineludiblemente metas concretas como son, por ejemplo:

1.1.1. La conservación del medio ambiente y de los recursos naturales para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las presentes y futuras generaciones, dejando de cargo del Estado la promoción del equilibrio dinámico entre el desarrollo socio-económico, la conservación y el uso sostenido del ambiente y de los recursos naturales.

1.1.2. La orientación de la educación ambiental a fin de alcanzar el desarrollo del país, entendido como el uso de la biósfera por el ser humano de tal manera que produzca el mayor beneficio para las generaciones actuales, manteniendo su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras.

1.1.3. El aprovechamiento de los recursos naturales y los demás elementos ambientales de modo compatible con el equilibrio ecológico y el desarrollo en armonía con el interés social.

1.1.4. Efectuar las acciones de control de la contaminación ambiental, muy especialmente en las posibles fuentes emisoras. Los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental se han normado que corren a cargo del causante del perjuicio.

1.1.5. Tomar en cuenta que el ambiente no sólo constituye un sector de la realidad nacional, sino un todo integral de los sectores y actividades humanas. En tal

[2] TRAZEGNIES, Fernando de. «Al borde del Abismo». En *Derecho y Ambiente*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP e IDEA-PUCP, 1997.

sentido, las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos globalmente, y al más alto nivel, como asuntos prioritarios de política general, no pudiendo ninguna autoridad eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la conservación del medio ambiente y los recursos naturales.

1.1.6. Velar que las actividades que se lleven a cabo dentro del territorio nacional, y en aquellas zonas donde ejerce soberanía y jurisdicción el Estado peruano, no afecten el equilibrio ecológico de otros países o de jurisdicción internacional. Asimismo, la actividad del Estado debe estar dirigida a custodiar que las actividades que se efectúen en áreas donde no ejerce soberanía ni jurisdicción no afecten el equilibrio ecológico del país.

Incluso se ha establecido que el régimen tributario debe garantizar suficientemente la efectiva conservación del medio ambiente y los recursos naturales, su recuperación de haber sido afectados, y la adecuada promoción que signifique su incremento.

Como parte importante, nuestro objetivo pretende precisar la dinámica que presentan los fenómenos contaminantes, incidiendo específicamente en aquellos que ocurren con mayor frecuencia.

II. LA ONU Y EL MEDIO AMBIENTE

Conviene recordar que la Proclama de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo —reunida en Río de Janeiro, Brasil, entre el 3 y el 14 de junio de 1992— recordó al mundo principios básicos que siempre es conveniente tener presentes. Dicho documento puntualiza una vez más que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y, en consecuencia, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Es por este principio que los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y también la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o zonas que se encuentren fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Se entiende, entonces, que este derecho debe ejercerse en forma tal que también responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. A fin de alcanzar este propósito, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso y no podrá considerarse en forma aislada.

Por todo lo expuesto hasta aquí es que se recomienda a las autoridades nacionales no escatimar ningún esfuerzo en procura de fomentar la urgente internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos comunes teniendo en cuenta el criterio que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación por elemental sentido de justicia y por respeto al interés público, sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

Debería emprenderse, asimismo, una evaluación del impacto ambiental —en calidad de instrumento nacional— respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente ha de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

Declaran las Naciones Unidas en el referido documento que las mujeres desempeñan un papel fundamental en la custodia del medio ambiente y en el proceso de crecimiento nacional autosostenido. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr los objetivos propuestos. Como felizmente vivimos una etapa en la cual cada día se valoriza más la importancia de la presencia femenina en distintos ámbitos, no será dificil lograr su concurso en las campañas que se emprendan con tan plausible finalidad.

Igualmente, debería movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el progreso y asegurar un mejor futuro para todos.

Las poblaciones indígenas y sus agrupaciones locales desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses, y hacer posible su participación efectiva en el logro de los propósitos que nos interesan a todos sin excepción.

La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo integral. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de Derecho Internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior estabilidad y/o crecimiento según sea necesario. Naturalmente que lo ideal sería que no existieran conflictos bélicos, pero esta utopía —muy lamentablemente— todavía parece lejana y difícil de alcanzar a corto y mediano plazo. La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.

Además de lo consignado con respecto a la evaluación del impacto de todo origen, y especialmente en cuanto a procurar reducir al mínimo el que fuera adverso contra el medio ambiente, cada Estado debería adoptar inmediatas acciones que se traduzcan, por ejemplo, en iniciativas concretas como:

2.1. Establecer procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de los proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica, con miras a evitarlos o reducirlos al mínimo y, cuando proceda, permitir la participación del público en estos procesos.

2.2. Concretar acuerdos apropiados para asegurarse que se tengan debidamente en cuenta las consecuencias ambientales de los programas y políticas que puedan tener connotaciones negativas considerables para el entorno ecológico.

2.3. Promover, con carácter recíproco, la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que visiblemente tendrían efectos adversos de consideración para la diversidad biológica de

otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional, alentando la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales según proceda.

2.4. En caso que se originen peligros inminentes o graves para la diversidad biológica, daños en el medio ambiente en la zona bajo la jurisdicción de otros Estados o más allá de los límites de la jurisdicción nacional, notificar inmediatamente a los Estados que puedan verse afectados por esos peligros o daños, además de iniciar medidas para prevenirlos o reducirlos al mínimo.

2.5. Promover acuerdos nacionales sobre medidas de emergencia relacionadas con actividades o acontecimientos naturales o de otra índole que entrañen graves e inminentes peligros para la diversidad bilológica, así como apoyar la cooperación internacional para complementar esas medidas nacionales y, cuando proceda y con el acuerdo de los Estados o las organizaciones regionales de integración económica interesados, establecer planes conjuntos para situaciones imprevistas que se traduzcan necesariamente en beneficios y éxitos compartidos internacionalmente, de manera que todas las latitudes de nuestro planeta resulten altamente beneficiadas con este tipo de iniciativas[3].

Las Conferencias que periódicamente celebren las naciones genuinamente comprometidas en la preservación, salvaguarda y recuperación del medio ambiente deteriorado, así como interesadas en el mantenimiento del equilibrio ecológico, deberían examinar, sobre la base de estudios que habrán de llevarse a cabo, la cuestión de la responsabilidad y reparación del impacto negativo perpetrado e, incluso, respecto del restablecimiento y la indemnización que corresponda por los daños causados, salvo cuando esa responsabilidad sea una cuestión puramente interna.

Como se puede apreciar, no es sustento legal lo que se requiere para la adecuada protección del medio ambiente ya que existe, lo que hace falta es la decisión política de las autoridades pertinentes y la convicción ciudadana que haga posible la observancia de esta legislación que, además de su trascendencia para proteger el hogar planetario en el que vivimos, excede el ámbito nacional por cuanto en su dictado y cumplimiento ha intervenido el organismo internacional de mayor prestigio, la Organización de las Naciones Unidas.

III. LA CONTAMINACIÓN EN EL CALLAO

Si esto es válido en lo genérico, en nuestro caso lo que interesa es ocuparnos específicamente de la Provincia Constitucional del Callao, del impacto negativo que la contaminación ambiental y de las aguas ha generado en su jurisdicción, de los agentes contaminantes que más inciden en el deterioro cada vez más notorio de su equilibrio ecológico, y de las acciones que deben adoptarse sin pérdida de tiempo para revertir esta preocupante realidad.

[3] Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio de 1992.

3.1. Quizá el agente contaminante que durante mayor tiempo ha afectado las costas chalacas, y del cual casi no nos percatamos por cuanto lo soportamos desde hace generaciones, es la omnipresencia de microorganismos —bacterias, virus, etc.— provenientes de las heces fecales que los desagües de Lima y Callao vierten en distintos puntos del litoral chalaco; es por demás sabido que estos residuos permanecen mayormente en la superficie siguiendo las corrientes o depositándose en las playas. La poca densidad de estos residuos se manifiesta en su mantenimiento en las capas superficiales del mar y a capricho de los vientos que sobre ella soplan, lo cual representa un riesgo de gran magnitud no solamente para la riqueza ictiológica que atesoran nuestras aguas marinas sino que es una amenaza latente contra la salud de los cientos y miles de personas que, en toda época del año, gozan de la práctica de los deportes náuticos y de quienes acuden a refrescarse en las playas ribereñas en la temporada veraniega.

3.2. A veces pasa desapercibido que el peligro para la salud pública no solamente radica en enfermedades de la piel tan comunes —sobre todo en los niños— sino, fundamentalmente, por la ingesta de productos marinos contaminados con el resultado de la aparición de diversas enfermedades de origen viral o bacteriano. Es fácilmente comprensible que las especies marinas de todo tipo como peces, moluscos, cefalópodos y crustáceos —de consumo masivo entre la población chalaca— se encuentren contaminados por lo que, al ser ingeridos —muchos de ellos crudos o semicocidos— por personas de toda edad y condición, se constituyan en un peligro latente de incalculables y nocivas consecuencias. Debe distinguirse lo que es la contaminación física directa, como la que sufren los bañistas que acuden a las playas que, en el peor de los casos, es un riesgo menor que no obstante debe ser considerado; de la llamada contaminación química, de connotación mucho mayor por cuanto abarca un amplio espectro de enfermedades que van desde la súbita intoxicación con distintos niveles de gravedad hasta enfermedades como la fiebre malta, la tifoidea, el cólera y distintas manifestaciones de fiebres tíficas y paratíficas.

3.3. Esta contaminación química también representa un atentado contra la ecología porque altera, disminuye y hasta puede hacer desaparecer la biomasa marina, con lo cual —además de la pérdida económica que ello representaría tanto para el Estado como para los inversionistas pesqueros— eliminaría la posibilidad de ofrecer una adecuada alimentación a las grandes mayorías nacionales.

En consecuencia, la toxicidad de las aguas marinas —por acción de los microorganismos que flotan en su superficie al desembocar los tubos de desagüe provenientes de centros urbanos densamente poblados— no solamente es un peligro omnipresente que atenta contra la salud pública sino que además provoca un deterioro ecológico que —pudiendo llegar a ser irreversible— representaría la existencia de diversos males de catastróficas consecuencias para la población.

IV. LOS AGENTES CONTAMINANTES

Es a todas luces evidente que primero tenemos que procurar la identificación de los problemas de contaminación marina que afecta las costas del Callao, para seguidamente intentar el correspondiente diagnóstico y luego sugerir la terapia que represente su posible solución.

Para nadie es un secreto que las aguas que bañan el litoral chalaco están sometidas al influjo de diversos agentes contaminantes entre los cuales destacan los que a continuación se mencionan, dejando constancia que no son los únicos.

4.1. Ya nos hemos ocupado suficientemente de los microorganismos que proliferan en la superficie marina debido a la contaminación que producen los desagües que desembocan en sus playas, por lo cual pasamos a los otros que sin duda también merecen nuestra atención.

4.2. El río Rímac, cuyo delta se extiende en la ribera norte de la Provincia Constitucional del Callao, tiene sus orígenes en las estribaciones de la Ceja de Sierra correspondiente a la parte central de la Cordillera Occidental de los Andes; durante su recorrido recibe en sus aguas relaves de diferentes centros mineros así como desechos y residuos químicos de distintas industrias ubicadas en sus márgenes. Esta desidia causa que su caudal contenga altos índices de contaminantes metálicos como fósforo, cobre, fierro, plomo, etc. que, al desembocar en el mar, contribuyen a su deterioro y contaminación.

4.3. Al interior de la rada misma del puerto del Callao, encerrada por molones, se encuentran los muelles y espigones donde acoderan barcos de distinto tonelaje provenientes de todas partes del mundo. Salvo por el lento movimiento del flujo y reflujo de las mareas, las aguas de la rada registran un movimiento sumamente lento en lo que se refiere a su renovación; las naves, tanto nacionales como extranjeras, inmóviles por sus labores de carga y descarga, arrojan al mar residuos orgánicos de todo tipo, productos químicos utilizados en la limpieza de sus distintos espacios y cubiertas así como restos de combustibles y lubricantes, todo lo cual permanece flotando en la superficie. No debemos olvidar que en un ámbito de la rada se ubica el Terminal Pesquero, quizá el factor contaminante de mayor incidencia por su alto contenido de desechos orgánicos —sanguasa, vísceras y carne de pescado en distintos estados de putrefacción, defecaciones de aves guaneras, etc.— así como altos índices de cobre, plomo, fierro y fósforo.

4.4. Algo similar, pero de menores efectos negativos, ocurre en la bahía; los barcos de gran tonelaje anclados frente al Callao, las lanchas de la numerosa flota pesquera que al terminar sus labores de descarga se agrupan fuera de la rada, y las propias unidades de la flota de nuestra Marina de Guerra surtas en el puerto son, quiérase o no, factores contaminantes cuyos residuos generalmente terminan depositados en las playas por acción de las olas y mareas.

4.5. Es costumbre en ciudades de costas abiertas, como es el caso del perímetro urbano del Callao y de algunos de sus distritos, la existencia de numerosos restaurantes

y negocios afines que ofrecen a los turistas y visitantes ocasionales servicios que, luego, se reflejan en la contaminación de las aguas al volcar en ellas los residuos orgánicos que necesariamente producen.

V. UNA PREOCUPANTE REALIDAD

De acuerdo a lo anterior, ya podemos visualizar un panorama en cuanto a la contaminación de las aguas marinas a lo largo del litoral chalaco por acción directa de las industrias pesquera, minera y siderúrgica, además de la gran concentración de desechos domésticos por descarga de los colectores de desagüe; añádase a esto el aumento de la contaminación al desembocar el Rímac portando en su cauce alta concentración de pesticidas, detergentes, relaves metálicos y otros desechos de diverso origen, y tendremos una visión de conjunto con relación a la gravedad de la situación imperante.

Algunos estudiosos de este problema han coincidido en señalar al Callao como ocupante de la poco envidiable posición de ser una de las áreas de mayor contaminación de toda la costa peruana por la peligrosa concentración de actividades portuarias, desagües urbanos e industriales, descarga fluvial, etc., que deterioran en alto grado sus aguas marinas.

Los principales agentes contaminantes son, evidentemente, las industrias; si a ellas se le suma la polución del aire por emisión de gases de combustión del parque automotor, básicamente el bióxido de carbono, provoca el incremento del llamado «efecto invernadero» que, en el Callao, es notable más aun cuando el viento lleva sobre la misma ciudad los nauseabundos olores que originan las fábricas de aceite y harina de pescado; el efecto invernadero, actuando como una gigantesca e invisible sombrilla, retiene los gases de combustión y el humo de las fábricas pesqueras provocando fuertes dolores de cabeza, sensación de fatiga y hasta asfixia —especialmente en niños, ancianos y personas que sufren alergias o insuficiencia respiratoria— como consecuencia de aspirar aire en un ambiente de alta contaminación.

Por si fuera poco, en las márgenes de los ríos Rímac y Chillón se ubican precarias instalaciones de vivienda y chancherías clandestinas que contaminan en gran medida los cauces fluviales cercanos a ellas con la consecuencia que, al volcar sus aguas al mar, contribuyen a aumentar su deterioro. La migración del campo a la ciudad durante los últimos años es tan evidente que nadie podría negarla, y el Callao no es una excepción al respecto; tan masivo y desmesurado crecimiento poblacional ha incrementado en gran medida las descargas orgánicas en los colectores de desagüe en los cuales también se vierte en gran escala los residuos industriales antes mencionados, todo lo cual hace del Callao —potencialmente una zona turística de múltiples atractivos— un área altamente contaminada que debería merecer preferente atención de quienes tienen la responsabilidad de hacer revertir esta preocupante realidad.

CONCLUSIONES

En cualquier lugar en el que se presenten problemas de contaminación ambiental de distinta magnitud, lo primero que es indispensable realizar es un análisis del tipo de

contaminación existente y un exhaustivo inventario de las fuentes que la originan, su localización y los niveles de daño que cada una provoca. Debe tenerse en cuenta que ningún programa de prevención y control de la salud pública, de promoción y modernización de la educación en todos sus niveles, y la dación de normas que supuestamente protegen y defienden los derechos ciudadanos, cumplirán cabalmente los objetivos que persiguen si previamente no se efectúa una campaña masiva de descontaminación ambiental que permita el desarrollo integral y adecuado de los habitantes de una determinada circunscripción territorial que, en nuestro caso, se refiere a la Provincia Constitucional del Callao.

Surge ya una primera Conclusión. Al igual que en todas las demás latitudes del planeta, el mayor factor contaminante es el hombre mismo por cuanto, creador de los avances técnico-científicos, día a día genera nuevas formas de deterioro sin que sus progresos y adelantos hayan previsto sistemas que eviten la creciente contaminación ambiental; la acción humana, además de lo que acabamos de mencionar, genera distintos grados de daño por los resíduos orgánicos sólidos, líquidos y gaseosos que emite en su cotidiana vida doméstica.

Otro de los mayores contaminantes es el petróleo. Con dolorosa periodicidad los medios masivos de comunicación social nos informan de derrames de este hidrocarburo causando verdaderas catástrofes ecológicas, y recientemente una de ellas amenazó las costas chalacas sin que felizmente se produjesen graves consecuencias. Como resultado de los avances científicos y tecnológicos a los que se ha hecho mención, se ha incrementado notablemente el uso del material plástico —obtenido por diversos procesos a partir de materias primas logradas gracias a la química orgánica— y muchos de esos artículos no son biodegradables, es decir, permanecen en el tiempo como factores dañinos al medio ambiente. Otros derivados de petróleo cuya incidencia negativa tiene fundamental importancia por sus altos índices de contaminación son los insecticidas, fungicidas y herbicidas de uso muchas veces indiscriminado tanto en la agricultura como en diversas industrias; la lluvia los deposita en la superficie, los conduce por arroyuelos a los ríos cuyos cauces los llevan hasta el mar, por lo que deben ser considerados como elementos que coadyuvan al deterioro de las aguas marinas afectando gravemente la fauna y flora que ellas contienen.

Esta realidad no puede ser negada por nadie que viva en el Callao o que conozca, aunque fuera someramente, el ambiente ecológico que lo circunda porque los daños que le han sido y le son inferidos aparecen por demás evidentes. Lo anterior no es un diagnóstico exacto, pero ofrece una aproximación suficientemente clara como para tener una idea de la magnitud del problema que nos ocupa.

El masivo incremento de la población urbana por la continua migración desde distintas zonas del interior y en especial de los más recónditos valles interandinos —fenómeno que se ha dado en llamar «migración del campo a la ciudad»— aunado a una creciente escasez de recursos hídricos que viene presentándose en las ciudades densamente pobladas como Lima y Callao, está fomentando el uso clandestino de los desagües domésticos, lo que reviste el gravísimo peligro que estas aguas servidas termi-

nen siendo volcadas en aquellas que se utilizan para el riego de las áreas agrícolas que, generalmente, tienen sembríos de panllevar cuando sus campos se ubican en la cercanía de las ciudades. Estos productos son ofertados en los mercados locales al término de sus respectivas cosechas, y su consumo por la población representa el peligro evidente de contraer enfermedades del tracto digestivo con graves consecuencias para los afectados.

SUGERENCIAS

Para evitar que esto ocurra, las autoridades responsables de cuidar la salud pública deberían establecer centros de tratamiento para que las aguas servidas, antes de ser utilizadas en el regadío agrícola, sean debidamente procesadas para eliminar de ellas todo rastro de gérmenes patógenos y de elementos químicos que impidan su uso, no sólo en el ámbito agrario, sino hasta para el consumo humano.

Si es importante la existencia de plantas de tratamiento para aguas servidas, tanto o más es el planeamiento para que las que en la actualidad recogen los colectores de desagüe —que concentran gran cantidad de contaminantes orgánicos y químicos que se vierten en el mar, además de los que llevan las aguas fluviales hacia el mismo destino— se vuelquen en puntos en los cuales las corrientes marinas no los conduzcan hacia las playas que circundan los centros poblados, procurando que parte de ellas sean adecuadamente tratadas para que atiendan las necesidades de líquido elemento que requieren las urbanizaciones periféricas, sin descuidar una severa política de vigilancia en aquellos centros industriales que se presume son los que con mayor incidencia contaminan los cauces de los ríos.

Todavía están en el recuerdo las numerosas muertes ocurridas hace muy pocos años por la presencia del «vibrio cholerae» entre nuestra población, en América y en el mundo, peste de la cual parece tuvimos el triste honor de ser causantes por la alta contaminación de nuestras aguas que facilitó la presencia de este virus patógeno en peces, mariscos, crustáceos, productos agrícolas, aguas supuestamente potables, etc. Ante esto, más que una sugerencia, habría que demandar de las autoridades pertinentes la inmediata ejecución de las acciones preventivas o correctivas, según sea el caso, que alejen la posibilidad que la población se encuentre inerme frente al imprevisto ataque de agentes contaminantes de diversa magnitud.

Algo similar ocurre con los productos químicos utilizados para combatir distintas plagas que dañan gravemente diferentes cultivos; en efecto, tanto los bactericidas como los variados fungicidas y herbicidas —sea que se apliquen en polvo o diluidos en agua— no solamente contaminan los alimentos sino que sus residuos son arrastrados a ríos o desagües para terminar su recorrido en el mar, afectando no solamente flora y fauna submarinas sino, lo que es más grave, haciendo desaparecer el zooplancton y el fitoplancton que constituyen la materia prima que hace posible la inmensa riqueza ictiológica del mar peruano. Si importante es la instalación de plantas de tratamiento de aguas servidas, como se ha mencionado en el párrafo anterior, tanta o más reviste la adecuada reglamentación que

norme el uso de pesticidas químicos considerando su altísima toxicidad, sin lo cual toda campaña que se emprenda para proteger la salud pública y el entorno ambiental será completamente inútil no obstante la ingente inversión que haya representado.

Finalmente las Municipalidades chalacas, cada una en su ámbito circunscripcional, deberían trazar lineamientos de política en salubridad y seguridad ambiental que no solamente disminuya la agobiante contaminación que existe en la actualidad sino que se proyecte a impedir que esos daños sigan ocurriendo. Recordando que la Provincia Constitucional del Callao se encuentra bajo la protección específica de la Marina de Guerra del Perú por las importantes instalaciones navales que existen en nuestro ámbito territorial, y habida cuenta que el mar constituye la razón de ser y existir de esta importante institución tutelar de la patria, podría coordinarse con los Altos Mandos para que sus efectivos coadyuven en el mantenimiento del equilibrio y adecuada conservación de las aguas marinas y de la gran diversidad biológica que ellas contienen.

Conviene tener presente que las políticas de prevención son siempre más efectivas y menos costosas que aquellas que es preciso emplear para controlar un problema. Por tanto, es necesario aplicar una eficiente gestión administrativa y modernas técnicas para trazar una planificación coherente que enfrente la crisis actual e impida su incremento futuro. La degradación del medio marino puede llegar al punto crítico de la irreversibilidad en breve lapso, lo que obliga a hacer una evaluación cualitativa del daño ambiental en aire, tierra y mar para así adoptar con oportunidad las medidas preventivas o correctivas que se consideren más idóneas.

No dejamos de considerar que esta sugerencia puede representar una inversión de tal magnitud que escape a las posibilidades económicas actuales, pero si consideramos que los factores contaminantes que más contribuyen, o que más han incidido en provocar esta crisis ambiental, son las grandes industrias, cada una de ellas —de acuerdo al porcentaje de contaminación que le corresponda al culminar un estudio evaluatorio— aporte una cuota por señalarse al Fondo que se establezca como necesario para enfocar y dar solución efectiva a este grave problema.

A las autoridades edilicias les corresponderá también hacer las inversiones que sean necesarias, no solamente para modernizar el antiguo y obsoleto sistema de desagüe que tenemos actualmente, sino para que este servicio alcance a todos los Asentamientos Humanos que rodean al Callao. Hemos utilizado conscientemente la palabra inversión, no la palabra gasto, debido a que el gasto se pierde mientras que la inversión representa que —a futuro— se tendrán utilidades que, en este caso específico, se contabilizarán en una adecuada salubridad pública y un manejo integral y cuidadoso del medio ambiente.

De esta manera la Provincia Constitucional del Callao podrá recuperar el título de primer productor mundial de harina y aceite de pescado sin que el procesamiento industrial de nuestra riqueza ictiológica afecte los atractivos turísticos que orgullosamente podremos mostrar al turismo nacional y extranjero.

Eso esperamos

Fuentes documentales

Constitución Política del Perú, 1993.

TRAZEGNIES, Fernando de. «Al borde del Abismo», En *Derecho y Ambiente*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP e IDEA, 1997.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio de 1992.

V. Derecho Ambiental comparado

DESARROLLOS DE POLÍTICA AMBIENTAL EN CHILE, ECUADOR Y PERÚ[1]

Carlos Soria Dall'Orso[2]

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. APROXIMACIÓN E HIPÓTESIS. II. ENERGÍA, AMBIENTE Y DESARROLLO EN CHILE: ANTECEDENTES DEL CONFLICTO AMBIENTAL EN EL BIO BIO. En búsqueda del desarrollo alternativo. La evaluación del impacto ambiental del Proyecto Ralco. III. EXPLOTACIÓN PETROLERA, ÁREAS PROTEGIDAS Y AMBIENTE EN ECUADOR: EXPANSIÓN DE LA PRODUCCIÓN PETROLERA. Explotación petrolera en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno. IV. ÁREAS PROTEGIDAS, PETRÓLEO Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN PERÚ: EL RECURSO A LA PRESIÓN INTERNACIONAL. ¿Qué alternativas para la Reserva Nacional Pacaya Samiria?. V. LECCIONES DE LOS ESTUDIOS DE POLÍTICA AMBIENTAL: EL DEBATE AMBIENTAL. Demandas de ciudadanía. El acceso a la información. Temas comunes de política

INTRODUCCIÓN

Este artículo busca ser una primera interpretación de un conjunto de temas comunes observados en el desarrollo de tres conflictos ambientales en los países bajo estudio. Así presentaré cada caso de conflicto ambiental para luego dar paso a una revisión de los temas comunes y las interpretaciones que estos sugieren. La riqueza de los estudios de caso puede sugerir muchos más temas de los que intento abordar. Así quiero dar una primera lectura a estos estudios de caso para posteriormente en otros documentos

[1] La investigación para éste artículo fue posible gracias a la Beca de Investigación de Postgrado para Estudiantes de Ultramar del Departamento de Educación, Empleo y Entrenamiento de Australia, de la Beca de Investigación de la Universidad Flinders de Australia del Sur y una Beca del Consejo de Investigación de la Universidad Flinders de Australia del Sur. El período de investigación de campo fue entre mayo de 1995 y mayo de 1996. Para realizar el trabajo se contó con el apoyo del Centro de Investigación para el Medio Ambiente - CIPMA en Chile, la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales en Ecuador, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en Perú y el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Texas en Austin en Estados Unidos de Norteamérica, así como de numerosas otras instituciones y personas a quienes quedo agradecido.

[2] Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998 y Magíster en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 1993.

tratar temas como los elementos distintivos en cada caso, la vinculación de los procesos de política ambiental con la democratización en los países bajo estudio, etc.

La preocupación Latino Americana con el derecho ambiental y los proyectos de conservación de la naturaleza ha resultado en el desarrollo de políticas concretas en la última década y media. Mientras Ecuador, Chile y Perú atravesaban el proceso de retorno a los gobiernos democráticos, se dictaron nuevas constituciones, lo que facilitó la transición de un modelo de fuerte intervención del Estado en la sociedad a una sociedad menos regulada y más democrática. La Constitución Ecuatoriana de 1978[3], la Constitución Peruana de 1979[4] y la Constitución Chilena de 1980 establecieron como objetivo central de la política de desarrollo el crear una economía capaz de competir efectivamente en el mercado mundial. Entre la larga lista de derechos humanos incorporados estas constituciones incluyeron provisiones sobre el derecho a un ambiente saludable. Estas normas dieron al ambiente el status de un derecho humano constitucional y establecieron la responsabilidad estatal de cuidar de éste. Por primera vez en estos países se establecieron políticas de alto nivel de defensa del ambiente y se requería su implementación a través de acción legislativa y política. Estos y otros mandatos interrelacionados de política se encuentran con el desafío de cómo preocuparse de los problemas ambientales mientras se desarrolla el país.

La conciliación de ambos conceptos ha sido llamada desarrollo sostenible. Sin embargo, hay por lo menos dos conceptos diferentes de desarrollo sostenible. La primera es una propuesta explicada en Nuestro Futuro Común (WCED 1987) como el desarrollo que cubre las necesidades del presente sin comprometer aquellas de las futuras generaciones. El análisis mantiene que para obtener el desarrollo sostenible, el mundo debe lograr crecer económicamente entre 5 a 10 veces la producción actual y promover el crecimiento en el Norte para estimular la demanda de los productos del Sur. Esta aproximación favorable al mercado sugiere ir manejando progresivamente los impactos en el ambiente mientras se continúa creciendo. Una segunda propuesta alternativa critica la eficiencia del mercado para responder a los problemas ambientales. El crecimiento económico veloz es visto como contradictorio con la equidad social y la mejora del ambiente, y se le acusa de ser responsable de causar la pérdida de bosques tropicales, biodiversidad, conocimiento y derechos indígenas (Redclift y Goodman 1991: 2).

Durante las décadas de 1980 y 1990 Chile, Ecuador y Perú desarrollaron diferentes aproximaciones y respuestas para manejar los problemas ambientales mientras

[3] En 1998 una nueva constitución fue aprobada. Esta contiene un capítulo dedicado al ambiente e introduce el habeas data como garantía del derecho a la información.

[4] En 1993 una nueva constitución fue aprobada por el Congreso Constitucional y posteriormente ratificada en un referéndum. Esta Constitución contiene un principio ambiental similar a la Constitución de 1979 e introduce el habeas data como garantía del derecho a la información.

estabilizaban la economía, promovían el crecimiento económico y se preocupaban de los temas sociales, en general, en la búsqueda del desarrollo. En este proceso, el debate sobre las diferentes interpretaciones de cómo lograr el desarrollo sostenible ha estado presente en cada controversia ambiental.

Este artículo argumentará que la transición durante las décadas de 1980 y 1990 de un régimen autoritario a uno democrático dio acceso a las organizaciones de la sociedad civil a la participación en política, contribuyendo así a la incorporación de criterios ambientales en la agenda política. La reestructuración del Estado fue una oportunidad para el desarrollo institucional y las innovaciones legislativas. Factores sociales tales como la emergencia de un movimiento ambiental y el nivel creciente de conciencia ambiental en el público en general, a través de la educación y la prensa, contribuyeron a elevar la prioridad de los asuntos ambientales en la agenda pública de la sociedad civil. A esto se añaden factores económicos, tales como el incremento de los niveles de inversión privada y la promoción de mercados más dinámicos y competitivos que promovieron la oportunidad para los desarrollos innovadores en política ambiental. Mientras tanto en el espacio internacional, una creciente preocupación y apoyo financiero para la incorporación del ambiente dentro del desarrollo y la planificación contribuyeron a la consolidación de los asuntos ambientales en la agenda política.

I. APROXIMACIÓN E HIPÓTESIS

Los estudios de política ambiental en estos países están divididos entre un enfoque en lo económico al nivel nacional como la principal fuente de formulación de políticas, tales como Southgate y Whitaker (1994) para Ecuador; un enfoque en el marco legal al nivel nacional e internacional, tal como Ortúzar y Vial (1995) para Chile y un enfoque de las interrelaciones de los espacios de la política nacional e internacional, tales como Silva (1995) para Chile, Hopkins (1995) para Chile, Argentina y Costa Rica, y Scurrah (1995) para Chile, Ecuador y Perú.

La primera aproximación enfoca el nivel nacional de la política. Esta perspectiva revisa el rol del Estado como formulador de políticas económicas y el papel de los individuos como implementadores de aquellas, analizando la degradación ambiental como resultado de la falla de políticas de mercado. La segunda aproximación estudia el conjunto del marco legal nacional y explora su relación con tratados y regulaciones internacionales. Esta revisión de los actores legales se concentra en el papel del Estado y de los representantes de las fuerzas productivas a ser regulados. La tercera perspectiva explora la interconexión entre las ideas, discursos y formas de organización política de los actores transnacionales y del Estado y la sociedad civil en los países en desarrollo. Esta investigación usa una aproximación que vincula los espacios nacional e internacional en el entendimiento de que la generación de la política ambiental es un proceso de aprendizaje cuyos objetivos están dirigidos a prevenir, minimizar o manejar

el conflicto, así como a reducir las restricciones ambientales al desarrollo económico y minimizar el impacto de las actividades de desarrollo en el ambiente, en la esperanza de contribuir a la obtención de un desarrollo sostenible (Scurrah 1995: 1).

Los conflictos ambientales son un área en la cual las contradicciones entre los espacios de la economía y la política pueden ser apreciadas. Estas aparentes contradicciones serán exploradas a través de los estudios de caso a fin de medir su extensión y consecuencias. En los tres países el desarrollo de políticas ambientales ocurrió en medio de un debate entre los representantes de dos concepciones del desarrollo sostenible: un esquema favorable al mercado y un esquema alternativo crítico del mercado y más regulador. Este artículo argüirá que el esquema favorable al mercado ha tenido más éxito en el desarrollo de políticas ambientales consistentes en los tres países, como lo sugiere Silva (1995) para el caso chileno.

Una comunidad internacional más fuerte, representada en el sistema de las Naciones Unidas, ha promovido los objetivos de la democracia, la paz y la justicia social a través de acuerdos internacionales. En los últimos cincuenta años estos acuerdos han evolucionado y ampliado el marco de su cobertura para incluir derechos ambientales, indígenas y de minorías. En América Latina, la transición de los gobiernos militares a la democracia entre 1970 y 1990 vio la emergencia de un nuevo conjunto de derechos humanos. Estos movimientos obtuvieron legitimidad basando sus acciones en las acciones y propuestas del discurso de importantes acuerdos internacionales de derechos humanos (Scurrah 1992). Este artículo argüirá que de una manera similar a la del movimiento de derechos humanos y como parte de éste, el movimiento ambiental, con sus componentes de organizaciones no gubernamentales, organizaciones de base e indígenas, ha obtenido un gran apoyo de sus relaciones con actores internacionales y su discurso de conservación, protección ambiental, derechos indígenas, participación comunitaria y local. La legitimidad obtenida permitió a las organizaciones no gubernamentales participar políticamente en el desarrollo de políticas ambientales. Esta expansión de la representación política favoreció un contacto más cercano entre las organizaciones no gubernamentales, el empresariado y las organizaciones profesionales en la formulación de políticas ambientales. Pero más significativo aún es que ésta práctica enriquece a las democracias jóvenes a través de la promoción del dialogo y la negociación entre actores opuestos, generando la posibilidad de identificar consensos en áreas de interés común[5].

La represa Ralco en el alto río Bio Bio, la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno y la Reserva Nacional Pacaya Samiria son estudios de caso relevantes para un estudio comparativo porque involucran la presencia de un número de actores sociales

[5] «Dándose la oportunidad de cambiar los incentivos, varios procesos de decisión política pueden transformarse de situaciones de confrontación a situaciones de colaboración para la resolución de conflictos. Apoyar el 'auto-gobierno' es un medio de cambiar los incentivos». (Meadows 1995: 4).

nacionales y organizaciones internacionales que han tenido varios grados de influencia e impacto. En el caso de la represa Ralco los actores internacionales han sido instrumentales en dar al caso atención nacional e internacional, explicando en parte la presentación voluntaria por parte de ENDESA de un estudio de impacto ambiental. En el caso de la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno compañías petroleras internacionales y la propia compañía petrolera estatal explotaron recursos petroleros mientras las organizaciones ambientales demandaban estándares de acción ambiental más estrictos, a la vez que los grupos indígenas desarrollaban propuestas de ecoturismo. El programa de recuperación ambiental ejecutado por Texaco fue el resultado de la presión de grupos ambientales y de las negociaciones del Estado con la petrolera, mientras que la aproximación jurisdiccional falló en dar resultados. En el caso de la Reserva Nacional Pacaya Samiria la inclusión de actores internacionales fue decisiva en lograr el retiro de la compañía petrolera de las negociaciones con el gobierno y la posterior participación de agencias de cooperación internacional y organizaciones no gubernamentales en proyectos de manejo y desarrollo local.

II. ENERGÍA, AMBIENTE Y DESARROLLO EN CHILE

El alto río Bio Bio ubicado en las regiones Octava y Novena de Chile es un área rica en biodiversidad y potencial hidroeléctrico. El río Bio Bio forma un cañón profundo por el que transcurre entre altas montañas y áreas boscosas. Los bosques nativos andinos ocupan la parte alta del valle mientras que las tierras bajas están ocupadas por las parcelas individuales de los Pehuenches, productores agrícolas y plantaciones de Pinus radiata y Eucalyptus spp. para producción de madera y pulpa de papel (Von Bennewitz 1990). Durante la década de 1980 la Compañía Nacional de Electricidad (ENDESA) inició estudios y obtuvo derechos de agua para la construcción de dos centrales de un proyecto hidroeléctrico que eventualmente podría contener seis plantas generadoras a lo largo del alto Bio Bio. En 1990 se autorizó la construcción de la primera central: la central Pangue que entró en funcionamiento en 1996. El proyecto fue opuesto por algunos sectores de los pueblos indígenas cuyas tierras iban a ser afectadas por el proyecto y los grupos ambientales interesados en la conservación del área. Una serie de demostraciones públicas y acciones legales atrajo la atención nacional a éste conflicto pero la acción legal pidiendo la suspensión de la construcción para el desarrollo de más estudios y posibles modificaciones al proyecto fue ganada parcialmente en la corte local pero perdida en la Corte Suprema.

En 1994, ENDESA inició la primera fase del segundo proyecto, la represa Ralco. Esta va a ser una estación generadora con un lago artificial para regular las fluctuaciones estacionales y anuales del río, así como para mejorar la calidad del flujo hacia otras centrales aguas abajo. La represa Ralco debe localizarse en la parte más alta del río Bio Bio, aproximadamente unos 30 kilómetros aguas arriba de la Central de Energía

Pangue. Esta represa, a un costo de US$ 486 millones de dólares, cubrirá un área de 34.5 kilómetros cuadrados de las regiones VIII y IX de Chile (Von Bennewitz 1990). Una pared de 155 metros de alto contendrá una masa de 1,222 millones de metros cúbicos de agua elevados a un nivel de 730 metros sobre el nivel del mar. Este reservorio será la estación generadora de energía más poderosa de Chile, con una capacidad anual de 3,380 GWH[6].

El proyecto del alto Bio Bio será parte del Sistema Interconectado Central. Este es el principal sistema eléctrico de Chile, cubriendo un 93 por ciento de la población y un porcentaje similar de las actividades económicas. Este sistema provee de energía desde la III a la X región de Chile, cubriendo una extensión de 2,000 kilómetros. La demanda de electricidad en éste sistema creció a una tasa anual de 5.9% entre 1975 y 1988 (Katz 1994: 495). A diciembre de 1988 este sistema tenía una capacidad hidroeléctrica instalada de 2,152MW (Katz 1994: 495) con lo que los 570MW de Ralco incrementaría la capacidad del sistema en un 26%.

El reservorio afectaría alrededor de 1,800 personas. En la región IX un grupo de 450 personas viviendo en pequeñas propiedades agrícolas en las comunas de Contraco y Guayalí Fiscal serán afectadas. En la región VIII, dos de las siete comunidades Mapuche-Pehuenche del área serán parcialmente afectadas por el proyecto. Estas son Quepuca-Ralco y Ralco-Lepoy con una población de 1,342 personas, agrupadas en 280 familias (Electrowatt 1996). Esta población vive en relativo aislamiento. Un pequeño camino afirmado hace el transporte difícil y la lluvia y la nieve cierran el acceso durante el invierno. Así la provisión de servicios y el acceso a los mercados regionales es restringido.

Antecedentes del conflicto ambiental en el Bio Bio

Una antropóloga norteamericana, Katherine Bragg, participando en un congreso ambiental en 1986 en Talca manifestó su preocupación sobre la construcción del Proyecto Pangue y su impacto sobre el modo de vida de los Pehuenche, la transformación del hábitat animal y vegetal, la intervención en el ecosistema del río y los potenciales riesgos de la actividad volcánica y los terremotos (Scurrah 1995). ENDESA venía estudiando el alto Bio Bio desde la década de 1950 (Von Bennewitz 1990). Sin embargo, hasta 1986 la población indígena Pehuenche no figuraba ni había sido mencionada en los reportes de la empresa con la sola excepción de una referencia a la presencia de «campesinos dispersos» (Orrego 1993: 6). El anuncio de Bragg causó alarma entre los grupos ambientales. La Corporación de Defensa de la Flora y Fauna-CODEFF, la organización ambiental chilena más antigua, evaluó las posibilidades de acción pero declinó seguir el asunto (Entrevista 4).

[6] Un Gigawatt por hora por año. Un Gigawatt es 10^9 watts o un mil millones de watts.

En octubre de 1990, ENDESA decidió crear Pangue S. A. como una compañía subsidiaria para desarrollar la construcción de las represas Pangue y Ralco. El Superintendente de Electricidad y Combustibles autorizó a Pangue S. A. a iniciar los estudios para la construcción de la represa Ralco en julio de 1991.

En marzo de 1991 el Grupo de Acción por el Bio Bio inició una campaña pública en oposición a la construcción de las centrales hidroeléctricas en el Bio Bio. Su argumento era que este proyecto significaría una modificación del patrimonio ecológico y cultural de la población local afectada. ¿Cuál es el conflicto alrededor del proyecto hidroeléctrico en el Bio Bio? Para ENDESA las estaciones de energía de Pangue y Ralco en el Bio Bio eran la respuesta al incremento de la demanda nacional de energía. La represa Ralco es considerada esencial para regular el flujo del río Bio Bio y para incrementar la eficiencia de la represa Pangue al regular el flujo de la sedimentación. De acuerdo con los ambientalistas, la construcción de la represa Ralco causaría daño al río al cambiar el ecosistema del río y convertirlo en una laguna; produciendo la alteración del flujo del agua, afectaría la calidad del agua, llevaría a una pérdida de especies de fauna y flora, forzaría a la reubicación de la población local, produciría un incremento repentino de la población no indígena en la zona, y destruiría la cultura Pehuenche. Pero aún más importante, los ambientalistas argumentaron que este proyecto envolvía la construcción potencial de seis centrales hidroeléctricas a lo largo del Bio Bio, lo que potencialmente podría producir un represamiento del 70% del río. La Compañía Nacional de Electricidad durante mucho tiempo solo hizo referencia a la construcción de la central Pangue mientras que las autoridades nacionales se refirieron a ésta central como si fuera un proyecto aislado. De ahí la importancia de la Central Ralco al demostrar que en realidad había en mente la posibilidad de construir más centrales en el Bio Bio. Esta fue la principal razón de los ambientalistas para insistir en la ejecución de un estudio del impacto acumulativo de las centrales sobre todo el ecosistema del río Bio Bio.

Los ambientalistas criticaron la necesidad de construir nuevas represas en el Bio Bio para cubrir la demanda nacional de energía eléctrica. En su lugar propusieron desarrollar campañas para incrementar la eficiencia en el uso de la electricidad y el desarrollo de micro en vez de mega proyectos hidroeléctricos (Orrego 1993: 7). El Instituto Internacional para la Conservación de la Energía y el Consejo de Defensa de los Recursos Naturales [Natural Resources Defense Council] realizaron un estudio en 1993 investigando el potencial para incrementar la eficiencia del uso de la energía en el sector eléctrico chileno. En 1996 realizaron nuevos estudios con la participación del Programa de Investigación en Energía del Departamento de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. Este estudio concluyó que era posible alcanzar una reducción del 20 por ciento del consumo de energía a través de mejoras en la eficiencia de la generación, transmisión y distribución, el desarrollo de nuevas aplicaciones de cogeneración y la explotación de fuentes renovables (International Rivers Network 1997). Este estudio reforzaba las conclusiones de un estudio realizado

por la Comisión Nacional de Energía que sugería el uso de hidroenergía, un recurso renovable, y su combinación con la producción térmica.

El 3 de agosto de 1991, líderes de la población Pehuenche públicamente expresaron su oposición a la construcción de las represas y estaciones generadoras en el alto Bio Bio. A lo largo del mismo año Pangue S. A. mantuvo reuniones con las comunidades Pehuenches de Callaqui, Pitril y Quepuca-Ralco. Pangue S. A. y la población local exploraron las posibilidades de cooperación y participación en el proyecto. La principal decisión que se tomó fue la de formar una organización responsable por el desarrollo social de las comunidades locales con las cuales los Pehuenches pudieran coordinar y en la cual pudieran participar. Alrededor de febrero de 1992, Pangue S. A. creó la Fundación Pehuén como una organización responsable por el mejoramiento de las condiciones sociales y económicas de las comunidades a través de actividades en las áreas de salud, educación, vivienda, capacitación y preservación cultural. La organización es dirigida por un directorio de siete directores: tres representantes de las comunidades, tres de Pangue S. A. y un director externo contratado por Pangue S. A. La empresa Pangue S. A. aportó un presupuesto anual de US$ 120,000 para el periodo 1992-1997, y para 1998 en adelante, la organización recibirá el 0.3% de las utilidades de la Central de Energía Pangue. Durante el periodo 1992-1995 los proyectos desarrollados por la Fundación Pehuén en actividades productivas incrementaron en cuatro veces el ingreso de la población Pehuenche participando en sus proyectos (Entrevista 11).

Sin embargo, no todos los Pehuenches apoyan a la Fundación Pehuén. En marzo de 1992, las autoridades comunales Pehuenches organizaron una reunión para decidir un plan de acción para oponerse a la construcción de la central Pangue. Representantes de la población Pehuenche, de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de la Comisión Coordinadora de las Organizaciones Mapuche participaron en un evento realizado en marzo 30 y 31 de 1992, cuando se decidió rechazar la oferta de titulación individual y oponerse a la construcción de proyectos hidroeléctricos en el alto Bio Bio. Durante el evento se eligió un directorio de ancianos y un cacique para representar a las comunidades del alto Bio Bio.

En búsqueda del desarrollo alternativo

En agosto de 1992, las comunidades locales crearon el Centro Mapuche Pehuenche del Alto Bio Bio como la primera organización indígena Pehuenche del área. Esta organización se creó para servir como un representante político y como un agente de desarrollo, coordinando proyectos que pudieran ofrecer una alternativa a los de la Fundación Pehuén y a la perspectiva de trabajar para Pangue S.A. (Valenzuela, 1994: 10). Esta organización nació con vínculos cercanos al Grupo de Acción por el Bio Bio, un hecho que limitó su legitimidad dentro del espacio local entre aquellos Pehuenches que apoyaban la construcción de las centrales Pangue y Ralco y trabajaban con la Fundación

Pehuén. Sin embargo, a un nivel más alto este hecho era representativo de la alianza entre grupos indígenas y ambientalistas en favor de la defensa de los derechos indígenas y ambientales en el mundo en vías de desarrollo.

El Grupo de Acción por el Bio Bio inició acción legal en setiembre de 1992 solicitando la suspensión de la construcción de la central de energía Pangue mientras se realizaban mayores estudios sobre posibles modificaciones al proyecto. La Corte de Apelaciones de Concepción admitió parcialmente la demanda, pero ENDESA apeló de la decisión ante la Corte Suprema donde se perdió el caso por decisión unánime de la corte (Orrego, 1993; Gómez Aguirre, 1993; Scurrah, 1995).

Durante la campaña electoral presidencial de 1989-1990 los ambientalistas e indígenas informaron a los candidatos presidenciales sobre la problemática del alto Bio Bio con relación a la construcción de centrales de energía. Siguiendo esta línea de acción al más alto nivel político, representantes Pehuenches se reunieron con el Presidente Patricio Aylwin en Santiago el 10 de diciembre de 1992. El Presidente declaró que la construcción de la central Pangue tenía preocupado al gobierno pero que ellos no podían hacer nada pues carecían de instrumentos legales. Sin embargo, declaró que la probable construcción de seis centrales era inadmisible.

El Congreso chileno aprobó el 5 de octubre de 1993, la ley N° 19,253 para la protección, promoción y desarrollo de las poblaciones indígenas de Chile. Esta ley creó una Corporación Nacional para el Desarrollo Indígena, responsable de la promoción e implementación de acciones estatales para el desarrollo económico, social y cultural de la población indígena y para promover su participación en la vida nacional. La nueva ley estableció que la población indígena tenía el derecho a la tierra con una limitación para su enajenación a no indígenas.

Un importante cambio de política ocurrió el 9 de marzo de 1994 cuando el gobierno chileno promulgó la primera ley ambiental, Ley 19,300. Entre sus contribuciones de política ambiental la nueva ley creó un sistema de evaluación de impacto ambiental. Este sistema es operado a través de una red de autoridades regionales coordinadas por una Comisión Nacional Ambiental. Al nivel regional, las diferentes entidades públicas con competencias ambientales conforman los Consejos Regionales de Medio Ambiente. El proyecto Ralco presentó la primera oportunidad para ejecutar esta legislación cuando durante 1994 Pangue S.A. inició estudios para la construcción de la represa Ralco.

El 11 de abril de 1994, el jefe de la sección ambiental de la Comisión Nacional de Energía declaró que la construcción de Ralco sería condicional a la ejecución de estudios de impacto ambiental y sus recomendaciones, pero que las estaciones de energía se necesitaban para el país. No construir las centrales significaría no entender las necesidades del desarrollo, especialmente considerando que la demanda nacional de energía se duplicaría durante la próxima década (Valenzuela 1994b: 13). Rafael Asenjo, en aquel momento Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, articuló la posición del gobierno chileno como un compromiso entre el desarrollo económico y el ambiente. Él argumentó que era necesario usar los recursos de la nación

para alcanzar el crecimiento económico y resolver los problemas sociales en el país (Hopkins 1995: 117).

Durante su visita al alto Bio Bio en agosto de 1994, el recién instalado Presidente Eduardo Frei (elegido para el período 1994-1998) se reunió con los Pehuenches e inspeccionó el lugar de construcción de la central Pangue. Él declaró que la nación no podía afrontar el costo de detener la construcción de centrales hidroeléctricas. También mencionó la contribución de la Fundación Pehuén a la mejora de la calidad de vida de los Pehuenches.

De otro lado, el 26 de enero de 1996, la Corporación Nacional para el Desarrollo Indígena (CONADI) presentó una demanda judicial solicitando detener las acciones de Pangue S.A. El propósito de la demanda era prevenir la compra de tierras indígenas por parte de Pangue S.A. La CONADI argumentaba que los Pehuenches no podían vender sus tierras a no indígenas ni intercambiarlas por otras de similar valor. Incluso si los Pehuenches querían intercambiar sus tierras la CONADI argüía que no estaba en condiciones de autorizar la operación pues la tierra indígena era inalienable. Posteriormente, la Corte de Apelaciones declaró improcedente la acción presentada por CONADI por estar planteada contra el Inspector General y no contra el Superintendente de Electricidad.

Por su lado, ambientalistas e indígenas desarrollaron protestas públicas contra la concesión a ENDESA de tierras indígenas. Estas protestas se llevaron a cabo el 31 de enero en Santiago y Los Angeles (en el alto Bio Bio). En Santiago, los protestantes se encadenaron a la puerta principal de las oficinas de ENDESA. En Los Angeles, una marcha a través del centro de la ciudad terminó en una reunión con un representante del gobierno.

La evaluación del impacto ambiental del Proyecto Ralco

A pesar de que el reglamento de los estudios de impacto ambiental no estaba operativo, Endesa decidió conducir uno. Dando inicio al procedimiento de evaluación ambiental, las comisiones nacional y regional de medio ambiente organizaron una reunión pública para realizar recomendaciones a los términos de referencia del estudio de impacto ambiental de la central Ralco. La reunión se realizó el 17 de mayo de 1995 en Quilaco, una comuna que sería parcialmente afectada por la represa Ralco. El evento incluyó a representantes de las autoridades políticas locales, regionales y nacionales, ENDESA, residentes locales, campesinos, pobladores indígenas, estudiantes y ambientalistas. La Municipalidad de Quilaco estaba preocupada con los impactos sociales y ambientales de la construcción de la represa Ralco y su reservorio, pero el Alcalde explicó que carecían de recursos técnicos para evaluar los resultados y recomendaciones del estudio de impacto ambiental. Dirigentes indígenas locales hablaron contra el proyecto e insistieron en su derecho a permanecer en sus tierras. Un representante de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena señaló la relevancia de la Ley Indígena

N° 19,253 de 1994 como una garantía de los derechos de los Pehuenches a la tierra. Los ambientalistas criticaron a la autoridad ambiental y a la compañía por proveer información del proyecto en un lenguaje y forma que ellos consideraban inapropiados para la población local. También solicitaron que se esclarezca sobre los mecanismos de seguimiento para la participación local en el estudio de impacto ambiental.

De vuelta a la escena internacional, en noviembre de 1995 el GABB, con el apoyo de unas 400 personas, presentó una queja al Panel de Inspección del Banco Mundial y a los Directores Ejecutivos del Banco. El GABB argumentó que Pangue S.A. estaba construyendo las represas Pangue y Ralco en violación del acuerdo de préstamo firmado por ENDESA y la Corporación Financiera Internacional. El acuerdo establecía que ENDESA protegería el área adyacente al proyecto, apoyaría el desarrollo de los Pehuenches y mitigaría los impactos en las zonas de aguas abajo. El Panel de Inspección desechó la queja sobre la base de que no tenía competencia para investigar los préstamos de la Corporación Financiera Internacional. Sin embargo, el 6 de diciembre de 1995, James Wolfensohn, el Presidente del Banco Mundial, dirigió una carta a los quejosos ofreciendo llevar a cabo una investigación interna imparcial a la vez que afirmó que la Corporación no tenía planes de invertir en la represa Ralco.

Siguiendo esta decisión el Presidente del Banco Mundial nombró a Jay Hair como investigador especial para revisar la manera en que la Corporación Financiera Mundial y ENDESA habían manejado la construcción de la represa Pangue. Hair viajó en dos ocasiones a Chile a entrevistar oficiales del gobierno, líderes Pehuenches, ambientalistas, representantes indígenas y consultores privados involucrados en la evaluación de los proyectos. Cuando Hair entregó su reporte al Presidente del Banco Mundial, en noviembre de 1996, el GABB, la Red Internacional de Ríos y el Centro para el Derecho Ambiental Internacional escribieron a Wolfensohn solicitando que los resultados del estudio fueran hechos públicos y que se tomaran medidas correctivas para compensar por las violaciones e irregularidades de ENDESA en la implementación de los proyectos Pangue y Ralco.

Durante febrero de 1996, el Centro Mapuche Pehuenche del Alto Bio Bio inició la construcción de un nuevo edificio que serviría como un centro de información y coordinación. El Centro también proveería entrenamiento y capacitación a través de seminarios y talleres en carpintería y mueblería. El proyecto recibió fondos de las agencias de cooperación Holandesa, Sueca e Italiana y de las embajadas Holandesa y Australiana en Chile.

Habiendo recibido reportes negativos de 22 diferentes agencias estatales sobre el estudio de impacto ambiental de Ralco, en una carta de 23 de agosto de 1996, CONAMA solicitó a ENDESA, que presentara clarificaciones, correcciones e información complementaria al estudio elaborado por la subsidiaria chilena de la firma consultora suiza Electrowatt. CONAMA propuso que se le otorgara 180 días a la compañía para la presentación de la información, 60 días para una nueva ronda de participación ciudadana y 100 días para que CONAMA completara la evaluación del estudio. CONAMA

también mencionó que estaba al tanto que Pangue S. A. estaba desarrollando trabajos preliminares para la represa Ralco sin autorización y demandó que se detuvieran los avances bajo riesgo de cancelar el proceso de asesoría ambiental del proyecto.

La respuesta de ENDESA fue una declaración pública cuestionando la legalidad de los requerimientos de la CONAMA, enfatizando que las provisiones sociales del proyecto Ralco eran las mejores en el país e insistiendo en continuar sus actividades en el proyecto a fin de completar el reservorio para el año 2002. ENDESA dijo que la CONAMA había roto el acuerdo del proceso de evaluación ambiental al requerir una nueva fecha para la aprobación del estudio. El presidente de ENDESA, José Yuraszeck, se reunió con oficiales del gobierno de la coalición a quienes manifestó su preocupación con los requerimientos de la CONAMA para la aprobación del estudio de impacto ambiental de Ralco. ENDESA publicó un largo documento criticando la falta de seriedad de CONAMA y de las agencias públicas que evaluaron el estudio de impacto ambiental (International Rivers Network 1997).

Coincidentemente, el Presidente Eduardo Frei participó en una reunión pública en la Municipalidad de Santiago con la presencia de la Directora de CONAMA, Vivianne Blanlot. El Presidente Frei dijo que las evaluaciones de la CONAMA no debían ser trabajos académicos y que el rol de los técnicos en las agencias públicas no era decidir si los proyectos de inversión se deben llevar a cabo sino asegurar que estos se realizaran de acuerdo con las regulaciones ambientales sobre el particular. Esta fue una manifestación política significativa que mostraba la preocupación del gobierno con la construcción de las centrales en el Bio Bio, el cumplimiento con los estándares ambientales establecidos en la legislación, el respeto por los derechos indígenas involucrados y la promoción de las inversiones de infraestructura. Esta declaración era consistente con sus declaraciones en su primera visita a la central Pangue, cuando colocó la construcción de las centrales en el contexto de las necesidades del país respecto del incremento de la demanda de energía y el beneficio del proyecto al traer desarrollo a la población Pehuenche. En suma, el Presidente Frei estaba sumamente preocupado con el desarrollo del proyecto en el Alto Bio Bio y había recibido la presión de ENDESA sobre el tema. Esta declaración también era consistente con las declaraciones del anterior Jefe de la sección ambiental de la Comisión Nacional de Energía y del Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional Ambiental. Ambos reforzaron la necesidad de cumplir con las regulaciones ambientales existentes pero eran conscientes de las necesidades del país con relación a la generación de energía.

Resalta el hecho que el desarrollo es visto como una necesidad a conseguir por todos los interlocutores. La diferencia entre los varios interlocutores es en cómo obtener éste desarrollo y cuánto de sus costos están dispuestos a afrontar cada uno. Para el gobierno, la legislación estableció un marco legal a partir del cual cada proyecto debía desarrollarse, evaluarse y, eventualmente, modificarse. Para la compañía de electricidad, cumplir con la legislación les permitiría ejecutar su proyecto y las actividades conexas que pudieran verse como de interés del propio gobierno, esto es la construcción de

caminos, la sanidad, la educación y los programas de desarrollo local. Estas actividades conexas fueron exigidas por la legislación para compensar los impactos ambientales y sociales del proyecto de construcción de represas en el Alto Bio Bio. Así pues al ejecutar actividades que compensaran las necesidades sociales y ambientales del proyecto energético, éste estaba produciendo desarrollo local. Sin embargo, permanece la discusión sobre si este desarrollo local era equilibrado a las necesidades de la población local.

Otro actor importante eran los ambientalistas e indígenas quienes si bien coincidían en términos generales en la necesidad de generar desarrollo local, diferían en cuanto a la perspectiva y contenido del mismo, tal como lo evidenciaba la propuesta del Centro Mapuche Pehuenche del Alto Bio Bio. Una propuesta alternativa que tiene que luchar por escasos fondos para proponer un modelo de desarrollo distinto al modelo de ENDESA para el alto Bio Bio. Los ambientalistas propusieron en términos del desarrollo nacional el uso de fuentes energéticas alternativas tales como energía del viento, biogas, la reducción de los proyectos de mega centrales a minicentrales y la ejecución de campañas de recuperación y ahorro de energía.

El Centro Mapuche Pehuenche del Alto Bio Bio, el GABB, Generación Alternativa y el Consejo Empresarial Lummi[7] de los Estados Unidos de Norteamérica organizaron un encuentro internacional en el Alto Bio Bio «Por la Vida y el Futuro de Nuestro Pueblo». El evento, realizado en Quepuca-Ralco del 10 al 12 de octubre de 1996, atrajo aproximadamente a 2,500 personas, incluyendo representantes de las comunidades indígenas de Chile, Bolivia, Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica, un representante de una organización no gubernamental de Nepal, y un representante de pueblos afectados por la construcción de represas en el Brasil. Además de ser una experiencia mística indígena, el evento proveyó la oportunidad para elaborar una propuesta de estrategia de campaña para proteger al río Bio Bio y su gente. Después del evento, diferentes grupos de participantes viajaron a Talca, Concepción y Santiago para organizar demostraciones públicas contra la construcción de centrales hidroeléctricas en el Bio Bio.

El 6 de febrero de 1997, el Presidente del Banco Mundial escribió una carta al ministro de finanzas chileno, Eduardo Aninat, indicando que ENDESA estaba en una situación de inminente incumplimiento con relación al acuerdo con la Corporación Financiera Internacional para la construcción de la represa Pangue. Wolfensohn se refirió al reporte interno que era crítico del manejo de la Corporación Financiera Internacional de las evaluaciones ambientales y de su supervisión del cumplimiento de Pangue S. A. y ENDESA de las obligaciones del acuerdo de préstamo. Wolfensohn declaró que la aproximación de ENDESA a las obligaciones ambientales y sociales parecía menos que

[7] Una fundación indígena del Estado de Washington en los Estados Unidos de Norteamérica. Anteriormente participaron en otro conflicto ambiental, en apoyo de los indígenas de los bosques de la selva Lacandona en México.

constructiva, en particular con relación a la preparación de un estudio satisfactorio del impacto acumulativo de las centrales sobre el total del ecosistema del Bio Bio.

Diez años después de que los estudios de la Universidad de Concepción se llevaran a cabo como la base a partir de la cual iniciar la construcción de las centrales en el Alto Bio Bio, el caso estaba lejos de terminar. La represa y central Pangue había sido construida y se encontraba operando, mientras que los trabajos preliminares para la construcción de la central Ralco se estaban desarrollando. Mientras tanto, un número de cambios en una compleja red de relaciones que involucraban a la legislación, la organización de los pueblos indígenas, la articulación de la región a la economía chilena y la interacción con actores nacionales e internacionales había ocurrido.

El éxito económico chileno colocó una gran demanda en el desarrollo de infraestructura y servicios, particularmente en el sector eléctrico. El crecimiento contínuo de la demanda de electricidad requería una respuesta concreta en términos de infraestructura, esta vino en la decisión del gobierno chileno de promover el crecimiento del sector eléctrico a manos de inversionistas privados. Los planes de ENDESA para construir una serie de centrales en el Alto Bio Bio eran el tipo de proyecto que la Comisión Nacional de Energía estaba interesada en promover. De modo que la propuesta para construir las centrales Pangue y Ralco recibió el apoyo total de la comisión.

Este intento de intervenir en un área remota y aislada de la geografía chilena causó la preocupación de los ambientalistas, quienes expresaron un número de objeciones en relación a los impactos ambientales y sociales del proyecto. Parte de la tierra a ser inundada por la represa era tierra indígena. Los ambientalistas contactaron a los Pehuenches y pidieron su opinión sobre el proyecto hidroeléctrico. Los Pehuenches estaban divididos en cuanto a su respuesta sobre los planes de ENDESA para el Alto Bio Bio. Sin embargo, aquellos que se oponían a los planes para construir las represas estaban principalmente preocupados con la profunda transformación que éste proyecto produciría sobre sus tierras y su modo de vida. Los Pehuenches estaban preocupados porque su tierra iba ser cubierta por la inundación y el ambiente natural y social sería transformado.

En 1986, los ambientalistas habían iniciado una campaña de sensibilización sobre el futuro del Bio Bio. Esta campaña luego evolucionó hacia una campaña para oponerse a la construcción de represas en el Alto Bio Bio, logrando la participación de aquellos Pehuenches que no querían dejar sus tierras. Desde la elección presidencial de 1989 los Pehuenches que se oponían al proyecto de ENDESA habían dicho que este proceso los iba a desposeer de su tierra y arrinconarlos hacia partes más altas de los Andes. De modo que había una relación directa entre la defensa de su derecho a la tierra y la demanda para que se minimizaran los impactos ambientales y sociales del proyecto hidroeléctrico.

La campaña de los indígenas y ambientalistas tenía preocupado al gobierno y éste respondió que los problemas ambientales y sociales mencionados en el debate serían considerados en propuestas legislativas a ser desarrolladas por el Congreso. En 1993 y 1994 el Congreso aprobó una ley indígena y una ley ambiental. Debido a la cronología de los eventos, el proyecto Pangue había sido ya aprobado cuando esta legislación fue

promulgada pero sin embargo era útil para el proyecto Ralco. Esta legislación fue un obstáculo difícil para ENDESA. La evaluación del impacto ambiental del proyecto Ralco fue un proceso exigente y conflictivo. Pero el obstáculo mayor fue la legislación indígena cuyas regulaciones establecían que los indígenas no podían transferir sus tierras a no indígenas. Mas aún, si la población Pehuenche no quería negociar sus tierras estas no podían ser expropiadas. Este fue un serio impedimento para los planes de ENDESA de construir la represa Ralco.

III. EXPLOTACIÓN PETROLERA, ÁREAS PROTEGIDAS Y AMBIENTE EN ECUADOR

La Reserva de Producción Faunística Cuyabeno en Ecuador se extiende sobre 655,781 hectáreas de tierras inundables y bosque tropical inundado con un alto registro de biodiversidad. El área también es rica en depósitos de petróleo que se están explotando. La reserva es habitada por los pueblos indígenas Cofán y Siona Secoya, algunas comunidades migrantes de los pueblos Quichuas y Shuar y un pequeño número de colonos de la costa y los Andes. El área del Cuyabeno fue declarada Reserva de Producción Faunística a fin de atender a las necesidades de la población local y contribuir a su reproducción material y cultural más que a servir como un parque nacional para la conservación estricta de recursos naturales. De acuerdo a Gradwohl y Greenberg (citado en Kimerling 1993), Cuyabeno es un ejemplo de manejo de áreas protegidas. Sin embargo, Kimerling (1993: 111) reclama que la reserva solo existe en el papel porque en la realidad es un área abierta a la explotación petrolera.

En 1972 se descubrió petróleo en las lagunas del Cuyabeno. El consorcio Cepe-City fue establecido un año más tarde para explotar el área y desde entonces la región ha estado bombeando petróleo a la refinería de Esmeraldas en la costa pacífica. En 1991 la reserva fue expandida pero junto con ello ingresó la explotación petrolera en la nueva área. Petroecuador, Petroecuador-Texaco, Clyde Petroleum y Occidental Petroleum desarrollaron actividades petroleras dentro de la reserva (Kimerling 1993).

Los más recientes conflictos entre la explotación petrolera y las poblaciones indígenas involucraron a los Cofán. Ellos son sobrevivientes de diferentes procesos de contacto que han reducido su población a un grupo de 700 personas. Los Cofán viven en cinco comunidades: Chandia-na'en, Dureno, Duvuno, Sinangu y Sábalo (Ruiz 1993: 652). La comunidad de Dureno se ubica en la zona de influencia[8] de la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno. Esta comunidad ha recibido una titulación sobre un total de 9,571 hectáreas. La comunidad de Sábalo se encuentra dentro del área de la reserva.

[8] Esta es el área que rodea a un área protegida y que es considerada como una zona de transición donde se toman medidas especiales para asegurar que la población local participe en el manejo del área.

El tamaño de su población es descrito como entre 78 personas (Ruiz 1993: 650) y 285 personas (Garcés 1993a: 28). El hecho que la comunidad está ubicada dentro de la reserva es la razón por la que no se ha titulado la tierra que posee y utiliza. La demanda de esta comunidad por el título de sus tierras ha sido siempre un hecho problemático. El artículo 71 de la Ley Forestal, una disposición legal que la Dirección Nacional Forestal ha sido cuidadosa de aplicar, establece que no se pueden constituir derechos de propiedad sobre áreas naturales protegidas.

En 1993, una empresa contratista de Petroecuador inició la exploración petrolera sin la autorización del ente responsable del manejo de las áreas protegidas en el Ecuador, el Instituto Nacional Ecuatoriano de Forestal y Areas Naturales - INEFAN. Esto generó confrontaciones entre los indígenas Cofán y los trabajadores de la empresa de servicios petroleros. Mientras que el Ministro de Agricultura se dirigió al titular de Energía a reclamar por los hechos y notificarle el inicio de un proceso administrativo contra los infractores. A comienzos de julio de 1993 el Presidente Durán Ballén envió una carta al Presidente de Petroecuador indicando que el valor ecológico del área debía ser considerado y por tanto se requería un estudio de impacto ambiental. Semanas después, luego de regresar de un viaje a la zona del conflicto en el Cuyabeno, escribió nuevamente al Presidente de Petroecuador para señalar que de acuerdo a lo que había observado durante su visita la explotación petrolera no causaría ningún daño a la reserva.

Expansión de la producción petrolera

El 24 de enero de 1994, el gobierno ecuatoriano se preparaba para iniciar la sétima ronda de negociaciones petroleras[9] cuando activistas indígenas y ambientalistas tomaron pacíficamente el Ministerio de Energía en Quito exigiendo que el gobierno detuviera la concesión de nuevas áreas petroleras hasta que las compañías petroleras ya operando hubieran remediado los daños pasados y que el gobierno hubiera establecido regulaciones ambientales más estrictas para la actividad petrolera (Jochnik 1995: 3). Estas acciones llevaron a una discusión pública sobre la participación de los grupos ambientales e indígenas en el monitoreo de las actividades petroleras (Trade and Development 1997; Rainforest Action Network 1997). La campaña tuvo el apoyo internacional de la Red de Acción en Bosques Tropicales (Rainforest Action Network) y Oxfam America.

Los grupos indígenas y ambientales criticaron la sétima ronda de negociaciones, asegurando que la contaminación causada por la actividad petrolera había afectado a un 30% del bosque amazónico ya cubierto por bloques de explotación petrolera. Estos grupos afirmaron que, si la sétima ronda era satisfactoria, esto significaría un incremento

[9] Una ronda de licitaciones consiste de una apertura a la recepción de propuestas sobre un número especifico de bloques petroleros por parte del gobierno para su eventual exploración y explotación.

del área afectada por actividades petroleras al 50% del total de los bosques tropicales amazónicos (Interpress Service abril 2, 1994). El Ministro de Energía respondió que estos temores no tenían base porque el gobierno había tomado cuidado de incluir consideraciones ambientales en la legislación y en los contratos de participación[10] a ser usados en esta ronda de negociaciones. «Solo aquellos que pueden mostrar la mejor tecnología ambiental serán beneficiados con los contratos» dijo el Ministro de Energía (Interpress Service abril 2, 1994). Con las modificaciones introducidas en la legislación, el petróleo no sería más comercializado exclusivamente por Petroecuador, la corporación petrolera estatal, sino que se abrió el mercado a los inversionistas extranjeros.

En marzo de 1994, el Centro para los Derechos Económicos y Sociales en New York hizo público un reporte indicando que existían niveles peligrosos de contaminación y problemas de salud asociados con las actividades petroleras en la Amazonía ecuatoriana (Jochnick 1995). El Centro estaba asesorando a un grupo de indígenas ecuatorianos en la preparación de una demanda por abuso de los derechos humanos contra Texaco y el gobierno ecuatoriano a ser presentada ante la Organización de Estados Americanos. El Centro dijo que el gobierno ecuatoriano había dejado de adoptar y ejecutar regulaciones ambientales estrictas y era por tanto responsable por la contaminación en la Amazonía ecuatoriana. De acuerdo a Roger Normand, Director de Política del Centro, los grupos indígenas y ambientalistas ecuatorianos cuestionaban el enfoque estrecho de los grupos de derechos humanos sobre los actores gubernamentales y ampliaban su enfoque para incluir una evaluación del papel desempeñado por las multinacionales en el desarrollo (Jochnik 1995). La interpretación de Normand sobre la responsabilidad de las multinacionales era que, en el caso de la explotación petrolera en Ecuador, estas multinacionales habían asumido en la práctica el papel del gobierno en las áreas donde operaban y en consecuencia debían ser exigidas como responsables por el bienestar y los derechos humanos de la gente que efectivamente gobernaban (Jochnick 1995). El Centro era de la idea de que la política petrolera no era una responsabilidad exclusiva

[10] El contrato de servicio es uno en que la compañía petrolera corre con el riesgo de inversión en la fase exploratoria (Martínez 1995: 186-189). Si no se encuentran reservas petroleras, la compañía que desarrolló la exploración corre con la pérdida y termina el contrato. Si se encuentra petróleo la compañía petrolera tiene el derecho de operar el bloque, proveyendo el petróleo a la corporación petrolera estatal. En tal caso, la ultima asume los costos de la fase exploratoria y paga los costos de producción del petróleo extraído.
El contrato de participación fue introducido en 1994 como un medio de abrir la industria petrolera a la inversión privada. En este tipo de contrato, el gobierno recibe una participación del petróleo extraído y la petrolera es responsable de los costos operativos. El contrato de participación incorporó provisiones para la minimización de los impactos ambientales y sociales (Martínez 1995: 189). La incorporación de estas preocupaciones sociales en los contratos buscaba reducir el impacto de las actividades petroleras y asegurar que la compañía actuara responsablemente en sus relaciones con las comunidades locales.

del gobierno ecuatoriano sino principalmente el resultado de la presión de las multinacionales.

La perspectiva del Centro era algo extremista y dejaba de considerar algunos puntos. Primero, el gobierno ecuatoriano ha reconocido que la actividad petrolera ha causado serios problemas de contaminación y ha afectado a la población de las zonas productoras (CAAM 1995: 109; Presidencia de la República n/d; Ministerio de Relaciones Exteriores 1993: 141; Comisión Asesora Ambiental y Ministerio de Energía y Minas 1995: 3) y ha ido lentamente introduciendo consideraciones ambientales en la legislación petrolera. Segundo, la política petrolera del Ecuador no favoreció directa y exclusivamente a Texaco sino más bien al gobierno ecuatoriano, el que había modificado la concesión original y posteriormente aprobó legislación favoreciendo a su propia petrolera estatal. Finalmente, la Corporación Petrolera Estatal Ecuatoriana había sido parte del consorcio con Texaco y se benefició de ello como era de esperar. La Corporación Petrolera Estatal Ecuatoriana y luego Petroecuador fueron introduciendo continuamente consideraciones ambientales para responder a las críticas sobre el problema y estas modificaciones sirvieron para establecer estándares ambientales que luego se aplicaron en el sector petrolero. Fundamentalmente, en la década de 1990 se introdujeron dos versiones del reglamento ambiental en el sector petrolero además del reforzamiento de la legislación sectorial sobre la contaminación en las aguas, suelos y atmósfera. Si bien la legislación tiene aún mucho campo por desarrollar si se la compara con los modelos de legislación ambiental en los países desarrollados, básicamente se desarrolló una legislación sectorial, aún cuando se carece de una legislación propiamente ambiental de carácter general y principista. En el campo institucional, sin embargo, se creó el Ministerio del Ambiente en 1996, lo cual fue un buen comienzo en términos de potencial desarrollo a futuro.

En noviembre de 1994, la Organización de Estados Americanos envió una delegación oficial a Ecuador para investigar cargos de violaciones de los derechos humanos. Rafael Pandam, Vice-Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), le dijo a la delegación que ellos estaban reclamando no solo el derecho a la libre expresión sino un conjunto de derechos políticos, económicos, sociales y culturales (Jochnick 1995). Ellos estaban interesados en el respeto a los derechos humanos en su sentido más amplio, tales como aquellos incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y especialmente aquellos incluidos en el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo de Costa Rica, ambos de los cuales reconocen el derecho a un ambiente saludable.

En agosto de 1994, el Ministro de Energía, Francisco Acosta, anunció que el gobierno iba a llamar a la octava ronda de negociaciones petroleras para comienzos de 1995. Las áreas ofrecidas para la explotación petrolera incluían cuatro bloques de 200,000 hectáreas en la Amazonía (13, 21, 23 y 24, que eran remanentes de la sétima ronda) y un bloque de 400,000 hectáreas en la costa (Hoy, agosto 22, 1994). Un anuncio del gobierno a comienzos de enero de 1995 confirmó que había planes para duplicar la extensión de tierras amazónicas sujetas a las actividades petroleras (Jochnick 1995).

En respuesta, una coalición de grupos ambientalistas e indígenas, incluyendo a Acción Ecológica y CONAIE, lanzaron una campaña para desafiar la decisión del gobierno. Ellos propusieron una moratoria de 15 años en la perforación de nuevos pozos que involucraría detener las nuevas rondas de licitación, compensar a la población afectada por la contaminación petrolera y reparar los daños al ambiente amazónico. Un equipo de monitoreo de contaminación ambiental de Acción Ecológica presentó reportes sobre la situación de los campos petroleros amazónicos al Ministro de Energía (Hoy, marzo 28, 1995). Yvonne Ramos, jefa de este equipo, declaró que había una necesidad permanente de desarrollar planes de prevención de emergencias y de mejorar la tecnología a fin de evitar los accidentes continuos que habían ocurrido como resultado de estas actividades.

Explotación petrolera dentro de la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno

El 28 de octubre de 1993, cuarenta Cofanes, entre hombres, mujeres y niños, ocuparon las instalaciones de perforación de Petroecuador en el pozo Paujil localizado en la comunidad Sábalo (Rainforest Action Network 1993). Los indígenas indicaron a los trabajadores que detuvieran la perforación exploratoria y se sentaran con ellos a escuchar sus reclamos. En unas pocas horas representantes de la compañía arribaron al área para iniciar negociaciones con los Cofán. Esta era la segunda vez en el mismo año que los Cofán tomaban medidas de fuerza contra las actividades petroleras; más temprano, ese mismo año, habían quemado una estructura de perforación de madera forzando a la compañía a abandonar el área.

Los negociadores de parte de la compañía solicitaron que se permitiera la continuación de las actividades a fin de poder iniciar las negociaciones al día siguiente, a lo que los indígenas accedieron. Las negociaciones se iniciaron la mañana siguiente, cuando los Cofanes de la Comunidad de Sábalo, liderados por su Presidente, Randy Borman[11], demandaron:

1) que no se iniciaran nuevas actividades exploratorias en el área sin la autorización firmada de los Cofán;
2) que la compañía proveyera el acceso libre a todas las áreas de trabajo;
3) que la compañía proveyera a la comunidad toda la información relativa a los probables impactos sociales y ambientales, y
4) que la compañía proveyera paneles solares para la comunidad Cofán (Rainforest Action Network 1993).

[11] Hijo de misioneros norteamericanos, nacido en la Comunidad Cofán de Sábalo.

Los negociadores de la compañía petrolera se comunicaron con su oficina matriz en Quito, donde los oficiales accedieron a proveer US$ 10,000 en paneles solares pero negaron el derecho de los indígenas a negar la autorización para nuevos desarrollos petroleros, a tener acceso a la información social y ambiental y a participar en el monitoreo de las actividades petroleras. La población Cofán exigió que un oficial de mayor rango fuera enviado o de lo contrario paralizarían las actividades nuevamente. De hecho las actividades petroleras continuaron y la población indígena se limitó a negociar sus diferencias al nivel local.

En enero de 1994, Petroproducción presentó una «Declaración de Impacto Ambiental para Actividades de Prospección Sísmica» al INEFAN. Este documento tenía por objeto apoyar la solicitud de autorización para desarrollar la prospección telemétrica digital sobre una extensión de 1,000 kilómetros, incluyendo la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno y su área de influencia (Petroecuador 1995a; Rainforest Action Network 1994). Este proyecto de exploración tuvo un costo estimado de US$ 15 millones y otros US$ 26 millones se iban a invertir en la fase de producción (Rainforest Action Network 1994). El costo estimado por pozo era de US$ 4.5 millones. Acción Ecológica argumentó que este proyecto no sería rentable considerando la caída del precio del petróleo a US$ 10 por barril (Rainforest Action Network 1994). El estudio de impacto ambiental fue aprobado y la China Petroleum Company inicio actividades exploratorias en el área.

La unidad ambiental de Petroecuador produjo un reporte en marzo de 1995 sobre las actividades de prospección sísmica desarrolladas por China Petroleum Company, en las cuales se identificaban violaciones de los estándares ambientales y las regulaciones de salud y seguridad. La Dirección de Areas Protegidas y Vida Silvestre del INEFAN recibió el estudio y estableció que el documento no especificaba los procedimientos de minimización a ser ejecutados por la compañía a fin de alcanzar los estándares básicos. El Directorio del INEFAN consideró el reporte pero decidió autorizar la prospección de petróleo con la condición que la compañía cumpliera los requerimientos del Acuerdo Ministerial 621, Reglamento Ambiental para las Actividades Petroleras en el Ecuador[12], y las propias regulaciones del INEFAN sobre petróleo.

El directorio del INEFAN se volvió a reunir el 8 de junio de 1995 cuando autorizó a Petroecuador a buscar petróleo en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno. Sin embargo, la resolución de INEFAN contenía algunas condiciones. Petroproducción tenía que formar una comisión compuesta de representantes de la unidad ambiental del Ministerio de Energía, INEFAN, la Unidad Ambiental de Petroecuador y del Comité Ecuatoriano de Defensa de la Naturaleza y el Medio Ambiente-CEDENMA[13] para

[12] Acuerdo Ministerial 621, Regulaciones Ambientales en las Actividades Petroleras en el Ecuador, publicado en el Registro Oficial N° 888 de 6 de marzo de 1992.

[13] La organización paraguas que agrupa a las organizaciones ambientales ecuatorianas.

medir y analizar los impactos negativos de la prospección petrolera en la reserva. Petroproducción debía desarrollar actividades de minimización y compensación en la reserva e INEFAN debía supervisarlas. Petroproducción había contratado a la China Petroleum Company para desarrollar la exploración y la compañía planeaba establecer 375 kilómetros de líneas sísmicas dentro de la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno (Acción Ecológica 1995b). Vicente Pólit, Presidente del CEDENMA y su representante en el directorio del INEFAN, rechazaba la decisión pero declaró que los ambientalistas no se oponían a la explotación petrolera en general, porque eran conscientes de las necesidades del país. Él explicó que el CEDENMA se había opuesto a la autorización de la prospección petrolera en la reserva Cuyabeno porque ésta se había hecho sin la asesoría ambiental requerida por la ley (El Comercio, agosto 1, 1995).

El Sub-Secretario para el Ambiente del Ministerio de Energía declaró que, si había violaciones a las regulaciones ambientales durante las actividades de prospección petrolera en la reserva Cuyabeno se detendrían las actividades (El Comercio, agosto 1, 1995). El Director Ejecutivo del INEFAN declaró que la Resolución 004 había autorizado la prospección petrolera en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno dada la importancia de la producción petrolera para el país (El Comercio, agosto 1, 1995).

La población Cofán continuó monitoreando las actividades de la contratista China Petroleum Company en la Reserva y se aproximó a ésta para dialogar sobre los problemas que ellos experimentaban como resultado de las actividades exploratorias. El 20 de julio de 1995 la organización indígena Cofán (ONICE) escribió al Ministro de Energía para informar que en las negociaciones con China Petroleum Company, ésta había aceptado detener todas las actividades sísmicas en el área y negociar con Petroecuador sobre una compensación a ser pagada por los daños causados por China Petroleum Company a las propiedades de los Cofán. Petroproducción aceptó detener las actividades de prospección sísmica en Dureno y compensar a la comunidad de acuerdo a los estándares establecidos en el contrato entre China Petroleum Company y Petroecuador. Delegados de la comunidad Cofán de Dureno se reunieron con el Sub-Administrador de Exploración y Desarrollo de Petroproducción para negociar sus reclamos sobre las actividades petroleras en el área. Finalmente los Cofán aceptaron una compensación de US$ 350 por los daños causados por la instalación de las líneas sísmicas PE-95-1135 y PE-95-2090.

En agosto, el Presidente Ejecutivo de Petroecuador indicó al Ministro de Energía que su compañía estaba estableciendo una comisión supervisora para vigilar el contrato entre China Petroleum Company y Petroecuador. La Comisión Supervisora basaría sus actividades en la regulación existente sobre petróleo y ambiente así como en la Resolución de INEFAN 004, la cual creaba una comisión técnica para medir impactos ambientales causados por la prospección petrolera en la reserva Cuyabeno. La Comisión inició su trabajo el 24 de agosto de 1995. El representante de las organizaciones no gubernamentales ambientalistas en el directorio del INEFAN se negó a ser parte de la Comisión Supervisora por considerar que la Resolución 004 era nula debido a que se

había aprobado en violación de la regulación existente que requería un estudio de impacto ambiental antes de que se aprobara ninguna actividad petrolera. Acción Ecológica decidió participar en la comisión y atendió las reuniones. En su primer reporte la comisión indicó que no había contado con los recursos para llevar a cabo satisfactoriamente su trabajo (INEFAN 1995a).

Concurrentemente, una versión revisada del reglamento ambiental para actividades hidrocarburíferas fue aprobada por el Presidente Durán Ballén. El Decreto Ejecutivo 2982 expandió las provisiones de asesoría ambiental establecidas en el reglamento de 1992, recomendó el uso de productos biodegradables y el uso de regulaciones internacionales de seguridad en el transporte aéreo, introdujo el pago de compensaciones a los pueblos indígenas y colonos afectados por la prospección petrolera y garantizó el derecho ciudadano a denunciar ante la subsecretaria de Ambiente del Ministerio de Energía cualquier caso de contaminación (Comisión Asesora Ambiental y Ministerio de Energía y Minas 1995).

En setiembre de 1995, el Director de Áreas Protegidas y Vida Silvestre del INEFAN, pidió al Presidente de Petroecuador que se suspendieran las actividades de prospección petrolera en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno y solicitó que el directorio del INEFAN reconsiderara la Resolución 004. Él basaba su pedido en el hecho de que la compañía contratista había violado las regulaciones ambientales en el desarrollo de las actividades sísmicas (Ulloa 1995; INEFAN 1995 a). La respuesta de la China Petroleum Company fue continuar la exploración sísmica sobre la base de que solo el directorio del INEFAN podría revisar su propia resolución y ordenar una suspensión de actividades.

La Campaña «Amazonía por la Vida» y la «Agrupación por la Defensa del Cuyabeno» escribieron al Director Ejecutivo del INEFAN solicitando la suspensión de actividades petroleras en la reserva Cuyabeno y la revisión de la Resolución 004 de INEFAN. Jorge Barba, Director Ejecutivo del INEFAN, solicitó a Petroecuador suspender las actividades sísmicas en la reserva debido a que la compañía no había cumplido con los estándares establecidos para las áreas ecológicamente sensitivas. Barba declaró que la reserva había sido afectada por la prospección realizada por China Petroleum Company (Rainforest Action Network 1995).

En octubre el Frente de Defensa de la Amazonía y Acción Ecológica difundieron una declaración de prensa reportando que China Petroleum Company estaba por iniciar la parte de la fase exploratoria que involucraría el uso de explosivos. La declaración confirmaba que se había perforado el pozo Cuyabeno 21 y que el trabajo continuaba en el pozo Sansahuari. Así también solicitaron al INEFAN reconsiderar la Resolución 004, autorizando la prospección sísmica en la reserva Cuyabeno, y la Resolución 005, autorizando la prospección en el Parque Nacional Yasuni. El 28 de noviembre, el directorio del INEFAN se reunió y decidió cancelar el permiso otorgado a Petroecuador para conducir actividades de prospección petrolera en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno debido al incumplimiento de la compañía con los estándares ambientales (Rainforest Action Network 1995).

De acuerdo a Rainforest Action Network, la estrategia de desarrollo petrolero del Ecuador era económica y ambientalmente insostenible. Este grupo argumentaba que si la aproximación del gobierno no cambiaba, en veinte años la región habría perdido todo su potencial para actividades alternativas, tales como el ecoturismo, forestería sostenible y la producción de plantas medicinales (Rainforest Action Network 1997) En 1996, Rodrigo Cerón, administrador de Petroproducción, anunció el descubrimiento de un nuevo pozo, Pacay 1, que era parte de la exploración del pozo Paujil 1 y el Presidente de Petroecuador anunció que la compañía había logrado un acuerdo con los indígenas Cofán sobre explotación petrolera en la reserva Cuyabeno (El Comercio 1996 b).

El Programa Forestal —Profors— de la Agencia de Cooperación Técnica Alemana y el INEFAN evaluaron el plan de acción ambiental presentado por la unidad ambiental de Petroecuador y establecieron que había deficiencias en la operación del plan y propusieron medidas para corregir estas deficiencias. En febrero de 1996, una segunda evaluación encontró que las medidas correctivas no habían sido implementadas, empeorando las deficientes condiciones operativas y el incremento de riesgos de causar daño al ecosistema del área.

El 10 de junio de 1996, Galo Tipac, Jefe del Distrito Forestal bajo cuya supervisión se encuentra la reserva Cuyabeno, dijo que la explotación de los pozos Sansahuari y Cuyabeno necesitaba mejorar (Hoy, 10 de junio de 1996). Él se refería al plan de acción ambiental de Petroecuador, el cual consideraba defectuoso, y solicitaba el apoyo de las instituciones trabajando en las áreas de conservación de la naturaleza y manejo de recursos naturales a fin de presentar alternativas al gobierno a fin de convencerlo a invertir más en mejorar sus planes ambientales.

Diferentes departamentos del gobierno Ecuatoriano han reconocido que las actividades petroleras tienen un impacto negativo sobre la conservación de áreas protegidas tales como la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno, la Reserva Biológica de Limoncocha, y el Parque Nacional Yasuni (Presidencia de la República n/d). El reconocimiento de este problema ha resultado en la introducción de regulaciones ambientales en la legislación petrolera. Desde 1985, cuando se aprobó la primera legislación, el número, detalle y características de la legislación se han incrementado, requiriendo la participación de diferentes departamentos gubernamentales. Inicialmente, la asesoría de impactos ambientales era una materia decidida exclusivamente dentro del sector energía y su unidad ambiental.

La introducción de estándares legales se ha reflejado en la incorporación de prácticas ambientalmente amigables, tales como la planta de reinyección de aguas de diez millones de dólares construida por Petroecuador. En julio de 1996, Petroecuador anunció que había escogido a Sipetrol para construir una planta procesadora de gas en el pozo Secoya en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno, un área donde normalmente el gas se quemaba directamente al ambiente. La decisión era en respuesta a la presión creciente de las poblaciones indígenas para que se mejoraran las condiciones ambientales en las áreas de producción petrolera, especialmente en las áreas protegi-

das (International Gas Report 1996). Los planes eran iniciar los trabajos en agosto de 1996 y tener la planta completada en 1997.

En el caso de la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno una serie de intentos por explorar en busca de petróleo y expandir la producción de éste motivaron la preocupación de ambientalistas e indígenas por el grado de cumplimiento de la legislación y el respeto al derecho de las poblaciones locales. De hecho, la explotación petrolera en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno confirmó los temores indígenas y ambientalistas en relación a la observancia de la ley ambiental. A pesar del hecho de que la legislación ambiental en el sector petrolero se ha enriquecido y mejorado, Petroecuador y sus contratistas violaron las normas ambientales en varias ocasiones y produjeron reportes ambientales que fueron considerados insuficientes y defectuosos, mostrando así un bajo nivel de respeto por las regulaciones ambientales. La intervención de INEFAN en todas estas materias fue crucial. El conflicto en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno mostró la importancia del papel de los grupos indígenas y ambientalistas en demanda de su participación en la formulación de una política petrolera, en el seguimiento de las materias ambientales en el sector petrolero y en el desarrollo de negociaciones con las compañías petroleras.

El tema de la responsabilidad del gobierno es uno muy complejo en la medida en que los gobiernos anteriores a la existencia de regulaciones ambientales pueden argumentar que ellos cumplieron con la legislación vigente en su momento. Es cierto que los sucesivos gobiernos ecuatorianos mejoraron y expandieron el marco legal ambiental e introdujeron estándares ambientales en las actividades petroleras. Sin embargo, también es un hecho que la contaminación por el petróleo es alta en la Amazonía ecuatoriana y que la legislación ambiental no ha prevenido esto. El problema de la contaminación ambiental ha sido dejado de lado por los gobiernos en busca de que fuera el siguiente gobierno el que se preocupara de este tema.

La importancia de la producción petrolera y su contribución al ingreso fiscal ecuatoriano es un factor que limita seriamente cualquier intento por introducir una política ambiental estricta en el sector petrolero. Sin embargo, las acciones de las organizaciones indígenas y ambientales demostró que estas han sido capaces de ganar un espacio para el debate sobre temas de política ambiental. Basados en las provisiones ambientales constitucionales y en los acuerdo internacionales estas organizaciones han contribuido al desarrollo de un debate serio sobre la política ambiental.

IV. ÁREAS PROTEGIDAS, PETRÓLEO Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN PERÚ

La Reserva Nacional Pacaya Samiria, en Perú, se estableció en 1982 sobre un área de 2'080,000 hectáreas de bosques tropicales inundables ricos en biodiversidad. Las cuencas de los ríos Pacaya y Samiria producen 300,000 toneladas métricas de pescado por año, fauna, frutas, y otros productos no-forestales (CAMAD 1992). Una población

de alrededor de 70,000 personas vive en la reserva y su área de influencia. Esta población es en su mayoría mestiza, sin embargo, dentro de la reserva se encuentran algunos poblados con indígenas Cocama Cocamilla. Desde la década de 1970 cuando la región fue abierta a la explotación petrolera, se estableció un conjunto de pozos conocidos como Yanayacu en uno de los límites de la reserva. Petroperú ha extraído petróleo desde entonces.

En 1991 el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori trató de licitar el bloque 61 que se sobreponía a la reserva sobre un millón de hectáreas. Las negociaciones con Texas Crude Exploration Inc. estaban restringidas por el artículo 71 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del Perú, aprobado el 7 de Septiembre de 1990. Este artículo decía que no se podía explotar recursos no renovables dentro de las áreas protegidas. Con ello emergió un debate sobre las posibilidades de explotar petróleo en la reserva. Los ambientalistas argumentaban que el artículo 71 era definitivo en prohibir una nueva explotación petrolera en el área protegida mientras el gobierno señalaba que el artículo 72 indicaba que en caso de concesiones sobre recursos no renovables, si se afectaban áreas protegidas o comunidades indígenas se debía considerar un costo de compensación por la actividad proyectada (SPDA 1995). Las organizaciones no gubernamentales ambientalistas desarrollaron una campaña para presionar al gobierno y a Texas Crude a no continuar la oferta. Estas organizaciones se unieron a organizaciones no gubernamentales de los EE.UU. para levantar apoyo internacional, como resultado de lo cual un congresista norteamericano intervino para expresar su preocupación a la compañía y al gobierno peruano (Entrevista 7).

El Diputado Gustavo Del Solar, un agricultor muy conocido en el medio ambiental y respetado por su intervención en la conservación de la Pava Aliblanca en la costa norte del Perú, escribió al Presidente de Petróleos del Perú y al Ministro de Energía solicitando información sobre las negociaciones con Texas Crude Exploration Inc. En ambos casos el Diputado Del Solar insistía en la prevalencia del articulo 71 del código ambiental y en la prohibición de desarrollar actividades petroleras dentro de la Reserva Nacional Pacaya Samiria.

La Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana, AIDESEP, una organización que representa a las comunidades indígenas de toda la Amazonía peruana, publicó, el 19 de mayo de 1991, un pronunciamiento expresando su desacuerdo con la explotación del bloque 61. Su comunicado indicaba que eran más de 180 comunidades indígenas dentro de Pacaya Samiria, las que serían potencialmente afectadas y que estas mismas comunidades y otros grupos ciudadanos no habían sido invitados a las negociaciones que involucraban al bloque 61, lo que violaba la naturaleza misma de los derechos ambientales que tiene a los ciudadanos como el centro de su acción (Declaración de Río, Art. 1).

Durante mayo, el Ministro de Agricultura expresó que no estaba de acuerdo con la operación de un bloque petrolero dentro de la reserva. Esta opinión, junto a la opuesta por el Ministro de Energía dividió al gabinete en dos grupos (La República, mayo 19,

1991). Por su parte la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental argumentaba que nin-guna institución internacional como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo apoyaría la explotación del bloque 61 incluyendo a la Reserva Nacional Pacaya Samiria (Caillaux, mayo 30, 1991). La organización expresó a través de su Presidente que la producción económica de los recursos naturales de la Reserva Nacional Pacaya Samiria tenía que ser parte de la ecuación para valuar los recursos de la reserva. Citando a Enrique Leff, Caillaux dijo que había una necesidad de crear un nuevo paradigma, comenzando por el principio de la productividad ecotecnológica, refiriéndose a la productividad ecológica de los recursos naturales, la productividad tecnológica de procesar los recursos naturales y la productividad social de las comunidades.

El 16 de mayo de 1991, la Asamblea Regional de Loreto hizo pública su oposición al contrato con Texas Crude Exploration Inc. y expresó un número de razones para mantener la reserva. El Acuerdo Regional 045-91-ARA dijo que sonaba como una ilusión decir que el gobierno había considerado la protección ambiental en las cláusulas de los contratos cuando la experiencia en la región era que la explotación petrolera había causado muchos daños ambientales.

La Contralora Nacional fue llamada para opinar sobre la validez del Decreto Supremo 008-91-EM/VME, concluyendo que el decreto no violaba el código ambiental y que todo estaba claro para llevar a cabo las negociaciones por el contrato con Texas Crude Exploration Inc. Se esperaba que Texas Crude desarrollara entre 400 y 2,000 kilómetros de líneas sísmicas. Estas líneas cubrirían un área de un millón de hectáreas (Caretas, 27 de mayo de 1991). El 21 de mayo de 1991, el Colegio de Biólogos del Perú escribió una carta a la Contralora Nacional sugiriendo que se desarrollaran actividades petroleras en otras áreas de la Amazonía peruana pero no en Pacaya Samiria debido al alto valor ecológico del área y al alto riesgo de polución. Ese 21 de mayo, el Deutscher Entwicklungsdiensl - Servicio Alemán de Cooperación Social Técnica - escribió a la Contralora Nacional expresando su preocupación con la iniciativa de Texas Crude Exploration Inc. en el bloque 61. Ese mismo día, la Red Ambiental Peruana produjo un pronunciamiento a nombre de 77 organizaciones no gubernamentales ambientalistas que se oponían al contrato con Texas Crude, confirmando que los artículos 71 y 72 excluían la posibilidad de desarrollar actividades petroleras dentro de las áreas protegidas y sugiriendo que se desarrollaran actividades petroleras en otras áreas del país.

El 23 de mayo de 1991 el Ministro de Agricultura dijo que iba a producir una explicación más detallada sobre su oposición al contrato con la Texas Crude Exploration Inc. Ese 23 de mayo, la Cámara de Diputados hizo una interpretación del código ambiental y expresó que el Decreto Supremo 008-91-EM/VME había hecho una interpretación particular del artículo 72 del código y había obviado la regulación del artículo 71 que expresamente prohibía la explotación de recursos naturales no renovables en áreas protegidas. La interpretación fue hecha a través de una «moción de orden del día» presentada por unos 18 Diputados liderados por Guillermo Del Solar y Julio Díaz Palacios.

El recurso a la presión internacional

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental —SPDA— escribió a Texas Crude Exploration Inc. indicando los altos riesgos de un contrato que afectara la Reserva Nacional Pacaya Samiria. La SPDA actuó conjuntamente con el Consejo de Defensa de los Recursos Naturales (Natural Resources Defense Council) y la Red de Acción en Bosques Tropicales (Rainforest Alliance Network) para presionar a Texas Crude Exploration Inc. en los EE.UU. y prevenir su participación en el bloque 61. La SPDA argumentó que el lote 61 no existía debido a un requisito del artículo 51 del código ambiental que indicaba que las áreas naturales protegidas solo podían ser reducidas por ley. Otra debilidad era que el Decreto Supremo 008-91-EM/VME formalmente debió haber sido firmado por el Ministro de Agricultura debido a que involucraba un área protegida bajo su jurisdicción. Más aún cualquier aprobación hubiera requerido una evaluación ambiental para cumplir con lo dispuesto por el artículo 8 del código ambiental. La SPDA recomendó renegociar el contrato petrolero en otra área de la Amazonía. Texas Crude Exploration Inc. respondió en una carta un poco sarcástica recomendando a la SPDA a tomar mayores acciones con relación al bloque 61. La prensa reportó que la SPDA había amenazado a Texas Crude Exploration Inc. con acción legal (Gestión, junio 20, 1991). Lo que en realidad hizo la carta de la SPDA fue advertir de los problemas legales en que se podría ver involucrado un contrato en el bloque 61.

Un grupo de organizaciones no gubernamentales ambientalistas, incluyendo a la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, la Asociación Amazonía, la Asociación de Ecología y Conservación, el Instituto Saber, el Instituto de Desarrollo y Conservación y la Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza (FPCN) coordinaron acciones para proclamar su oposición al contrato con Texas Crude Exploration Inc. Estas organizaciones, cuya coordinación efectiva había contribuido antes a mejorar la calidad del proyecto de código ambiental, detener la construcción de una carretera dentro del Parque Nacional Huascarán y del Parque Nacional Yanachaga Chemillen, coordinaron una vez más para oponerse a la explotación petrolera en la Reserva Nacional Pacaya Samiria. Basaban su defensa en las sólidas bases propuestas por el código ambiental. Los artículos 51, 71, y 72 daban a las áreas naturales protegidas una alta prioridad y una protección definitiva contra la explotación petrolera. El gobierno tuvo que realizar una compleja interpretación del artículo 72 y pretender que los artículos 51 y 71 no existían a fin de poder apoyar su proyecto de explotación petrolera. Los ambientalistas aislaron al Ministro de Energía y Minas en su defensa de la explotación petrolera y mostraron que tenían un gran apoyo, incluyendo parlamentarios, el Ministro de Agricultura y el Ministro de Justicia. La división en el gabinete jugó un papel importante al mostrar a la opinión pública que el asunto no era fácil de resolver. Las regulaciones ambientales favorecían programas de conservación en la reserva mientras las necesidades económicas del gobierno insistían en la explotación del petróleo.

Una serie de comunicados advirtió a la opinión pública que:

1. la reserva era el hábitat de un número de especies cuyo valor científico, económico y cultural constituía el principal banco de recursos hidrobiológicos con una producción anual de 8,700 toneladas métricas;
2. la reserva no es el único lugar para llevar a cabo explotación petrolera sino que hay otros 74 millones de hectáreas para ser explorados;
3. la decisión de explotar el lote 61 afectó la credibilidad internacional del gobierno peruano en materias ambientales;
4. ninguna organización financiera internacional apoyaría los esfuerzos para explotar el bloque 61;
5. Pacaya Samiria había recibido y continuaría recibiendo cooperación internacional como reserva;
6. el código ambiental prohibía las actividades petroleras dentro de las áreas naturales protegidas;
7. el Ministro de Agricultura, el único responsable por las actividades dentro de la reserva, se oponía a la actividad petrolera.

Los ambientalistas argumentaron que la reserva era productora de pesca por un monto anual de US$ 80'342,022 (8,700 toneladas métricas) con un potencial para incrementar en un 50% sin afectar el recurso, también producía madera por un valor anual de US$ 2,322'317,442. Aparentemente la producción de tres años era suficiente para sobrepasar la inversión de cinco años de Texas Crude Exploration Inc. (Solano 1991).

El Colegio de Abogados de Lima estudió el Decreto Supremo 008-91-EM/VME y el código ambiental y concluyó que el Decreto Supremo violaba el código ambiental y afectaba el principio de jerarquía de la ley. El 22 de julio de 1991, el Colegio reportó que la única manera de desarrollar actividades petroleras dentro de la reserva requería desarrollar una evaluación ambiental y tenerla aprobada por todos los sectores involucrados para luego aprobar una ley autorizando las actividades petroleras. Así la decisión del gobierno de usar el DS 008-91-EM/VME como el único instrumento legal invadía la jurisdicción del Congreso, convirtiéndose en un acto ilegal. Este hecho de la ilegalidad del DS 008-91 hacía que el bloque 61 fuera jurídicamente imposible.

El 31 de mayo de 1991, la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales sugirió que era posible desarrollar actividades petroleras con extremo cuidado a fin de prevenir la contaminación. Sin embargo, no consideraba el conflicto legal entre el DS 008-91 y la ley. Para promover la inversión extranjera y la privatización el gobierno, por delegación expresa del Congreso, aprobó un conjunto de leyes que incluyeron normas modificando y derogando casi un tercio del código ambiental.

Como resultado de toda esta discusión pública sobre la conveniencia o no de desarrollar actividades petroleras dentro de la Reserva Nacional Pacaya Samiria y luego de considerar la presión aplicada por organizaciones ambientales e indígenas en Perú y los Estados Unidos de Norteamérica la firma Texas Crude Exploration Inc. decidió no continuar las negociaciones con el gobierno peruano a fin de adjudicarse la exploración del bloque 61 (Scurrah 1995).

¿Qué alternativa para la Reserva Nacional Pacaya Samiria?

El gobierno se quejó que los grupos ambientales estaban retrasando el desarrollo del país y la reserva, mientras que no hacían nada para mejorar la calidad de vida de sus habitantes (Entrevista 9). Desde 1994 dos grupos diferentes de organizaciones ambientales nacionales e internacionales, financiadas por agencias internacionales, están trabajando en la conservación y desarrollo del área donde han iniciado proyectos para mejorar la conservación de la reserva, involucrando a la población local y promoviendo las actividades económicas locales, tales como la pesca y la comercialización de productos agrícolas. Sin embargo, el conflicto entre la población local y los grupos de conservación, así como entre estos, parece haber afectado la consecución de estos objetivos. La agencia de cooperación al desarrollo danesa financió un programa de conservación manejado por el Fondo Mundial para la Naturaleza (World Wide Fund for Nature - WWF) y el Foro Internacional del Movimiento Laboral Danés, un sindicato danés (WWF 1996). El proyecto ha sido implementado en colaboración con dos organizaciones indígenas de la reserva, la Asociación Indígena de Conservación del Pacaya - AIDECOP y la Asociación Indígena de Conservación del Samiria - AIDECOS. Este proyecto busca crear un sistema de manejo sostenible de los recursos renovables en el área a fin de mejorar las condiciones de vida de la población local mientras se conserva el área. La fase inicial en dos áreas seleccionadas se orienta al desarrollo comunitario, incluyendo la salud, educación bilingüe y el manejo de recursos naturales (WWF 1996). El proyecto del WWF-Dinamarca ha promovido la titulación de las comunidades indígenas y el desarrollo de actividades extractivas. Las comunidades locales se han organizado para hacer un mejor uso de los recursos acuáticos, forestales y agrícolas a través de la comercialización (Entrevista 9).

La Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (US-AID), la organización no gubernamental internacional Conservación de la Naturaleza (Nature Conservancy) y la Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza - Pro Naturaleza - elaboraron un programa de US$ 5 millones para mejorar la conservación en la reserva a través de programas que consideran el uso local de los recursos para aliviar la pobreza, educación ambiental y manejo de parques. El proyecto creó «Centros de Conservación y Desarrollo» que sirven a la comunidad como centros de reunión comunal y aulas de enseñanza. Estos centros desarrollan cursos en técnicas de pesca y aprovechamiento de fauna (Schmidt-Lynch 1994: 23). La Reserva Nacional

Pacaya Samiria es el área protegida que ha recibido el mayor aporte económico en todo el país (Entrevista 9).

El hecho de que el Perú estaba atravesando un período de dificultad económica es un hecho reconocido por todos los actores en el debate sobre la explotación de petróleo dentro de la Reserva Nacional Pacaya Samiria. Sin embargo, existían diferencias sobre como resolver estas dificultades económicas y qué costos ambientales estaban dispuestos a asumir. El ministro de Energía y Minas y la empresa Petróleos del Perú argumentaron que la explotación petrolera debía tener la primera prioridad a fin de aportar divisas a la economía peruana. De manera que la explotación petrolera debería llevarse a cabo incluso dentro de áreas naturales protegidas. Sin embargo, propusieron incorporar regulaciones ambientales para asegurar que el ambiente no seria afectado. En el lado de los ambientalistas, estos estaban más preocupados con el respeto estricto del entonces recién aprobado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Ellos reconocían la necesidad del país por divisas pero argumentaban que el petróleo podría explorarse en otras partes de la Amazonía, pero no dentro de áreas naturales protegidas.

Para el gobierno este caso probó ser uno difícil. Las diferentes posiciones dentro del gabinete representaban las diferentes facciones debatiendo cómo mejor contribuir al desarrollo sostenible del Perú. Este debate ocurrió en un momento cuando el Perú se encontraba en medio de un proceso de cambio que involucraba un cuestionamiento del papel del estado y del papel de la inversión extranjera en el desarrollo. En este caso, era evidente una tensión entre las facciones opuestas mientras el gobierno intentaba reconciliar posiciones. El gobierno Fujimori era un promotor de la reestructuración del estado, la privatización y la modernización. Las limitaciones que colocaba el código ambiental a la explotación petrolera fue percibida por el gobierno como un problema que debía ser resuelto. Las modificaciones a la legislación fueron un intento del gobierno Fujimori de lograr el balance correcto en busca de una solución aceptable para las partes en disputa. Esta búsqueda del balance puede observarse nuevamente en 1994 cuando el Congreso aprobó una ley creando el Consejo Nacional del Ambiente.

V. LECCIONES DE LOS ESTUDIOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

Las regulaciones ambientales juegan un papel inicial en establecer las reglas básicas para la prevención, manejo y minimización de problemas ambientales. Pero las decisiones políticas toman en cuenta un rango más amplio de factores, tales como el probable impacto de la decisión en áreas relacionadas del escenario político, los costos económicos involucrados y las posibles respuestas sociales y políticas. La evaluación de nuevas propuestas de política requiere que se examinen las respuestas a los resultados de política previos, en términos de su contribución a la minimización y resolución del conflicto ambiental. Este artículo argüirá un conjunto de lecciones para la formulación de políticas basándose en las contribuciones de Silva (1995), Scurrah (1995) y Hopkins (1995).

Silva (1995) sugiere tres lecciones:

- que la política ambiental Latino Americana favorecerá una aproximación más favorable al mercado sobre la propuesta alternativa, como un resultado de factores internos y externos;
- que los actores externos, tales como el Banco Mundial, el Fondo Global para el Ambiente y el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, limitan el espacio de acción de los ambientalistas más alternativos o radicales; y
- que estos ambientalistas tendrán que limitar sus esfuerzos a pequeños proyectos y luchar para crear un espacio político en el cual desarrollar sus proyectos.

En el caso chileno estas características se aprecian en el proceso de desarrollo de la política ambiental donde el sector empresarial estuvo involucrado en la preparación de la ley ambiental y de hecho manifestó una gran preocupación por que el gobierno presentara una aproximación gradual al tema ambiental (Entrevista 12). Ciertamente el espacio de acción del Grupo de Acción por el Bio Bio se halla limitado tanto como el Centro Mapuche Pehuenche del Alto Bio Bio por las condiciones sociales y políticas. Sus propios proyectos demuestran la dificultad de su acceso a recursos internacionales. Conjuntamente con ello se observa un cierto avance en el desarrollo positivo del espacio político ganado por estos actores sociales.

En el caso ecuatoriano, se presenta un desarrollo parcial de la política ambiental, por lo menos en el sector petrolero, y se espera el desarrollo de una mayor legislación en el mediano plazo a fin de dar una visión integral al manejo de la política ambiental. En todo este proceso se ha desarrollado una perspectiva favorable al mercado y de hecho se ha considerado causar el mínimo efecto negativo en el sector empresarial. Igualmente se observa que la labor de los ecologistas más alternativos se halla restringida a pequeños proyectos alternativos pero que, sin embargo, tienen un gran significado político en la medida que coadyuvan al cumplimiento y ejercicio de derechos indígenas y ambientales. El espacio ganado por estas organizaciones es pequeño. Sin embargo, significa mucho en términos de una sociedad latinoamericana obnubilada por la prioridad del crecimiento económico.

En el caso peruano hay un desarrollo de la política ambiental donde se observa el claro interés de dar un marco favorable al mercado. De hecho el propio gobierno Fujimori derogó parte de la legislación ambiental, previamente aprobada por su gobierno, mediante dispositivos de promoción a la inversión privada. El desarrollo sectorial del marco de legislación ambiental se ha dado con la intención de alcanzar el desarrollo sostenible. Los ecologistas alternativos, igualmente, se han limitados a pequeños proyectos de desarrollo, cuyo impacto es más a través de dar un ejemplo de opciones alternativas antes que significar un cambio del proceso de desarrollo en cada país.

Otra constatación en los tres países es que el desarrollo más significativo de la política ambiental se está dando sectorialmente antes que integralmente a través de una institución central que dirija la política ambiental. Si bien existen autoridades ambientales, el manejo de la política ambiental tiene un fuerte matiz sectorial, de manera que sectores como minería o hidrocarburos tienen un determinado desarrollo de legislación ambiental que es diferente, por decir, al sector agricultura o al sector vivienda. Es decir, las prioridades de los sectores hacen que el desarrollo de temas ambientales en los sectores sea disparejo, de modo que los factores impulsando el desarrollo de la legislación ambiental tienen un impacto diferenciado en los distintos sectores.

Por otro lado, Scurrah (1995) formula seis lecciones:

- la primera es que los resultados de los conflictos de política ambiental son influenciados por el contexto sea este político, económico, tecnológico o similar;
- que hay riesgos y peligros en las estrategias conciliatorias o intransigentes en la medida en que la democratización se amplía;
- que el establecimiento de alianzas es un factor crucial en determinar el resultado de un conflicto;
- que la información precisa e investigación son un arma eficaz;
- que los gobiernos no siempre juegan un rol esencial en los conflictos ambientales, y
- que las compañías del Tercer Mundo pueden ser menos vulnerables a las presiones del movimiento ambiental que las corporaciones multinacionales.

En los tres casos el contexto político y económico influyó en la toma de decisiones. Así se puede observar que cuando la prioridad es el desarrollo y el crecimiento económico, en este contexto las propuestas de rechazo a la construcción de centrales o la moratoria a la explotación petrolera resultan posiciones radicales que tienen un espacio limitado donde lo que se busca es el desarrollo de tales actividades pero incorporando variables ambientales a fin de manejar el impacto ambiental de las mismas. Solo en el caso peruano se logró que el proyecto de actividad petrolera no prosperara y se mantuviera la prioridad de la conservación, sin embargo, esto se dio con un elevado costo que fue la modificación y derogatoria de un tercio del código ambiental, lo que implicó un retroceso en el desarrollo de legislación ambiental.

Scurrah habla de la presencia de riesgos y peligros en las estrategias conciliatorias e intransigentes. De hecho existen estos riesgos en cualquier estrategia de negociación. Sin embargo, se observa que las estrategias conciliatorias mantienen abierta la puerta de la negociación directa mientras que las propuestas intransigentes tienden a recurrir a la presencia del Estado como mediador y decisor de política. También se nota que las propuestas intransigentes juegan el rol de convertirse en el extremo radical de una eventual negociación, donde las estrategias conciliatorias juegan el papel de acercar a las partes a negociar y eventualmente a lograr un acuerdo.

En el caso chileno los Pehuenches se dividieron en al menos dos grupos, uno en favor de una aproximación conciliatoria a la negociación con Pangue S. A. y otro en contra de las propuestas de Pangue S.A. El primer grupo de Pehuenches decidió involucrarse directamente en la implementación de los aspectos sociales del proyecto hidroenergético en el alto Bio Bio. Como resultado de esta aproximación se beneficiaron con la ejecución de proyectos de mejora de la calidad de vida de la población local al tiempo que ofrecieron legitimidad a la labor de Pangue S. A. y de la Fundación Pehuén. Por otro lado, los Pehuenches que se oponen a la construcción de centrales energéticas en el alto Bio Bio desarrollaron una propuesta intransigente que, sin embargo, dio resultados en el sentido de concertar atención pública en apoyo a sus demandas sobre el desarrollo en el alto Bio Bio. En el caso de la aproximación conciliatoria de los Pehuenches estos claramente intercambiaron legitimidad por beneficios directos a través de los proyectos de la Fundación Pehuén. En el caso de la perspectiva intransigente de los Pehuenches oponiéndose a la construcción de centrales en el Bio Bio, estos decidieron ejecutar sus propios proyectos de desarrollo alternativo local a fin de no conceder ninguna legitimidad a favor de Pangue S. A. En este caso el riesgo de dicha estrategia es la dificultad para acceder a fondos en apoyo de dichos proyectos.

En el caso ecuatoriano la estrategia conciliatoria de negociación permanente entre los Cofán y las empresas petroleras ofreció mejores resultado en el sentido de que favoreció la indemnización de daños causados a la propiedad de los Cofán. Inicialmente la estrategia de los Cofán fue la de una aproximación intransigente donde si bien lograron detener la operación petrolera temporalmente no lograron que sus interese y demandas fueran escuchadas.

En cuanto al establecimiento de alianzas, estas juegan un papel crucial en favorecer el resultado exitoso de un conflicto ambiental. Las alianzas permiten ampliar la demanda de legitimidad de una posición política determinada. Tal es el caso de la alianza entre organizaciones no gubernamentales ambientales y organizaciones indígenas, que se puede observar en los tres casos estudiados. Esta alianza logró ampliar el impacto de las demandas ciudadanas por el ejercicio de derechos humanos. O, por ejemplo, el caso de la alianza entre organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, también observada en los tres casos, donde el efectivo uso de escasos recursos permite acceder a una audiencia mayor con el objeto de influenciar las decisiones de política ambiental. La participación de organizaciones de nivel internacional permitió reforzar las demandas de las organizaciones nacionales y darles un alcance global, a la vez que hacer más efectiva la presión sobre los actores nacionales como el Estado y el sector privado.

Igualmente coincido con Scurrah en la importancia de la generación de información precisa e investigación como arma eficaz en el debate ambiental. En los tres casos se observa que la poca información disponible fue utilizada al máximo como referente de lo que estaba pasando en cada conflicto. En los tres países los ambientalistas e indígenas accedieron a la información técnica de manera extraoficial y más bien buscaban garantizar su derecho a acceder a la información de manera oficial a través de los procedi-

mientos de evaluación ambiental y a través de la consagración del derecho de acceso a la información. Esta fue una demanda concreta en el caso de los Cofán y de los Pehuen-ches. Acceder a la información es importante por cuanto ésta permite que el debate se de alrededor de hechos informados antes que sobre suposiciones y conjeturas que distorsionan las diferentes posiciones involucradas. Para las organizaciones ciudadanas el acceso a la información es una clave para configurar la extensión y características de la problemática ambiental que confrontan, de ahí su interés en consagrar el derecho a la información. Mientras que para las organizaciones respecto de las cuales se espera un comportamiento ambiental idóneo, como sería el caso de las empresas petroleras e hidroenergéticas, éstas prefieren que la información sea restringida de modo que puedan en cierta medida manipular el manejo de la misma.

Siguiendo a Scurrah se observa que los gobiernos no siempre juegan un rol esencial en los conflictos ambientales. Efectivamente en los tres casos el gobierno juega claramente sus cartas por una opción determinada y si bien trata de mantener su rol mediador se nota claramente su compromiso con las necesidades del crecimiento económico (Brañes 1991: 117). Así pues parecería que su papel es decisivo en influenciar el resultado de un conflicto ambiental. Sin embargo, se observa que los actores internacionales y el propio sector privado no solo consideran la posición del Estado para decidir sus acciones en un determinado conflicto ambiental sino que también toman en consideración la posición de actores internacionales como la banca de desarrollo internacional y las organizaciones no gubernamentales ambientales e indígenas. Por ejemplo, en el caso de Texas Crude Exploration Inc. la posición de los ambientalistas y organizaciones no gubernamentales ambientales pesó en la decisión de no continuar con la negociación pese a que el Estado estaba dispuesto a realizar concesiones a fin de lograr el acuerdo sobre el lote 61.

Finalmente, Scurrah observa que las compañías del Tercer Mundo pueden ser menos vulnerables a las presiones del movimiento ambiental que las corporaciones multinacionales. Efectivamente, la globalización es un factor que favorece la constitución de actores globales más respetuosos de la opinión pública internacional y vulnerables a la presión ejercitada por medios formales, mientras que las compañías del Tercer Mundo aparecerían como menos vulnerables a las presiones formales de actores internacionales debido a que no tienen necesidad ni les preocupa tener una legitimidad internacional de ser una empresa ambientalmente limpia o abierta a la negociación. En una suerte de terco parroquialismo las compañías del Tercer Mundo se negarían a incorporar estándares ambientales en sus actividades. Si bien esto es cierto en términos gruesos, en un sentido más particular estas propias empresas están atravesando un proceso de institucionalización de la cuestión ambiental, lo que hace que a mediano y largo plazo, como resultado de la implementación de una política gubernamental ambiental, se preocuparan por tener una imagen ambientalmente más limpia. En el caso chileno como resultado de la presión ejercida fundamentalmente por los ambientalistas e indígenas entre 1986 y 1991, Pangue S. A. decidió dar un paso adelante y presentar una

imagen ambiental limpia a través de la creación de la Fundación Pehuén como responsable del impacto social del proyecto hidroenergético. Pangue S.A. también incorporó en sus contratos con terceros cláusulas referidas a la minimización del impacto ambiental y social. En el caso ecuatoriano se observa una confirmación de lo sugerido por Scurrah al observar la actitud de los contratistas de Petroecuador, Arroyo Vera Ingenieros y China Petroleum Company, los que desarrollaron una actividad exploratoria poco cuidadosa del ambiente aún cuando se encontraban bajo la presión y observación de ambientalistas e indígenas. En el caso peruano la presión de los ambientalistas surtió efecto sobre Texas Crude Exploration Inc. la que declinó formular una oferta para la operación del bloque 61 debido a los altos costos que una operación tal podría tener sobre su imagen. De hecho un factor decisivo fue la efectiva alianza y presión ejercida tanto a nivel nacional como internacional.

Por su parte Hopkins (1995) sugiere las siguientes lecciones:

- que el desarrollo de una conciencia ambiental al nivel de la política nacional es un factor crucial, una tarea que deben desarrollar el sector público y las organizaciones no gubernamentales, siendo estas ultimas las que han cargado con la mayor parte del peso;
- que una base legal es un deber, ya que el sistema de derecho civil puede retrasar el proceso de política y puede requerir litigios judiciales;
- que la necesidad de reconciliación abre la oportunidad para el dialogo alrededor del desarrollo sostenible.
- en el ámbito local, él concluye que los programas de conservación que involucran poblaciones locales y proveen alternativas económicas son más exitosos que aquellos que involucran una aproximación exclusivamente preservacionista; que es conveniente incorporar métodos de agricultura y supervivencia económica usados por poblaciones locales en el desarrollo de programas de conservación; que el interés de las poblaciones locales requiere ser incorporado en el análisis de costo beneficio de los proyectos de conservación; que las comunidades locales deben ser incorporadas en la planificación y manejo; y que la participación de los actores internacionales tales como las organizaciones no gubernamentales es benéfica.

En efecto el desarrollo de una conciencia ambiental al nivel de la política nacional es un factor crucial en la consolidación de una política ambiental nacional y en la integración de la variable ambiental en el desarrollo. En los tres casos se nota el despertar y avance en el desarrollo de una conciencia ambiental, fundamentalmente a manos del sector público y las organizaciones no gubernamentales. El ejercicio de los derechos ambientales e indígenas es una muestra clara de la toma de conciencia de estos actores y de la importancia que estos otorgan a la utilización de los mecanismos formales de la política ambiental. En el caso chileno, en particular, se observa la convocatoria exitosa

de las organizaciones ambientales e indígenas a la ciudadanía a fin de participar activamente en actos de demostración y protesta pública en defensa del alto Bio Bio. En los casos ecuatoriano y peruano también se muestra un desarrollo de la conciencia ambiental en el ámbito de la ciudadanía y en particular de organizaciones representativas de la sociedad civil, tales como colegios profesionales e instituciones privadas, además del público en general. En el caso ecuatoriano el conflicto alrededor del impacto ambiental de la actividad petrolera dio origen a la creación del Comité para la Defensa de la Amazonía que ha organizado sistemas de monitoreo ambiental entre organizaciones indígenas y de colonos y ha expandido su accionar a otras zonas de la Amazonía ecuatoriana (Scurrah 1998).

Hopkins también sugiere que es necesario desarrollar un marco legal ambiental. Esta propuesta es concordante con una serie de documentos de política que inciden en la importancia de desarrollar un marco legal ambiental adecuado a las necesidades de un estado moderno (Brañes 1991: 119; Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe n/d: 88; Unión Mundial para la Naturaleza, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Fondo Mundial para la Naturaleza 1991: 11; Comisión Amazónica de Desarrollo y Medio Ambiente 1992: 90-91). De hecho esta ha sido una de las prioridades en el proceso de desarrollo de la política ambiental en cada uno de los países bajo estudio. Concretamente, en los casos chileno y peruano se desarrolló un marco legal ambiental y lo hicieron como primer paso para el establecimiento de una política ambiental nacional. En el caso ecuatoriano, la evolución del sector hidrocarburos es indicativa de la prioridad que tiene el desarrollo de una base legal como antecedente al desarrollo de una política ambiental eficaz y estricta.

Finalmente, la necesidad de reconciliación abre la oportunidad para el diálogo alrededor del desarrollo sostenible. La propuesta del desarrollo sostenible y la incorporación de la variable ambiental en el desarrollo son una oportunidad y un desafío para un diálogo abierto alrededor del desarrollo y su dirección. En los tres casos se observa un inevitable debate sobre el significado del desarrollo y sus consecuencias para el ambiente y los pueblos indígenas.

El debate ambiental

En el caso chileno es posible observar que la evolución del debate entre grupos indígenas y ambientales, por un lado, y el gobierno, por el otro lado, obtuvieron respuestas a dos niveles: un nivel general de política y un nivel legislativo más concreto. Las respuestas generales del gobierno se preocuparon de satisfacer la necesidad de definiciones políticas sobre el papel del gobierno en el desarrollo del país, el rol de las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, para nombrar unos pocos. Al nivel concreto de la legislación se aprobaron un conjunto de normas específicas que lentamente abrieron la oportunidad para la negociación del conflicto ambiental. Así es significativo anotar cómo el Presidente Aylwin declaró en 1992 que no tenía instrumentos legales con que

operar y comparar esta situación con las declaraciones del Presidente Frei en 1996 cuando declaró que el rol de los funcionarios públicos no era el decidir si un proyecto se lleva a cabo o no sino asegurar que su ejecución se haga de acuerdo a la normatividad vigente. En el caso ecuatoriano igualmente se nota una respuesta general del gobierno donde se incorpora la variable ambiental al conjunto del discurso gubernamental, mientras que en el nivel de la legislación se dio un desarrollo normativo con relación al sector hidrocarburos.

En el caso peruano el debate ambiental llegó al seno del gobierno, produciendo una división del mismo alrededor de dos posiciones contrapuestas sobre cómo concebir el desarrollo del país y qué actividades favorecer para ello. El hecho de que el conflicto alrededor de Pacaya Samiria tuviera un resultado favorable a los ambientalistas permitió la ejecución de proyectos alternativos de conservación y desarrollo local, demostrando que la conservación del área sí era una alternativa viable. Es importante resaltar la actitud del Ministro de Agricultura quien indicó que no estaba de acuerdo con la opera-ción del bloque petrolero 61 dentro de Pacaya Samiria. El Ministro discrepó abiertamente e hizo pública su opinión contraria a la explotación petrolera en la reserva. Otro factor importante fue la manifestación de la Asamblea Regional de Loreto en el sentido de que desconfiaba del compromiso del gobierno central con la protección ambiental dado que la experiencia indicaba que la explotación petrolera había causado daños ambientales en la región.

Es relevante ver cómo la campaña de las organizaciones ambientales e indígenas peruanas por proteger a la Reserva Nacional Pacaya Samiria convocó a otras instituciones de la sociedad civil como el Colegio de Biólogos y el Colegio de Abogados. Este último estudió el caso y concluyó que la propuesta de un bloque petrolero dentro de la reserva violaba la normatividad vigente y hubiera requerido por lo menos una evaluación del impacto ambiental. Incluso el Servicio Alemán de Cooperación Social Técnica, una agencia de cooperación internacional sin matiz político opinó por la conservación de la reserva.

En las entrevistas con ambientalistas e indígenas (Entrevistas 1, 2, 3, 4, 6) hay una defensa de una posición ideológica, presentando un discurso en favor de un modelo de desarrollo alternativo y una critica al modelo de desarrollo neoliberal. En el discurso de estas organizaciones hay un valor político superior que es el de la visión holística del desarrollo y sobre qué tipo de proyectos se necesitan llevar a cabo para la promover la calidad de vida mientras se cuida el ambiente y se respeta las poblaciones indígenas. Esta es ciertamente una visión que pone los valores ecológicos por delante a la vez que considera la necesidad del crecimiento como elemento clave para promover el desarrollo. En el caso peruano los ambientalistas también presentan una posición ideológica que critica el economicismo de corto plazo y propone una discusión sobre los valores a considerar en el debate. En el caso ecuatoriano igualmente los ambientalistas critican el modelo de desarrollo y en particular la expansión de la actividad petrolera como pilar del desarrollo. En el comentario de algunos de los críticos del modelo neoliberal

es posible ver la presentación de una perspectiva económica del ambientalismo en el desarrollo. Esta perspectiva da un gran valor a los temas ambientales y promete preocuparse primero de aquellos casos de conflicto ambiental en los que hay una situación en la que todos ganan. Esta es una visión propuesta también por el Banco Mundial (1995).

El punto de vista alternativo propone entender a la modernidad y la confrontación del desarrollo por parte de las sociedades no occidentales o indígenas. Esta es una visión que critica los efectos colaterales del crecimiento económico. Una visión que crítica la falla de la moderna sociedad capitalista para enfrentar los problemas ambientales y sociales en las ultimas dos décadas. Esta corriente ha echado raíces en el discurso político contemporáneo, y propone un mayor compromiso con los esquemas comunitarios en la sociedad moderna. Esta propuesta apuesta por un modelo ecológicamente equilibrado de desarrollo con redistribución del ingreso, canalización de demandas políticas y ciudadanía con desarrollo.

En los 1990´s el desarrollo continua siendo el tema principal en la agenda de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) y los países Latinoamericanos. El desarrollo ha sido renovado con la incorporación de la problemática ambiental. El Banco Mundial y el Banco Inter Americano de Desarrollo están apoyando el desarrollo sostenible a través de proyectos ambientales e incorporando la perspectiva ambiental en sus proyectos de inversión en toda la región Latino Americana. En los países de la OECD el desarrollo es una materia de planificación de largo plazo, mientras que en los países bajo estudio este tema ha ingresado solo recientemente en la agenda pública. Chile y Perú cuentan con un marco legislativo principista y una institución gubernamental central, mientras que Ecuador solamente cuenta con un Ministerio del Ambiente y aún está negociando un proyecto de legislación ambiental general.

Demandas de ciudadanía

Las discusiones sobre la población indígena muestran a través de las entrevistas cómo esta población presenta una demanda de ciudadanía para su incorporación a la sociedad occidental a la par con una demanda por el reconocimiento de la diversidad cultural en los tres países. Este es particularmente el caso de los Pehuenches, ya que los Mapuches en general ya llevan una larga experiencia de interacción y demanda política en Chile. En Ecuador y Perú estas demandas de ciudadanía han sido presentadas hace ya un par de décadas. En el caso peruano, la Constitución de 1920 incorporó a las comunidades indígenas andinas y costeñas bajo protección legal. En 1974, el gobierno de Juan Velasco Alvarado dictó legislación específica para las poblaciones indígenas amazónicas. Sin embargo, el proceso de organización de los Cocama Cocamilla sólo se ha iniciado recientemente como parte de los proyectos de desarrollo local dentro de la Reserva Nacional Pacaya Samiria. En el caso de Ecuador los temas indígenas amazónicos se han tratado desde la década de 1960 cuando se creó la primera organización indígena amazónica. Fue en la década de 1980, como resultado de la Constitución de 1978, que

estas materias fueron tratadas como un tema separado a aquel de las poblaciones indígenas andinas. El proceso de organización de los Cofán también es relativamente reciente en la medida que ha ocurrido en la última década.

En el caso de las demandas de los Cofán se observa el reclamo del derecho al efectivo control de su territorio, hecho que se gráfica con su demanda de que no se iniciaran nuevas actividades exploratorias en el área sin su autorización por escrito. Si bien este reclamo no tuvo éxito es indicativo del problema que enfrentan las poblaciones indígenas debido a la ficción jurídica que permite tratar al subsuelo separadamente del suelo. Es decir, mientras los Cofán tienen reconocido el uso del suelo a su favor, el subsuelo puede ser dado en concesión a una empresa petrolera lo que hace que sobre un mismo espacio existan dos titulares reconocidos, sin que para ello se hayan establecido mecanismos de coordinación o de resolución de diferencias sobre el manejo del mismo espacio, lo que evidentemente resulta en conflictos. Este es un problema que la legislación debería atender a fin de minimizar las posibilidades de conflicto, estableciendo, por ejemplo, oportunidades para el dialogo y el acuerdo sobre las actividades a desarrollarse en una determinada área y la necesidad de un arbitraje en caso de diferencias. La situación se complica aún más cuando existe autorizaciones para la explotación forestal o minera pues todos estas se agregan al mismo espacio y se generan por autoridades independientes que no coordinan entre si y que hacen uso de la ficción jurídica que separa al suelo del subsuelo.

Otro elemento importante de la demanda de los Cofán es el pedir que la compañía proveyera acceso libre a todas las áreas de trabajo. Es decir, un derecho de inspección y supervisión de la actividad petrolera que si bien no fue aceptado por la petrolera muestra el interés de los indígenas de hacer un seguimiento permanente a las actividades dentro de su territorio en busca de un efectivo control del mismo. El único punto de las demandas de los Cofán al que accedió Petroecuador fue a la entrega de paneles solares por un valor de diez mil dólares, en una actitud clientelista que lejos de absolver las demandas por una negociación seria e informada entre indígenas y la empresa petrolera prefirió negarse a abrir espacios de diálogo y negociación, dejando la relación en una característica relación clientelar entre un actor económica y políticamente poderoso y otro actor carente de recursos.

En la evolución del conflicto entre los Cofán y las empresas petroleras dentro de su territorio se observa una transición de la acción violenta hacia un proceso de negociación. Inicialmente los Cofán recurrieron a acciones de toma de instalaciones e incluso de quema de una estructura de perforación. Sin embargo, a lo largo del desarrollo de su relación con Petroecuador y China Petroleum Company los Cofán accedieron a la negociación directa y buscaron mantener un espacio de dialogo. Un proceso similar de institucionalización ha sido observado por Mac Donald (1996: 5) en otras organizaciones indígenas:

> «A pesar de una historia marcada por acciones colectivas violentas, la mayoría de las actividades de las organizaciones indígenas actuales se caracterizan por acciones no

violentas y aproximaciones de manejo del conflicto que sugieren sobre el deseo de buscar la institucionalización más que la polarización de las relaciones. Para ilustrar el principal marco cultural alrededor del cual se ha movilizado el movimiento indígena, estos son los derechos tradicionales a la tierra y los recursos. Sin negar o disminuir el interés material genuino por la tierra y los recursos, la investigación sugiere que este marco ha servido también como un medio simbólico para unificar al movimiento en sus críticas al gobierno como un balance para avanzar objetivos socio-políticos más amplios».

En el caso peruano las organizaciones ambientalistas e indígenas se unieron rápidamente a fin de desarrollar una campaña de presión sobre Texas Crude Exploration Inc. y el gobierno peruano. Esta campaña involucró a organizaciones no gubernamentales internacionales. El resultado fue altamente positivo para las organizaciones no gubernamentales, ya que lograron involucrar a un congresista norteamericano y a diputados del congreso peruano los que intervinieron para demandar información y explicaciones de las autoridades del Ministerio de Energía y Minas. Es importante resaltar la interpretación del código ambiental efectuada por la Cámara de Diputados en el sentido de que esta norma prohibía la explotación petrolera en la Reserva Nacional Pacaya Samiria.

Los representantes de las organizaciones indígenas reclamaron el hecho de que no habían sido invitados a participar de las negociaciones con Texas Crude Exploration Inc., lo cual interpretaban como una transgresión de su derecho a un ambiente sano y equilibrado. De hecho la normatividad vigente no había consagrado el derecho de participación de los indígenas en la toma de decisiones sobre la explotación petrolera, pero estos interpretaban que en la medida en que tal decisión podía afectar el futuro de las comunidades colonas e indígenas de Pacaya Samiria ellos debían ser considerados como parte a ser escuchada. Al momento en que se desarrollaron estos eventos aún no entraba en vigencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que consagra una serie de derechos de las poblaciones indígenas.

En el caso peruano las organizaciones ambientales e indígenas fueron muy exitosas al lograr que Texas Crude abandonara su intención de explorar petróleo dentro de la reserva. Fue la efectiva coordinación de estas organizaciones con sus pares internacionales la que logró convencer a la compañía petrolera de que la exploración del bloque 61 traería una larga secuela de acciones de presión y demanda pública contra la empresa. Aún más importante es el hecho de que las organizaciones ambientales lograron implementar proyectos de conservación y desarrollo en la reserva, demostrando así que la conservación de los recursos naturales es una alternativa viable que puede contribuir al desarrollo sustentable.

El gobierno de Fujimori quedó muy frustrado por la cancelación del contrato con Texas Crude. Dado el interés del gobierno en promover la inversión extranjera y con el fin de evitar otro incidente como el de Pacaya Samiria, el gobierno decidió modificar la legislación ambiental a fin de abrir el camino a otras probables inversiones extranjeras

en el sector petrolero. Sin embargo, es importante anotar como pese a ello hasta la fecha no se ha vuelto a proponer la posibilidad de explotación petrolera dentro de la Reserva Nacional Pacaya Samiria ni dentro de ningún otra área protegida. Este conflicto fue un pulseo político entre el gobierno y las organizaciones ambientales e indígenas donde, siendo estas ultimas infinitamente menos poderosas que aquel, lograron, sin embargo, ganar una batalla en la que contaban con la razón legal y el respaldo legitimador de la opinión pública nacional e internacional. Quizás si no se hubiera tratado de Texas Crude sino de una pequeña empresa petrolera latinoamericana el efecto de la presión pública pudiera no haber hecho mella en la empresa, tal como lo sugiere Scurrah cuando dice que las compañías del Tercer Mundo son menos vulnerables a las presiones del movimiento ambiental.

El acceso a la información

Como lo señala Nelson (1991) para el caso de la represa Pangue, al igual que en el caso de la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana hay una falta de información técnica y económica intercambiada en el debate. Por un lado, la información de los grupos ambientales es manejada en términos generales sin proveer información técnica detallada, en especial sobre las alternativas que pueden desarrollarse. Como parte del conjunto de sus demandas los Cofán pidieron que Petroecuador les proveyera la información relativa a los probables impactos sociales y ambientales. Esta fue una demanda directa y razonable por el acceso a la información que directamente los involucraba, pero lamentablemente la compañía no accedió. Sin embargo, esta demanda por el acceso a la información debe dirigirse también hacia el Estado a fin de que este consagre el derecho ciudadano a la información. Por otro lado, las empresas y el Estado se cuidaron mucho de proporcionar información al público aparentemente porque tampoco se realizaron investigaciones exhaustivas y detalladas. En consecuencia, la consolidación constitucional, en el caso peruano y ecuatoriano, del «derecho a la información»[14] es un avance sumamente importante para la resolución y manejo del conflicto

[14] El primer ejercicio del derecho de habeas data en un caso ambiental lo ejecutó la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. En marzo de 1993 se produjo un desembalse de las canchas de relaves de la Compañía Minera Aurífera Retama S. A. ubicadas en la quebrada de Mushmush, en la provincia de Pataz, departamento de La Libertad. El desembalse produjo la muerte de ocho miembros de la Comunidad Campesina de Llacuabamba y la contaminación de la laguna de Pias, además de otros daños materiales. Los pobladores y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental decidieron solicitar información técnica al Ministerio de Energía y Minas a fin de poder establecer la responsabilidad de la compañía minera. Para ello se solicitó al ministerio copias del expediente técnico para la construcción de las canchas de relaves y del informe de la Comisión Investigadora formada por el propio ministerio. El ministerio denegó el pedido y más aún argumentó que el derecho a la información se refería al derecho que tiene la autoridad pública de solicitar información a los particulares pero no de estos frente a aquella.

ambiental en la medida en que los actores de política, especialmente las organizaciones ciudadanas, podrán acceder a información hasta hace poco inaccesible.

Estos eventos en los tres países sugieren preguntas como las siguientes:

¿Son los desarrollos de política ambiental en los 1990´s en Chile, Ecuador y Perú el resultado de una creciente presión internacional en favor del ambiente? Definitivamente la presión de actores internacionales ha sido un factor importante en el impulso a los desarrollos de política ambiental en los tres países. Sin embargo, este solo factor no explica los desarrollos por si debido a que, como se constata en los estudios de caso, hay un conjunto amplio de factores e intereses que actúan en el ámbito nacional. Por un lado, la acción de ambientalistas e indígenas ejercitando demandas ciudadanas en pro del desarrollo de la política ambiental. Por otro lado, el interés de los gobiernos de minimizar la presencia de conflictos ambientales y por tanto su preocupación por desarrollar legislación especifica. El papel de la opinión pública cada vez más involucrada en demandar respuestas efectivas de los gobernantes y su capacidad para contribuir a fijar la agenda política de los Estados y, finalmente, la actitud del sector empresarial que en Chile y Perú ha preferido pasar a la acción en el desarrollo de políticas ambientales a fin de no ser perjudicado ni sorprendido y poder velar por sus intereses en la gestión ambiental.

¿Son los desarrollos de política ambiental en los 1990s en Chile, Ecuador y Perú resultado de la implementación por el Estado de los mandatos constitucionales? Los mandatos constitucionales cumplieron un doble papel: por un lado, servir de orientadores de política legislativa para los gobiernos de los Estados y, por otro lado, servir como base legal para la acción ciudadana en defensa del ambiente. Los ambientalistas utilizaron los mandatos constitucionales y las garantías que los protegen como único instrumento de defensa del ambiente. En los tres casos se han visto casos de garantías constitucionales ejercitadas en defensa de intereses ambientales. Este paso inicial en la demanda de respuestas de política ambiental se vio favorecido con una creciente participación de la sociedad civil en la política, por ejemplo de las organizaciones no gubernamentales[15], el empresariado y las organizaciones indígenas. Gracias a esta participación se han dado respuestas cada vez más consistentes y especificas sobre una variedad de temas ambientales.

En las entrevistas con las organizaciones no gubernamentales más conciliatorias aparece una similitud en el discurso con relación a la necesidad de institucionalización

Ante la negativa del ministerio la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental decidió agotar la vía administrativa y llevó la diferencia ante los tribunales. La sentencia de primera instancia denegó el derecho al habeas data. Sin embargo, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia revocó la sentencia y reformándola declaró plenamente fundado el habeas data y ordenó al Ministerio de Energía y Minas proporcionar la información solicitada (Chirinos 1995).

15 Estas organizaciones son generalmente asociaciones civiles sin fines de lucro, sean estas asociaciones o fundaciones.

de los temas ambientales. Ambos países, Chile y Perú, están atravesando un serio proceso de institucionalización y desarrollo de la legislación ambiental, mientras que Ecuador ha dado un avance serio en la institucionalización, la que espera consolidar para dar paso al desarrollo integral del marco legal. Por su parte, Caillaux (Entrevista 10) sugiere que hay una demanda de acción más que de discurso en temas ambientales y que la modernización en estos temas está ocurriendo más allá del ámbito de las organizaciones no gubernamentales y el Estado.

¿Qué rol jugaron los diferentes conceptos de desarrollo sostenible en la configuración de estas políticas? A lo largo de los estudios de caso se ve la presencia de al menos dos visiones disímiles del desarrollo sostenible: una primera la posición resumida por el informe Brundtland y cuya presencia corresponde al sector mayoritario de los operadores del desarrollo y, por otro lado, una visión inevitablemente ligada a ésta y que pretende ser su crítica permanente. Estas dos posiciones se observan a lo largo de los conflictos en concreto como en el ámbito de los discursos generales que sobre el desarrollo formulan los actores sociales y políticos. El rol que juegan estas versiones es importante en la medida en que ayudan a delinear las perspectivas de lo que constituye el desarrollo y cómo buscar alcanzar sus objetivos.

¿Cuáles son las contribuciones de los diferentes actores nacionales e internacionales involucrados? La contribución de estos actores se observa en los tres casos en el sentido de apoyar la consolidación de los intereses ambientales e indígenas y apoyar el proceso de institucionalización del tema ambiental dentro del desarrollo. A la par que los actores nacionales actuaban en sus respectivos países demandando mayores derechos ambientales y el respeto de los derechos indígenas, al nivel internacional la acción de las organizaciones ambientales internacionales contribuyó a reforzar la presión por un mayor respeto a estos derechos en los tres países, a la vez que canalizó una presión favorable de la opinión pública internacional hacia los casos concretos de conflictos ambientales.

¿Cómo se han visto afectadas las relaciones entre el Estado, las organizaciones ambientales y la población local por la constitución de un discurso y práctica internacional ambiental? El discurso y práctica ambiental internacional ha contribuido a reforzar las demandas de las organizaciones ambientales y la población local en la formulación, evaluación y ejecución de las políticas ambientales dentro del desarrollo. En este sentido debe reconocerse la existencia de una presión cada vez mayor en el ámbito internacional por la incorporación de temas ambientales en el desarrollo. Aquí debe resaltarse la profusa legislación internacional sobre la materia, especialmente la Declaración de Río y la Agenda 21, así como las directivas internas del Banco Mundial y organismos financieros internacionales que favorecen la participación de las organizaciones ambientales y la población local en la definición y ejecución de la política ambiental.

¿Qué dicen las actitudes de las organizaciones indígenas y el empresariado sobre los grados de movilización de la sociedad civil? La participación de estas organizaciones denota un alto grado de movilización de la sociedad civil en el tema ambiental dentro del desarrollo. En los tres casos la participación de las organizaciones no guberna-

mentales y el empresariado habla de una mayor preocupación por la defensa de sus intereses dentro de la política ambiental.

¿Será el caso que las organizaciones no gubernamentales, el movimiento indígena y el empresariado actúan sobre la base de un sentido de alienación o de participación dentro de las estructuras democráticas? En los tres casos se nota una participación de estas organizaciones dentro de las estructuras democráticas y en ejercicio de sus derechos civiles y políticos. Esta participación no solo genera nuevas formas de participación política alternativas a la del sistema de partidos políticos sino que contribuye al refuerzo de la democracia al ampliar la participación de organizaciones ciudadanas dentro de las políticas nacionales.

¿Qué se puede aprender de este proceso y de las formas de organización política emergentes en estos países? El proceso de desarrollo de la política ambiental sugiere que ha sido exitosa la interacción de los actores sociales con el Estado en el sentido que han contribuido a desarrollar la legislación y la institucionalización del tema ambiental. Las formas de organización política emergentes más saltantes son el desarrollo de actores sociales firmes en sus derechos y con una vocación de ampliación de sus derechos y una participación cada vez más amplia en las políticas nacionales.

¿Cuáles son las lecciones a ser aprendidas de la evolución de estos procesos políticos acerca de la posibilidad de obtener un desarrollo sostenible? Una primera lección es la importancia de la participación de los actores sociales en las políticas nacionales, tal como el accionar de las organizaciones ambientales, indígenas y empresariales ha demostrado. Una segunda lección es que el papel del Estado ha sido receptivo a la participación de las organizaciones ciudadanas y ha buscado canalizar esta participación en la institucionalización del tema ambiental. Una tercera lección es que los actores internacionales ven cada vez con mayor interés la evolución de las políticas ambientales nacionales y están dispuestos a involucrarse para su desarrollo y consolidación, incluso involucrando el apoyo financiero. Una cuarta lección es que el proceso del desarrollo sostenible es una tarea de construcción ciudadana cotidiana que tiene en el Estado a un aliado, aunque a veces sea reticente al desarrollo veloz de intereses ambientales. Una quinta lección es que el proceso del desarrollo sostenible tiene en el derecho ambiental a su herramienta más eficaz, el que viene a integrarse de manera sobresaliente dentro del conjunto de derechos humanos que estos países reconocen a puertas del nuevo milenio. Una sexta lección es que existe un fuerte nivel de retroalimentación entre los factores internacionales y nacionales, especialmente en el caso del derecho ambiental.

Temas comunes de política

Una revisión de los conflictos en los tres países sugiere que:

- Existe una acción ciudadana sostenida en defensa del ambiente y los derechos de los pueblos indígenas. Esta acción ciudadana ha representado una implementación

activa de los derechos ambientales e indígenas reconocidos en las respectivas constituciones y una demanda cada vez más amplia de los derechos ciudadanos civiles y políticos.

- Existe una acción y respuesta política y legislativa por parte del Estado cada vez más favorable al tema ambiental y su incorporación en el desarrollo. Esto se ha dado no sin contradicciones y dificultades con los objetivos de desarrollo, sin embargo, el dictado de legislación específica ha contribuido a la institucionalización del tema ambiental en cada uno de los países.
- Existe una alianza efectiva en el ámbito ciudadano entre grupos ambientalistas y organizaciones indígenas en defensa del ambiente. Esta alianza, a veces, explícita y, otras veces, tácita, pone de relevancia nuevamente el tema de los movimientos sociales y su impacto en la acción política latinoamericana. El éxito de estos actores sociales sugiere la efectividad de nuevas formas de organización política que dejan de lado la intermediación de los partidos políticos para accionar directamente frente al Estado y presionar por respuestas políticas.
- La alianza entre organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales para contribuir a la defensa de intereses ambientales e indígenas. Este es un tema importante en el que las organizaciones no gubernamentales si bien no han influido directamente en la política interna de los tres países sí han contribuido a presionar desde fuera y en sus propios países por el respeto de acuerdos y prácticas internacionales, especialmente, en el uso efectivo de los mecanismos de supervisión y control de las entidades financieras multinacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Aquí se ha dado una variación del papel tradicional de las organizaciones financieras internacionales que desde 1992 han tomado un papel más pro-activo en la promoción de políticas ambientales en los países prestatarios. Este factor unido al desarrollo del papel de las organizaciones no gubernamentales han sido elementos claves en el impulso al desarrollo de una política ambiental en cada uno de los países estudiados.
- El uso y respeto de consideraciones ambientales en el financiamiento del desarrollo por parte de las entidades financieras multinacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, así como, en el financiamiento de la reestructuración del Estado. En algunos casos estas instituciones han demandado que los estados adopten políticas ambientales.
- Las débiles organizaciones indígenas han recurrido al espacio de las organizaciones internacionales para obtener apoyo para sus luchas locales en defensa de derechos indígenas y ambientales.
- El principal impacto de estos conflictos es el impacto cultural sobre la población indígena. En particular, en el caso chileno el conflicto ambiental y social era el resultado del avance de la sociedad nacional sobre la población indígena Pehuenche.

- A pesar de la importancia del impacto cultural, la legislación no se ha preocupado adecuadamente de resolver este problema. En el contexto actual de un marco de política legal muy débil, las organizaciones indígenas han tratado de proteger su cultura a través de implementación (enforcement) de la legislación ambiental. Dado el hecho de que no existían procedimientos específicos para evaluar el impacto cultural, los pueblos indígenas utilizaron la legislación ambiental en particular la legislación sobre el impacto ambiental como un medio para proteger su cultura a través de la defensa de su territorio.
- Como resultado de estos conflictos la población indígena local fortaleció sus organizaciones y desarrollaron sus habilidades negociadoras para encargarse de los desafíos planteados por la empresa privada y el gobierno.
- La alianza entre organizaciones indígenas y ambientales fue un factor clave en el desarrollo de la legislación ambiental. Estas organizaciones no solo demandaron el desarrollo de legislación ambiental mas estricta sino que contribuyeron a su implementación mediante el uso de procedimientos administrativos y legales.
- Las organizaciones indígenas cuestionaron el derecho de sus gobiernos a fijar las prioridades del desarrollo del territorio donde viven sin haber sido consultados.
- Las organizaciones no gubernamentales indígenas y ambientales nacionales y locales se han consolidado como grupos de presión que demandan derechos ciudadanos y la implementación de la legislación ambiental, así como, su acceso a la definición de las políticas ambientales.
- El debate ambiental se caracterizó por la desinformación y falta de transparencia. Sin embargo, el desarrollo del marco legal y, en particular, el acceso a la información a través del proceso de evaluación del impacto ambiental y social que contribuyó a elevar la calidad del debate.
- En los casos chileno y peruano las acciones de las organizaciones ambientales contribuyeron a promover la organización indígena local.
- En el caso chileno el proyecto de ENDESA en el Alto Bio Bio sugiere que el desarrollo se encontraba en manos de los inversionistas privados. Estos no solo desarrollaron infraestructura sino que proveyeron un espacio para la participación de la población indígena local.
- Los conflictos ambientales tiene la capacidad de causar impactos en el desarrollo del marco legal ambiental. En los casos chileno y ecuatoriano el impacto fue uno positivo, en la medida en que contribuyó a desarrollar el marco legal ambiental, mientras que en el caso peruano el impacto fue negativo, pues el gobierno decidió modificar y derogar un tercio del entonces nuevo código ambiental.
- El desarrollo es una necesidad social en la que todos coinciden. Las diferencias entre las partes son sobre: las metas del desarrollo, los costos ambientales que la gente esta preparada a aceptar y quien pagará los costos del desarrollo.

Fuentes documentales

CHIRINOS, Carlos. *Habemus Habeas Data: Poder Judicial reconoce derecho ciudadano a la información.* Lima: SPDA, 1995.

DEL FAVERO, Gabriel. «Ley de Bases Generales del Medio Ambiente», *Estudios Públicos*, Nº 54, Otoño, Centro de Estudios Públicos, 1994, pp. 5-48

ESCOBAR, Arturo. *Encountering Development, The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton: Princeton University Press, 1995.

GARCÉS DÁVILA, A.

a) *Reserva Faunística Cuyabeno: Un Espacio de Conflicto y de Constitución de Nuevos Actores Sociales*, Tesis de Maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, 1993.

b) «Los Colonos de la Reserva Faunística Cuyabeno: Conflicto por Uso de Tierras», en Varea, A. et. al. *Marea Negra en la Amazonía. Conflictos socioambientales vinculados a la actividad petrolera en el Ecuador*. Quito: Abya Yala, 1995, pp. 367-396.

GÓMEZ AGUIRRE, M. *Empresa Privada y Desarrollo Sustentable: El Caso de la Central Pangue en el Alto Bio Bio*, Observatorio de Conflictos Ambientales, Santiago, 1993.

HICKS, J., H. DALY, S. DAVIS y M. DE FREITAS. *Ecuador's Amazon Region: Development Issues and Options*. World Bank Discussion Paper: N° 75, 1990.

HOPKINS, J. W. *Policymaking for Conservation in Latin America: National Parks, Reserves and the Environment*, Praeger, London, 1995.

JOCHNICK, C., NORMAND, R. y ZAIDI, S. «Rights violations in the Ecuadorian Amazon. The human consequences of oil development», en *Health and Human Rights*, Vol 1, N° 1.

KAIMOWITZ, D. «Social Pressure for Environmental Reform in Latin America» en H. Collinson, *Green Guerrillas. Environmental conflicts and initiatives in Latin America and the Caribbean*, Latin American Bureau, Russell Press, London, 1996, pp. 20-32.

KATZ, R. «Estado de los Recursos Energéticos en Chile» en G. Espinoza, P. Pisani, L. Contreras and P. Camus eds., *Perfil Ambiental de Chile*, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Santiago, 1994, pp. 488-507

KIMERLING, J.

a) *Crudo Amazónico*, Abya Yala, Quito, 1996.

b) *El Derecho del Tambor. Derechos humanos y ambientales en los campos petroleros de la Amazonía Ecuatoriana*, Abya Yala, Quito, 1996.

MAC DONALD, T. «Approaches to resource-based conflict in Latin America», artículo presentado al Taller/Seminario *Retos para el Análisis y Manejo de Conflictos Socio-Ambientales*, mayo 7 y 8, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, 1996.

NELSON, M. «Proyecto Hidroeléctrico Pangue: ¿Qué está en juego en el Alto Bio Bio?» en *Ambiente y Desarrollo*, diciembre, Santiago, 1991.

ORREGO SILVA, J. P. «La No-participación Ciudadana en torno a la Implementación del Proyecto Hidroeléctrico Pangue en el Alto Bio Bio. Cronología de un Etno y Ecocidio Anunciados», artículo presentado al *Quinto Encuentro Antártico*, organizado por Fundación Para el Desarrollo-FIDAE, XII Región, Magallanes, Chile, 1993.

ORTÚZAR, A. y VIAL, P. F. «Chile» en *Environmental Law and Policy in Latin America*, O. Agatiello, Baker and McKenzie, 1995, pp. 44-66

RUIZ, L. (Compiladora)

a) *Amazonía Nuestra. Una visión alternativa*, Quito, CEDIME, FLACSO, ILDIS, ABYA YALA, 1991.

b) *Amazonía. Escenarios y conflictos*, Quito, CEDIME, FLACSO, ILDIS, ABYA YALA, V CENTENARIO, 1993.

SCHMIDT-LYNCH, C. «Myth or mammal? In search of the Amazon's 'God of the Waters' Jungle Dolphins» en *Nature Conservancy*, Vol. 44, N° 2, March/April 1994, pp. 16-23.

SCURRAH, M. J.

a) «From democracy to democracy via military rule: Latin American politics, 1966-1991» en Brooks F. and Scurrah M., *Iberia and Latin America. The Last Twenty-Five Years, 1966-1991*, The Flinders University of South Australia, Adelaide, 1992, pp. 81-93

b) *Lessons from environmental struggles in the Andes*, Paper delivered at the 1995 LASA meeting, September 28-30, Washington, DC, 1995.

c) Comunicación personal, 1998.

SERAGELDIN, I.

a) «Making Development Sustainable» en *Finance and Development.* A quarterly publication of the International Monetary Fund and the World Bank, December 1993, Vol. 30, N° 4. pp. 6-10

b) «Promoting Sustainable Development: Toward a New Paradigm» en Serageldin, I. y Steer, A. editors, *Valuing the Environment*, World Bank, Washington., 1995.

SILVA, E. «Environmental policy in Chile: the politics of the comprehensive law» en eds. Fischer, F. y Black, M., *Greening Environmental Policy: The Politics of a Sustainable Future*, Paul Chapman Publishing Ltd., London, 1995, pp. 104-126.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

a) *Código del Medio Ambiente: Actualizado, Concordado y Comentado, Lima, 1992.*

b) *Equilibrio, Boletín de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, Vol 1, N° 1, Lima, setiembre, 1995.

SOLANO, Pedro. *Pacaya Samiria: ¿El Petróleo o la Vida?*, Lima, SPDA, 1991.

SOUTHGATE, D. y WHITAKER, M. *Economic Progress and the Environment. One Developing Country's Policy Crisis*, Oxford University Press, New York and Oxford, 1994.

VALENZUELA, R. «Las Hidroeléctricas del Río Bio Bio y el Futuro del Pueblo Pehuenche de Chile», artículo presentado al *48 Congreso Internacional de Americanistas*, julio 4-9, Stocolmo, 1994.

VON BENNEWITZ BASTIÁN, R. «Recursos Hidroeléctricos de la Cuenca del Bio Bio» en *La Región del Bio Bio, Quintas Jornadas Territoriales*, Colección Terra Nova N° 18, Editorial Universitaria, Universidad de Santiago de Chile, 1990.

WORLD BANK

a) *Environment and Development in Latin America and the Caribbean. The Role of the World Bank*, World Bank, Washington, D.C., 1992.

b) *Mainstreaming the Environment: The World Bank Group and the Environment since the Rio Earth Summit*, World Bank, Washington, DC, 1995.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our Common Future*, Oxford University Press, London, 1987.

Documentos

ACCIÓN ECOLÓGICA

a) Monitoreo de nuevas plataformas instaladas por Petroecuador en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno y derrames de Petróleo, Quito, junio 14, 1995.

b) Informe de la Campaña Amazonía por la Vida, septiembre de 1995, Quito, September 1995.

ANDEAN REPORT. Cuestionario a Petroperú, Lima 1991.

ANTONIOLI VÁSQUEZ, Augusto. Ministerio de Justicia, Oficio 043-91-JUS/DM, Oficio al Ministro de Agricultura, 1991.

CÁMARA DE DIPUTADOS. Oficio 1191-2LC-90/DL Moción de orden del día, mayo 23, 1991.

DEL SOLAR, Gustavo. Carta del Diputado al Ministro Fernando Sánchez Alvabera, Lima, Cámara de Diputados, abril 8, 1991.

COLEGIO DE BIÓLOGOS DEL PERÚ. Carta a Luz Aurea Saenz, Contralora Nacional, Lima, mayo 21, 1991.

COMISIÓN DE DERECHO ECOLÓGICO B DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA.Carta al Sr. Decano, Lima, julio 22, 1991.

COMISIÓN DE ECOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE DEL SENADO. Dictamen sobre los Proyectos de Ley 1252/91-S y 1269/91-S, Lima, Septiembre 10, 1991.

COMISIÓN ECUATORIANA DE DERECHO Y ECOLOGÍA. Antecedentes sobre la exploración petrolífera de los pozos Sábalo, Imuya y Paujil en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno, Quito, 1993.

CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR-CONAIE.

CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS AMAZÓNICAS DEL ECUADOR-CONFENIAE.

COMITÉ, ECUATORIANO PARA LA DEFENSA DE LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE-CEDENMA.

ACCIÓN ECOLÓGICA. Carta a Ismail Serageldin, Vice President for Environmentally Sustainable Development of the World Bank. Quito, noviembre 10, 1993.

EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. Estudio de Impacto Ambiental. Proyecto Ralco. Términos de Referencia. Santiago, 1995.

ELECTROWATT INGENIEROS CONSULTORES S.A. Estudio de Impacto Ambiental de la Central Hidroeléctrica Ralco. Resumen Ejecutivo. Santiago, 1996.

GRUPO DE ACCIÓN POR EL BIO BIO. Ralco's Chronology, marzo 6, 1995.

INJOQUE, Felipe, Informe 007-91-AG-DGFF, sobre exploración y explotación del Lote 61, 1991.

INSTITUTO ECUATORIANO FORESTAL Y DE AREAS NATURALES Y VIDA SILVESTRE.

a) Informe de la Dirección Nacional de Areas Naturales y Vida Silvestre sobre la Prospección Sísmica en la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno, noviembre 10, 1995, Quito.

b) Reserva de Producción Faunística Cuyabeno, Dirección Nacional de Areas Naturales y Vida Silvestre, Quito, 1995.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE LA AMAZONÍA PERUANA. Proyecto Contaminación Ambiental por Actividades Petroleras en los Ríos Samiria y otros, Iquitos, 1985.

MEO, P. Carta de 22 de noviembre, 1993, a la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador-CONAIE, Confederación de Nacionalidades Indígenas Amazónicas del Ecuador-CONFENIAE, and Comité Ecuatoriano para la Defensa de la Naturaleza, World Bank: Washington, D.C.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, Oficio 689-91-AG-DGFF, Lima mayo 30, 1991.

NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL. Carta a Mr. Peter Fluor, President, Texas Crude Exploration Inc., mayo 21, 1991.

PETROECUADOR. Annual Report 1994, Quito, Petroecuador, 1995.

PETRÓLEOS DEL PERÚ. Carta al Natural Resources Defense Council, Lima, agosto 14, 1991.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN ASESORA AMBIENTAL, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DEL ECUADOR Y PETRO-ECUADOR. El Desarrollo Petrolero Sustentable en el Ecuador, Quito.

RAINFOREST ACTION NETWORK

a) Texas Oil Company to Drill in Amazon Wildlife Reserve, Action Alert N° 60, May 1991.

b) Update on Oil Development and the Environment in the Ecuadorian Amazon, Fax transmition, febrero 2, 1994.

RED AMBIENTAL PERUANA. Pronunciamiento de la Red Ambiental Peruana sobre Reserva Nacional Pacaya Samiria, Lima, mayo 21, 1991.

ROSSL LINK, Enrique

a) Ministerio de Agricultura, Oficio 91-AG-DM-DGFF, Oficio al Ministro de Justicia sobre exploración y explotación del Lote 61, 1991.

b) Ministerio de Agricultura, Oficio 020-91-AG-DM-DGFF, Oficio al Ministro de Justicia sobre exploración y explotación del Lote 61 en respuesta al Oficio 043-91-JUS/DM, 1991.

SERVICIO ALEMÁN DE COOPERACIÓN SOCIAL-TÉCNICA. Carta a Luz Aurea Saenz, Contralora Nacional, mayo 21, 1991.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

a) El Futuro de Pacaya Samiria, Lima, septiembre 20, 1991.

b) Alerta Ecológica 1-3, Lima, 1991.

c) Ocho razones para no explotar petróleo en la Reserva Nacional Pacaya Samiria, Lima, 1991.

d) Carta a Mr. Peter Fluor, Texas Crude Exploration Inc., junio 5, 1991.

TEXAS CRUDE EXPLORATION, INC.

a) Carta a Natural Resources Defense Council, mayo 22, 1991.

b) Carta a Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, junio 14, 1991.

UGAZ GÓMEZ, Jorge. Ministerio de Agricultura, Parques Nacionales Perú, Oficio N° 146-91-AG-DGFF, Opinión favorable de la Dirección General de Asuntos jurídicos al proyecto de convenio entre Petroperú y Texas Crude Exploration, Lote 61, 1991.

ULLOA, R. Oficio 0884 INEFAN/DNANVS, de Roberto Ulloa, Director de Áreas Naturales y Vida Silvestre, a Jorge Barba, Director Ejecutivo de INEFAN, Quito, septiembre 14, 1995.

VALENZUELA, R. Antecedentes sobre la construcción de la Central Ralco en el Alto Bio Bio (Chile), Bio Bio Action Group, junio 1994, Santiago.

Material de INTERNET

ECOLOGICAL ENTERPRISES. Worldwide Forest/Biodiversity Campaign News: Cuyabeno Reserve-Request for Urgent Action, September 10, 1993. gopher://forests.org:70/00/ecuador/ecuact.txt

EL COMERCIO DE QUITO

a) Texaco correrá con todos los gastos, septiembre 22, 1994. Quito. «http://www.nisc.com/Scripts/login.dll»

b) Se ampliará el oleoducto. Quito, 1996. «http://www.nisc.com/Scripts/login.dll»

c) Descubren nuevo campo petrolero. Quito, 1996. «http://www.nisc.com/scripts/login.dll»

ENVIRONMENT IN LATIN AMERICA

a) Ultima Hora. Ecologistas agredidos, email: «elan@csf.colorado.edu», mayo 15, 1996.

b) Texaco debe reparar los daños en la Amazonía, email: «elan@csf.colorado.edu», octubre 28, 1996.

c) Class Action against Texaco denied, email: «elan@csf.colorado.edu», noviembre 14, 1996.

HOY. 1996 En Peligro Reservas Forestales del Cuyabeno, junio 10, 1996.

INTERNATIONAL RIVERS NETWORK. Bio Bio Alert N° 1 to 7, 1997. «http://www.irn.org/pubs/»

INTERPRESS SERVICE. Ecuador enjuiciará a Texaco por daños ecológicos, julio 5, 1994. email: «sgastete@u.washington.edu»

JOCHNICK, C. Amazon Oil Offensive. The Fourth World Documentation Project, 1994. «http://www.halcyon.com/FWDP/fwdp.html»

PERUVIAN WEB PAGE. Principales Areas Naturales Protegidas, 1994. «http://www.ejetres.com.mx/embajada-peru/12a.htm#anchor542800»

RAINFOREST ACTION NETWORK

a) Indigenous Cofanes Occupy Oil Well in Amazonian Wildlife Reserve to stop Illegal Drilling by Ecuador's National Oil Company, escrito el 1º de noviembre de 1993. «http://bioc09.uthscsa.edu/natnet/archive/nl/9311/0017.html»

b) Ecuador cancels rights of State oil company to drill in Wildlife Reserve, diciembre 11, 1995, «http://www.wideopen.igc.apc.org/ran/ran_campaigns/Amazonia/victory1.html»

c) Oil in Ecuador, abril 24, 1997, «http://www.ran.org/ran/ran_campaigns/amazonia/texaco_ecuador.html#texaco»

TRADE AND DEVELOPMENT. Trade and Development Case Studies No. 24 Ecuador Oil Exports, Written on enero 11, 1997, «http://gurukul.ucc.american.edu/ted/ ECUADOR.htm»

WORLD WIDE FUND FOR NATURE. Pacaya-Samiria Integrated Programme for Development and Conservation, 1994. «http://www.panda.org/research/country/south. america/page8.htm»

Diarios

AIDESEP. «Pueblos Indígenas defienden Pacaya Samiria y Política Ambiental» Iquitos, mayo 19, 1991.

CAILLAUX, Jorge. «Nadie sabe para quien Trabaja» en La República, mayo 30, 1991, p. 19.

CARETAS

a) ¿Petróleo sin Reservas? El Desarrollo energético del país no tiene por qué vulnerar las pocas reservas naturales que existen, mayo 27, 1991, pp. 77-78, 83.

b) «Erre con Erre. Los ecologistas tendrán que enfrentarse ahora con otra empresa extranjera», Lima, septiembre 23, 1991, p. 22.

DEVELOPMENT TODAY. Nordic outlook on Development Assistance, Business & the Environment. Vol. V, N° 8, mayo 15, 1995.

EL COMERCIO DE LIMA

a) «Texas Crude decidió no firmar contrato petrolero», Lima, septiembre 20, 1991.

b) «Legisladores lamentan rescisión de contrato con la Texas Crude», Lima, septiembre 22, 1991.

EL COMERCIO DE QUITO

a) «Caso Texaco no afectará licitación», Quito, noviembre 6, 1993.

b) Declaración del Ministro de Energía y Minas, Quito, mayo 30, 1993.

c) «Medio Ambiente, El INEFAN autorizó la prospección sísmica ¿Cuyabeno es área protegida?», Quito, agosto 1, 1995.

EL MATUTINO. Iquitos, Acuerdo Regional N° 045-91-ARA, mayo 24, 1991.

EL MERCURIO. «Para Analizar Proyecto Ralco: en el Bio Bio se efectuó el Primer Cabildo Ambiental», abril 14, 1995.

EL PERUANO

a) Decreto Supremo 008-91-EM-VME, Aprueban la conformación, delimitación y nomenclatura del Lote 61 en la Región de Selva Norte del Perú, adjudicándolo a PETROPERU S.A. y declarándolo materia de negociación de contrato, Viernes, abril 5, 1991, pp. 95640-95641

b) «Ecología inversión y política», Lima, septiembre 26, 1991.

FLORES ARAOZ, Fernando. «La Trampa Ecológica. Complot contra el Perú», Revista Oiga, Lima, junio 10, 1991, pp. 41, 47

GESTIÓN

a) «Sociedad Peruana de Derecho Ambiental amenaza a Texas Crude», junio 20, 1991.

b) «Texas Crude decidió no suscribir contrato de exploración en Lote 61», Lima, septiembre 20, 1991.

LA REPÚBLICA

a) «Contrato Divide a Ministros», mayo 19, 1991, pp. 1 y 4.

b) «Iquitos dijo no al contrato con Texas Crude y paralizó actividades», junio 14, 1991, p. 8.

c) «Alemania y EE UU apoyarán desarrollo de Pacaya Samiria», octubre 1, 1991, p. 10.

d) «Empresa Petrolera Norteamericana desiste explorar en Pacaya Samiria», Lima, septiembre 20, 1991, p. 11.

e) «Adiós a la Texas», Lima, septiembre 1, 1991.

MIRO QUESADA, Luis

a) «El Perú no puede posponer la explotación de sus recursos», El Comercio, Lima, mayo 21, 1991.

b) «Un futuro negro como el petróleo», El Comercio, Lima, septiembre 30, 1991.

NEWSWEEK. «The Rainforest at Risk. Searching for oil in 'the womb of the world'», agosto 12, 1991, p. 16

Entrevistas

1. Sr. Juan Pablo Gallina, Pehuenche, Quepuca-Ralco, mayo 16, 1995.
2. Sr. Ricardo Gajo, Grupo de Acción por el Bio Bio-Santa Bárbara, mayo 14, 1995.
3. Sr. Lucio Cuenca, Instituto de Ecología Política, Santiago, mayo 9, 1995.

4. Ecologista Juan Pablo Orrego, Grupo de Acción por el Bio Bio, Santiago, mayo 11, 1995.
5. Ingeniero Douglas Greig, Pangue S.A., Estación Pangue, mayo 15, 1995.
6. Sr. Ricardo Gallina, Pehuenche, Santa Bárbara, mayo 14, 1995.
7. Economista Fernando Sánchez Albavera, ex-Ministro de Energía y Minas del Perú 1990-1991. Comisión Económica para América Latina. Santiago de Chile, mayo 11, 1995.
8. Abogado Manuel Pulgar Vidal, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, agosto 17, 1995.
9. Abogado Pedro Solano, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, agosto 10, 1995.
10. Abogado Jorge Caillaux, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, julio 25, 1995.
11. Sr. Jorge Ledesma, Fundación Pehuén, Estación Pangue, mayo 15, 1995.
12. Abogado Gabriel Del Favero, Instituto de Estudios Públicos, Santiago, mayo 12, 1995.

La deducción por inversiones para la protección del medio ambiente en el Impuesto sobre Sociedades en España*

Susana Bokobo Moiche[1]

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1.1. Tributos ambientales. 1.2. Incentivos fiscales ecológicos. II. OBJETO DE LA DEDUCCIÓN. 2.1. Finalidad ambiental de la deducción. 2.1.1. Contaminación atmosférica. 2.1.2. Carga contaminante. 2.1.3. Residuos industriales. 2.2. Base de la deducción. 2.3. Porcentaje de la deducción y coeficiente límite. III. SUJETOS DE LA DEDUCCIÓN. IV. CERTIFICADO DE CONVALIDACIÓN: EL CASO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. 4.1. Quién certifica. Administración ambiental competente (art. 3.3. del Reglamento). 4.2. Qué se certifica (art. 3.1. del Reglamento). 4.3. Quién puede solicitar la certificación. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La sensibilización social generalizada por los temas ambientales, y en concreto, por la consecución del objetivo de protección de nuestro entorno, ha movido a las diferentes Administraciones a adoptar medidas en diversos campos. Estas medidas fueron inicialmente represivas o limitativas de los usos que hacemos los particulares y están fundamentalmente contenidas en la normativa administrativa y penal. En el último lustro la balanza se inclina hacia el establecimiento de medidas estimuladoras que cambien el comportamiento de los productores y/o consumidores. Se comienza ha utilizar otro tipo de instrumentos dentro de los cuales se encuentran los fiscales.

Los instrumentos fiscales son un conjunto heterogéneo de medidas que puestas al servicio de los objetivos marcados para la protección del medio ambiente pueden servir para prevenir y reprimir conductas no deseables, disuadir, estimular o compensar las acciones de los sujetos que inciden en el medio. A través de medidas fiscales se persigue la reasignación de recursos económicos en orden a conseguir el desarrollo sostenible incorporando a las actividades económicas los costes sociales y medioambientales totales. En definitiva, tal y como se reconoció por el Consejo de la Unión Europea en las conclusiones del Consejo sobre Medio Ambiente del 12 de diciembre de 1991,

* Quisiera agradecer a los miembros del Instituto para la Política Ambiental Europea (Madrid) la ayuda prestada para la elaboración del presente artículo.

[1] Profesora de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid.

pretenden corregir las señales de precio falsas en el mercado, incorporando a los precios los costes de la contaminación y otros costes medioambientales —un proceso que consiste tanto en «determinar correctamente los precios» como en aplicar el «principio de quien contamina, paga».

Existen dos grandes grupos de instrumentos: los llamados tributos ambientales o tributos verdes[2], por un lado, y los incentivos fiscales, por otro. A través de los primeros los entes públicos obtienen recursos que revierten después en la mejora, conservación o reparación del medio ambiente. A través de los segundos son los propios particulares los que se benefician de determinadas cantidades para cumplir los objetivos ambientales marcados por las Administraciones.

1.1. Tributos ambientales

Como señala el informe de la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA)[3] las principales razones para el uso de los tributos ambientales son:

a. Son instrumentos especialmente eficaces para la internalización de las externalidades, es decir, la incorporación directa de los costes de los servicios y perjuicios ambientales (y su reparación) al precio de los bienes, servicios y actividades que los producen, para contribuir a la aplicación del principio «quien contamina paga» y a la integración de las políticas económica y ambiental.
b. Pueden proporcionar incentivos para que tanto consumidores como productores cambien de comportamiento en la dirección de un uso de recursos más «eco-eficiente», para estimular la innovación y los cambios estructurales y para reforzar el cumplimiento de las disposiciones normativas. No se trata, pues, de tolerar la contaminación mediante precio, ni de compensar los daños causados sino de evitar que los daños se produzcan.
c. Pueden aumentar la renta fiscal, que puede utilizarse para mejorar el gasto en medio ambiente, y/o para reducir los impuestos sobre el trabajo, el capital y el ahorro.
d. Pueden ser instrumentos de política especialmente eficaces para abordar las prioridades ambientales actuales a partir de fuentes de contaminación tan «difusas» como las emisiones del transporte (incluido el transporte aéreo y marítimo), los residuos (p. ej., envases, baterías) y agentes químicos utilizados en agricultura (p. ej., pesticidas y fertilizantes). De esta manera se redistribuye entre un elevado

[2] Cuando se habla de tributos ambientales o tributos verdes no se está haciendo referencia exclusivamente al tributo en su concepto jurídico técnico sino a la fórmula más general de gravamen establecido por el ente público.

[3] «El Tributo ambiental. Aplicación y efectividad sobre el medio ambiente» en «http//www.eea.eu.int/información.htm»

número de agentes, los costos de las instalaciones necesarias para evitar que se produzcan daños ambientales.

Atendiendo a la clasificación de AEMA existen tres tipos, según sus principales objetivos programáticos:

1. Tasas de cobertura de costes —por ejemplo, creadas para cubrir los costes de los servicios ambientales y de las medidas de control de la contaminación. Tradicionalmente se inscribían en el ámbito municipal: tasas por alcantarillado, recogida de basuras y para financiar el tratamiento de residuos urbanos sólidos y líquidos. Modernas manifestaciones son las que someten a tributación todos los vertidos de una cuenca, estableciéndose un canon para la financiar la depuración de los cursos. Más sofisticadas aplicaciones son las que canalizan costos ambientales a través de la recaudación de las tarifas por suministros de la electricidad que financian los costosos dispositivos anticontaminantes de las centrales de carbón, de los denominados parones nucleares o la eliminación o almacenamiento de residuos nucleares.
2. Impuestos incentivo —creados para cambiar el comportamiento de los productores y/o consumidores. Se trata de utilizar los efectos patrimoniales del impuesto en un sentido orientador que beneficie a la tutela ambiental, incidiendo en las actuaciones de los sujetos afectados, bien disuadiéndoles de continuar en determinadas líneas de acción, o bien estimulándoles en la adopción de otras. La fiscalidad funciona así no como instrumento recaudatorio, o no sólo como tal, sino como motivador de conductas.
3. Impuestos ambientales de finalidad fiscal —creadas principalmente para aumentar la recaudación.

En muchos casos, puede observarse en la práctica una mezcla de estas tres funciones. El desarrollo tributario ambiental en España ha ido en general desde las tasas de recuperación de costes de los años 80, a combinaciones de tributos ambientales como incentivo y de finalidad fiscal, a principios de los 90, y a su integración más reciente en las «reformas fiscales verdes».

1.2. Incentivos fiscales ecológicos

Los incentivos fiscales ecológicos son tratamientos tributarios excepcionales, en el sentido de que constituyen una excepción respecto de los tratamientos tributarios ordinarios, por medio de los cuales la Administración tributaria deja de percibir determinadas cantidades para promocionar determinadas conductas o actitudes ecológicas o favorables con el medio ambiente[4].

[4] Se toma como base la definición de beneficio fiscal de FICHERA, F. *Le agevolazioni fiscali*, Cedam, Padova, 1992. pp. 56 y ss. Según este autor los beneficios fiscales pueden definirse como «tratamientos

En estos momentos están en auge técnicas estimulatorias que tienen en cuenta mejoras introducidas en la gestión ambiental. Determinados incentivos fiscales pueden venir incluidos en la normativa de los tributos ambientales, que gravan actividades intrínsecamente contaminantes como el uso de derivados de hidrocarburos o la titularidad de vehículos de motor, con desgravaciones para correcciones parciales y, por supuesto, eludiéndose la tributación mediante el abandono de conductas que dan lugar a la tributación Pero también se insertan en tributos generales que no tienen carácter específicamente ambiental. En estos supuestos es importante distinguir, siguiendo al profesor HERRERA MOLINA[5], entre meras técnicas desgravatorias y beneficios fiscales (incentivos fiscales). «Las primeras son un puro reflejo del objeto imponible delimitado por el legislador», por tanto, se rigen por principios genuinamente tributarios y responden fundamentalmente al principio de capacidad económica. Los segundos se basan los principios propios de la materia que se pretende promocionar, en este caso, el medio ambiente. Serían «cuerpos extraños» a la materia tributaria sin que dejen de ser perfectamente legítimos. En consecuencia, entiendo que a la hora de analizar un incentivo fiscal ecológico habrá que atender a los criterios existentes en el Derecho ambiental.

Pues bien, el objetivo de las páginas que siguen es analizar uno de los incentivos fiscales ambientales que recientemente se han introducido en la legislación española, a saber, la deducción por inversiones para la protección del medio ambiente en el Impuesto sobre Sociedades (art. 35. 4 y 5 de la Ley del Impuesto):

4. Las inversiones realizadas en bienes del activo material destinadas a la protección del medio ambiente consistentes en instalaciones que eviten la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales, contra la contaminación de aguas superficiales, subterráneas y marinas para la reducción, recuperación o tratamiento de residuos industriales para el cumplimiento o, en su caso, mejora de la normativa vigente en dichos ámbitos de actuación, darán derecho a practicar una deducción en la cuota íntegra del 10 por 100 que estén incluidas en programas, convenios o acuerdos con la Administración competente en materia medioambiental, quien deberá expedir la certificación de la convalidación de la inversión.

tributarios sustractivos, que constituyen una excepción respecto de los ordinarios, más favorables para determinados supuestos de hecho, con principios propios basados en funciones de promoción».

5 HERRERA MOLINA, P. «Desgravaciones tributarias y protección del medio ambiente» en *Fiscalidad Ambiental*, ed. Ana Yábar Sterling, Cedecs, Barcelona 1998, pp. 134-135. Este autor, siguiendo fundamentalmente la doctrina alemana, incluso da un paso más al señalar que «podría afirmarse —con ciertas reservas— que las meras técnicas desgravatorias responden (deben responder) al principio de capacidad económica (buscan la tributación del *rendimiento neto*, excluyendo los supuestos de doble imposición, mientras que los beneficios fiscales pretenden otorgar un beneficio económico, equivalente a una subvención (función promocional)» p. 135.

Reglamentariamente se establecerán las condiciones y procedimientos que regularán la práctica de dicha deducción.

5. La parte de la inversión financiada con subvenciones no dará derecho a deducción.

La deducción por inversiones protectoras del medio ambiente, con la deficiente redacción con que se presenta, se introdujo por medio del artículo 8 de la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (Ley 13/1996), para el ejercicio fiscal de 1997.

Estos apartados fueron desarrollados por el Real Decreto 1594/1997, de 17 de octubre, por el que se regula la deducción por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente. Afortunadamente este reglamento ha aportado alguna luz al texto de la ley, obsérvese la falta de signos de puntuación del texto legislativo, pero no ha disipado las importantes sombras interpretativas que arroja.

Finalmente el artículo 4. Undécimo de la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998 (Ley 66/1997, de 30 de diciembre) ha mantenido la deducción para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 1998. En el texto se prevé de nuevo un Reglamento de desarrollo del mismo. Hasta tanto no se modifique, el reglamento aplicable, pues, es el Real Decreto 1594/1997.

II. OBJETO DE LA DEDUCCIÓN

La deducción por inversiones para la protección del medio ambiente se enmarca dentro del conjunto de deducciones por inversiones que en el Impuesto sobre Sociedades pueden minorar la cuantía a pagar a la Hacienda Pública por este impuesto. Se aplican todas ellas, incluida la deducción por inversiones que se analiza, no siempre directamente a la cuota íntegra sino una vez se hayan restado las deducciones por doble imposición interna e internacional y las bonificaciones, en su caso.

2.1. Finalidad ambiental de la deducción

Como se ha indicado en la introducción, esta deducción pretende estimular a los productores para invertir en bienes que eviten o disminuyan las agresiones al medio ambiente. La fórmula que se ha utilizado ha sido la de la colaboración con la Administración Pública puesto que únicamente se aceptarán las inversiones que se lleven a cabo en ejecución de planes, programas, convenios o acuerdos celebrados con la Administración competente en materia de medio ambiente. Sobre este aspecto no comparto la opción del legislador por la utilización de este método ciertamente restrictivo de las iniciativas que los particulares puedan tener para mejorar el medio ambiente al margen las líneas propuestas por la Administración.

Las inversiones tienen que consistir en elementos del inmovilizado material, nuevos o usados, siempre y cuando tengan por objeto:

1. Evitar o reducir la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales.
2. Evitar o reducir la carga contaminante que se vierta a las aguas superficiales, subterráneas y marinas
3. Favorecer la reducción, recuperación o tratamiento correcto desde el punto de vista medioambiental de los residuos industriales.

Por tanto, los ámbitos de aplicación de la deducción desde el punto de vista ambiental son la contaminación atmosférica, de las aguas y la reducción, recuperación o tratamiento de residuos industriales. En la normativa tributaria no se contiene ninguna definición que fije el alcance de los conceptos «contaminación atmosférica», «carga contaminante» o «residuo industrial». En consecuencia se han de tomar las definiciones de la normativa ambiental.

2.1.1. Contaminación atmosférica

A falta de una definición en la normativa interna del término contaminación, hay que acudir a la Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (DOCE L 257 de 10 de octubre de 1996). Esta Directiva, cuyo plazo de transposición al ordenamiento interno expira el 1 de octubre de 1999, contiene una serie de conceptos nuevos respecto al ordenamiento jurídico existente hasta el momento:

a) **Contaminación**: «la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua, o el suelo, que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o la calidad del medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otras utilizaciones legítimas del medio ambiente».
b) **Emisión**: «la expulsión a la atmósfera, al agua o al suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido procedentes de forma directa o indirecta de fuentes puntuales o difusas de la instalación».

Atendiendo a estas definiciones serán deducibles aquellas inversiones que eviten o reduzcan la emisión de sustancias, vibraciones, calor o ruido. Se incluyen, pues, las inversiones que eviten o reduzcan la denominada contaminación acústica (ruido y vibraciones). Se podría incluir, por tanto, desde mi punto de vista, la inversión consistente en la colocación de paneles para la reducción de los ruidos que realicen las actividades industriales.

2.1.2. Carga contaminante

Los vertidos contaminantes autorizados conforme a lo dispuesto por la Ley 29/85, de 2 de julio, de Aguas o las Leyes propias de las Comunidades Autónomas en materia de

vertidos, se gravan con un canon, en función de la carga contaminante medida por unidades de contaminación. El valor de la unidad de contaminación podrá ser diferente para los distintos ríos y tramos de ríos. Se determinará y revisará, en su caso, de acuerdo con las previsiones de los Planes Hidrológicos respecto a la calidad de las aguas.

La carga contaminante se determina por medio de la siguiente fórmula:

C = K.V donde K es un coeficiente que depende de la naturaleza del vertido y del grado de tratamiento previo al vertido y V es el volumen de vertido e metros cúbicos/ año. Pues bien, la inversión realizada debe disminuir o eliminar la carga contaminante que tenga asignada la entidad que realice el vertido autorizado.

2.1.3. Residuos industriales

La normativa ambiental general relativa a los residuos se contiene en la Ley 10/1998, de 21 de abril de Residuos y en la Ley 11/1977, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases. Se entiende por residuo cualquier sustancia u objeto perteneciente a alguna de las categorías que figuran en el anejo de la Ley del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención u obligación de desprenderse (vidrio, acero, aluminio, plástico, cartón...). En todo caso, tendrán esta consideración los que figuran en el Catálogo Europeo de Residuos (CER) aprobado por las instituciones comunitarias.

La Ley 10/1998 clasifica los residuos en urbanos o municipales y peligrosos. Los primeros son los generados en los domicilios particulares, comercios, oficinas y servicios, así como todos aquellos que no tengan la calificación de peligrosos y que por su naturaleza o composición puedan asimilarse a los producidos en los anteriores lugares o actividades. Además tiene la consideración de residuos urbanos los procedentes de la limpieza de vías públicas, zonas verdes, áreas recreativas y playas; los animales domésticos muertos, así como los muebles, enseres y vehículos abandonados; y los residuos y escombros procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria. Son residuos peligrosos los enumerados en el Real Decreto 952/1997, de 20 de junio.

Así pues, no existe en la normativa ambiental un concepto semejante al de residuo industrial. ¿Qué se debe entender por residuo «industrial»? Entiendo que el calificativo de industrial puede interpretarse restrictiva o extensivamente. Una interpretación restrictiva conllevaría que sólo pueden acogerse a la deducción las «instalaciones industriales» afectadas por la Directiva 96/61/CE de la que ya he hecho mención. En esta Directiva se establecen 56 sectores de actividad recogidos en el Anexo I de la misma que se entiende que ejercen un impacto ambiental relevante y, por tanto, están sometidas a unos controles ambientales importantes (estudios de impacto y auditorías ambientales, límites de vertido y emisiones estrictas...). Entre estas instalaciones industriales están las instalaciones de combustión, producción y transformación de metales, industrias minerales, industria química, gestión de residuos, tratamiento previo o tinte de fibras textiles, mataderos, tratamiento y transformación de leche, etc. La

Comunidad de Madrid en la Ley 10/1991, de 4 de abril, para la Protección del Medio Ambiente, en los Anexos I y II recoge el conjunto de actividades que deberán someterse a evaluación de impacto ambiental por la legislación del Estado y de la propia autonomía.

Una interpretación extensiva del término «industria» sería aquella que lo identifica con actividad empresarial tal y como se define por la normativa tributaria, suponiendo por parte de quien la ejerce la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes o servicios. Esta interpretación extiende el ámbito de la deducción a todas aquellas entidades sometidas al Impuesto sobre Sociedades que favorezcan la reducción, recuperación o tratamiento correcto de todo tipo de residuos. Dado que la deducción se incluye dentro del Impuesto sobre Sociedades y dado que la finalidad de la misma es estimular las inversiones que produzcan una mejora en la calidad del medio ambiente considero más acertada la interpretación extensiva.

Esta interpretación se ve corroborada por el artículo 2 de la Ley 11/1997 que bajo el título de definiciones, contiene un concepto de «envase industrial». Después de definir lo que es envase en el último párrafo del punto 1 del artículo citado se señala: «Se consideran envases industriales o comerciales aquellos que sean de uso y consumo exclusivo de las industrias, comercios, servicios o explotaciones agrícolas y ganaderas y que, por tanto, no sean susceptibles de uso y consumo ordinario en los domicilios particulares». En consecuencia será residuo de envase industrial todo envase o material del cual se desprendan las industrias, comercios, servicios o explotaciones agrícolas y ganaderas

2.2. Base de la deducción

La base de la deducción es el importe de la inversión realizada, constituida por:

a) El precio de adquisición (precio de compra + gastos accesorios necesarios para que los elementos entren en funcionamiento) o coste de producción (precio de adquisición de las materias primas y otras auxiliares + costes directos e indirectos imputables al elemento patrimonial)
b) Incluido el importe de los terrenos incorporados en las instalaciones.
c) Excluida la parte de la inversión financiada con subvenciones.

Pues bien, desaparecida la deducción por inversiones en activos materiales fijos nuevos para los períodos impositivos iniciados durante 1997 y 1998, la deducción que se analiza cubre este vacío parcialmente porque, como se acaba de afirmar, es condición *sine qua non* que la inversión cumpla estos objetivos. Sin embargo, amplía el objeto de la deducción porque entiendo que las inversiones pueden recaer en activos fijos usados.

2.3. Porcentaje de la deducción y coeficiente límite

A la base de la deducción anteriormente descrita se le aplica el porcentaje de un 10%. No obstante, esta cantidad puede ser menor puesto que existe un coeficiente límite que es el 35% de la cuota íntegra ajustada positivas (Art. 37 Ley del Impuesto sobre Sociedades). Esto es, teniendo en cuenta todas las deducciones por realización de determinadas actividades (investigación y desarrollo, actividades de exportación, inversiones en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas y edición de libros, gastos de formación profesional y por creación de empleo para trabajadores minusválidos) como máximo se puede deducir el 35% de la cuota íntegra ajustada positiva.

III. SUJETOS DE LA DEDUCCIÓN

Esta deducción se aplica a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades residentes en territorio español, así como a los no residentes que dispongan en ese territorio de un establecimiento permanente.

También se aplica a los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que ejerzan actividades económicas en régimen de estimación directa en las mismas con igualdad de porcentajes y límites de deducción y en régimen de estimación objetiva cuando así se establezca reglamentariamente teniendo en cuenta las características y obligaciones formales del citado régimen. (Art. 55.2 Ley 40/1998, de 9 de diciembre de 1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias.

IV. CERTIFICADO DE CONVALIDACIÓN: EL CASO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

La deducción exige que el sujeto pasivo solicite una certificación que debe expedir la Administración competente. Esta solicitud debe contener los siguientes datos:

a) Que las inversiones se han realizado en ejecución de los planes, programas, convenios o acuerdos aprobados o celebrados por la Administración correspondiente.
b) La identificación de la normativa vigente en materia ambiental sobre emisiones a la atmósfera, vertidos a las aguas y sobre producción, recuperación y tratamiento de los residuos industriales para cuyo cumplimiento o mejora se realiza la inversión.
c) Idoneidad de las inversiones realizadas para cumplir los fines perseguidos por esa normativa.
d) Que las inversiones realizadas permiten alcanzar los niveles de protección del medio ambiente previstos en los planes, programas, convenios o acuerdos celebrados o aprobados por la Administración que certifica la convalidación de la inversión.

Como se deduce de las leyes y el reglamento, el certificado de convalidación es una prueba de la inversión realizada que emite la Administración ambiental competente. No obstante, no vincula a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que es la que tiene la potestad de gestión del Impuesto sobre Sociedades puesto que éste, por ahora, no está cedido a las Comunidades Autónomas. Por tanto, en una inspección que se realice por la Administración Tributaria del Estado, se puede anular dicha certificación y, en consecuencia, la deducción practicada por el obligado tributario.

4.1. Quién certifica. Administración ambiental competente (Art. 3.3 del Reglamento)

Únicamente se señala que será la competente en materia de medio ambiente. ¿Cuál es la Administración competente en la Comunidad Autónoma de Madrid (en adelante CAM)?

Atendiendo a los artículos 26 a 28 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero) entiendo que la Administración competente en la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional (Regulada por el Decreto 143/1998, de 30 de julio). En esta Consejería se centralizan todos aspectos relativos al medio ambiente en el territorio autonómico. Está organizada en 6 órganos directivos: Viceconsejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, Secretaría General Técnica de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, Dirección General del Medio Natural, Dirección General de Calidad Ambiental, Dirección General de Educación y Prevención Ambiental y Dirección General de Administración local.

En caso de delegación de competencias a los entes locales y otros organismos para la eficacia de la gestión pública, seguirá siendo la CAM la competente para dar la certificación puesto que en realidad lo que se delega es el ejercicio de la competencia, no la competencia misma.

4.2. Qué se certifica (Art. 3.1 del Reglamento)

En primer lugar, se certifica que la inversión se lleva a cabo en ejecución de Planes, programas, acuerdos o convenios celebrados con la Administración competente en materia medioambiental y que es idónea con la función protectora del medio ambiente que se persiga.

Los Planes, programas, acuerdos o convenios que afecten a las materias objeto de la deducción pueden ser:

a) Los propios de la Comunidad de Madrid. En estos casos la CAM tiene plenas competencias para otorgar la certificación.
b) Planes, programas, acuerdos o convenios celebrados entre el Estado y la CAM. En este caso la CAM sólo puede certificar si la inversión se realiza en el territorio de la Comunidad Autónoma.

c) Planes, programas, acuerdos o convenios celebrados entre la CAM y otras Comunidades Autónomas (lo más probable sea que se celebren con las Comunidades Autónomas limítrofes). En estos casos, como en el anterior, sólo puede certificar la CAM si la inversión se realiza en «su» territorio.

d) Planes, programas, acuerdos o convenios celebrados entre la CAM y los particulares, en cuyo caso, y dado el principio de territorialidad en la actuación de la CAM, será ésta la que tenga la potestad plena para certificar.

e) Planes, programas, acuerdos o convenios celebrados entre el Estado y los particulares cuando las inversiones se realicen en la CAM. En estos casos, aunque la inversión se realice en su territorio las inversiones, dado que la materia ambiental es compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la CAM no podrá certificar puesto que no será competente por razón de la materia objeto de protección. Otra cuestión será que el Estado se haya excedido en su competencia ambiental, en cuyo caso la CAM tendrá que instar un conflicto de competencias.

Las mismas combinaciones se pueden establecer al nivel de municipios y tendrán las mismas soluciones que se han expuesto. Si los planes, programas, acuerdos y convenios se realizan a tres bandas (cosa que no veo muy probable) se determinará la entidad competente por razón de la materia y del territorio para saber quién certifica (cfr. Art. 3.3 del Reglamento).

En segundo lugar se certifica que las inversiones realizadas permitan alcanzar los niveles de protección previstos en los planes, programas, acuerdos y convenios. En estos casos habrá que acudir a ellos para determinar cuáles son los niveles de protección que en ellos se prevén. En este sentido,

a) **Con respecto a la contaminación atmosférica**. La Comunidad de Madrid no posee una legislación específica en esta materia por lo que habrá que acudir a la legislación estatal para determinar cuáles son los niveles de emisión de las diferentes sustancias contaminantes y niveles de ruido permitidos. No obstante, en el ámbito local existe la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid, aprobada por acuerdo plenario de 24 de julio de 1985 y publicada en el BOCAM el 31 de octubre de ese mismo año. En esta ordenanza se establecen los límites máximos de ruido permitidos y en lo que se refiere al aislamiento acústico de las edificaciones se remite a la Norma Básica de Edificación y a las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana.

b) **Con respecto a las aguas**. Los planes, programas, acuerdos y convenios serán los procedentes de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento del agua de la Comunidad de Madrid y el Decreto 154/1997, de 13 de noviembre, sobre normas complementarias para la valoración de la contaminación y aplicación de tarifas por depuración de aguas residuales. En estas

normas se establece el reparto de competencias entre la CAM y los Municipios en materia de aguas.

Corresponde a la CAM (Art. 2.2 Ley):

- La regulación de los servicios de aducción y depuración de las aguas, sin perjuicio de las competencias del Estado y de las Entidades Locales.
- La planificación general, con formulación de esquemas de infraestructuras y definición de criterios sobre niveles de prestación de servicios y niveles de calidad exigibles a los afluentes y cauces receptores, de acuerdo con los planes hidrológicos y ambientales del Estado y la Comunidad y con el planeamiento territorial y urbanístico.
- La elaboración de planes y proyectos, así como construcción y explotación de las obras que promueva directamente.

Corresponde a los municipios los servicios de distribución y alcantarillado (Art. 3.1). Sus funciones son en lo que aquí interesa (Art. 3.2):

- Planificación de redes de distribución y alcantarillado, de acuerdo con sus planes de ordenación y respetando los puntos y condiciones de salida - depósitos o conexiones a redes supramunicipales —y llegada— puntos de vertido final - autorizados por la planificación general de la CAM.
- Proyectos, construcción, explotación y mantenimiento de redes. Control de los vertidos.

c) **Con respecto a los residuos industriales**. A la hora de plantearse la viabilidad de la deducción hay que partir de que se deben contemplar todos los aspectos relativos al ciclo de los residuos, a saber, la actividad de producción y posesión de residuos, el transporte, la entrega y traslado de residuos y la actividad de los gestores, incluyendo las instalaciones de almacenamiento y gestión de residuos. En relación con la actividad de los gestores entiendo que las empresas dedicadas a la gestión de residuos ajenos pueden beneficiarse de la deducción siempre que la inversión se encuentre amparada por los objetivos marcados por las misma, esto es, eviten o reduzcan la contaminación atmosférica, eviten o reduzcan la carga contaminante de los vertidos o favorezcan la reducción, recuperación o tratamiento correcto de «sus» propios residuos, no de los ajenos que constituyen su objeto social.

La Comunidad de Madrid ha promulgado algunas normas sobre el tratamiento de los residuos sólidos urbanos y la gestión de aceites usados, además de existir un Plan de Residuos de la Comunidad que habrán de observarse para determinar si la inversión favorece la reducción, reducción o tratamiento correcto de los residuos generados por las industrias madrileñas.

4.3. Quién puede solicitar la certificación

En atención al régimen establecido en la Ley del Impuesto sobre Sociedades pueden solicitar la convalidación las entidades obligadas al pago del impuesto por obligación personal, esto es, las residentes en España, y las que están sometidas al impuesto por obligación real siempre que tengan un establecimiento permanente en España. En el primer supuesto, entiendo que no es necesario que la entidad tenga la residencia en la CAM sino que la sucursal en la que se realiza la inversión sí la tenga. En cambio, en el segundo supuesto el establecimiento permanente debe estar situado en la CAM, para que éste solicite a la autonomía la certificación.

Si bien esto es cierto hay que tener en cuenta que en el Impuesto sobre Sociedades existen dos grandes grupos de entidades sometidos al mismo: las que siguen el régimen general y las que tienen regímenes especiales de tributación. Las entidades que siguen el régimen general son la gran mayoría y se les aplica directamente lo señalado en el apartado anterior. Lo que me interesa destacar es qué pasa con las entidades sometidas a un régimen de tributación especial (artículos 61 a 135 de la Ley del Impuesto), en concreto, aquí hay que tener en cuenta las UTES (Uniones Temporales de Empresas) (Art. 68), las Agrupaciones de interés económico españolas y europeas (Arts. 66 y 67) y los grupos de sociedades (Arts. 78 a 96). Las demás entidades sometidas a un régimen especial no tienen particularidades a la hora de pedir la convalidación.

La particularidad que tienen las UTES y las Agrupaciones de interés económico españolas y europeas es que se rigen por el régimen llamado de transparencia fiscal. Esto quiere decir que aunque formen un grupo de empresas cada una que forma el grupo tributará como si fuera una única entidad (salvo determinadas operaciones). Ello implica que en estos casos, la empresa que formando parte de una UTE o de una Agrupación de interés económica, solicite la certificación a la CAM o al Municipio debe ser aquella en la que se realice la inversión que proteja el medio ambiente, siempre obviamente, que se cumplan los requisitos establecidos y radique ésta en el territorio autonómico o municipal correspondiente. Ninguna otra entidad del grupo lo puede solicitar.

En cambio los grupos de sociedades, dado que su régimen tributario y en virtud de Art. 92 de la Ley del impuesto que señala que «los requisitos establecidos para disfrutar de las mencionadas deducciones y bonificaciones (dentro de las cuales se incluye la deducción que se estudia) se referirán al grupo de sociedades». Esto implica que cualquier entidad perteneciente al grupo de sociedades, aunque no esté radicada en la CAM, puede solicitar a ésta la certificación por una inversión realizada por cualquier otra empresa del grupo siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la legislación.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas líneas se ha ido analizando un incentivo fiscal que es indudablemente un logro para la colectividad desde el punto de vista ambiental. Logro aún mayor por

el medio que se ha utilizado para conseguir el fin ambiental: la deducción por inversiones para la protección del medio ambiente en el Impuesto sobre Sociedades. El legislador hace uso de un instrumento fiscal que, al disminuir la cantidad a ingresar en la Hacienda Pública, tiene una incidencia directa en los agentes económicos, tanto productores como consumidores de bienes y servicios. Ello implica, una modificación más rápida hacia conductas ecológicas.

No obstante, dicho lo anterior no es menos cierto, que, por una parte, la regulación tal y como se presenta, tiene una redacción casi ilegible, carente en muchas ocasiones de sentido, además de grandes déficits de concreción lo que hace que la interpretación juegue un papel demasiado importante. Por otra parte, el legislador tributario parece no tener en cuenta los principios, conceptos y normativa ambiental a la hora de realizar la regulación, lo cual también puede implicar que el objetivo ambiental se vea mermado.

VI. Derecho Internacional Ambiental

La Organización Mundial del Comercio frente al reto del medio ambiente

Luis Ramírez Daza[1]

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE. 1.1. Realidad del Comercio Internacional. 1.2. El Problema del Medio Ambiente. 1.3. La Relación Comercio-Ambiente. II. DERECHO INTERNACIONAL DE COMERCIO (DIC) Y DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (DIMA). 2.1. Generalidades. 2.2. Relación entre DIC Y DIMA. 2.2.1. Etapa de Separación. 2.2.2. Etapa de Conflicto. 2.2.3. Etapa de Armonización. III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA GATT/OMC. 3.1. Antecedentes. 3.2. Aspectos Medulares del Sistema Comercial Internacional GATT/OMC y su Relevancia Ambiental. 3.3. Conflictos entre Comercio y Ambiente en el Sistema GATT/OM. 3.4. El Comité de Comercio y Medio Ambiente. IV. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad examinar, desde una perspectiva jurídico-institucional, los problemas que suscita la vinculación del actual sistema multilateral del comercio con el marco jurídico de protección internacional del medio ambiente[2].

[1] Abogado por la UNMSM, Diploma del Programa (CEI) Graduate Institute of International Studies (1993-95) y (CEI) del Institut Universitaire des Etudes du Devéloppement (1995-96) de Ginebra, Suiza. Egresado del Programa (DES) Universidad de Ginebra con mención en Derecho Internacional Económico. Se ha desempeñado como *attaché* por la Misión de Honduras ante la Organización Mundial del Comercio durante el periodo 1994-96. Abogado en ejercicio y consultor.

[2] Para los propósitos de este artículo, el «sistema multilateral de comercio» es aquel que surge de las negociaciones comerciales llevadas a cabo bajo el patrocinio del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) durante el período que cubre desde la postguerra, hasta el presente, en que se cierra el ciclo de la Ronda Uruguay y se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC). Dichas negociaciones comerciales, llamadas Rondas, han alcanzado con la reciente de Uruguay un número de ocho y constituyen, cual más, cual menos, esfuerzos multilaterales dirigidos a destrabar el comercio mundial. Por la importancia de los resultados que arroja la culminación de la Ronda Uruguay, con sus más de 25,000 páginas, incluyendo el Acuerdo que instituye la OMC y anexos, se le ha llegado a considerar el tratado internacional más importante después de la Carta de la ONU. Respecto de la protección del Medio Ambiente, nuestro interés no es otro que concentrarnos en aquellos temas de protección ambiental que contienen aspectos de carácter comercial que se revelan contrarios a los principios y normas que consagra el sistema GATT/OMC. Sobre la evolución y configuración actual

Desde que el tema ambiental se convirtió en un problema de dimensión internacional, hace más de dos décadas, los desencuentros entre quienes promueven la libertad

del sistema comercial internacional, entre otros: Flory, Thiebaut. Evolution du Systeme Juridique du GATT 4, Journal du Droit International, 1977, pp. 787-805. Rainelli, Michael. *GATT*. Ed. La Decouverte, 1993. Jackson, John y Willian Davey. *Legal Problems of International Economic Relations*. American West Publishing 1986. Casebooks Series Cap. IV; Jackson, John H., *The World Traiding System*. MIT Press, 1989. Petersmann, E.U. *The Uruguay Round Negotiations 1986-91. The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*. Kluwer Law Taxation Publishers, 1991, pp. 501-77. Abbot, Kenneth. «GATT as Public Institution 18». *Brooklyn Journal of International Law*, 1992, pp. 31-85. Hudec, Robert E., *Enforcing International Trade Law: The Evolution of Modern GATT Legal System*. Butterworth Legal Publishres, 1993, pp. 3-18. Barton, John y Barry Carter. «International Law and Institutions for a New Age: 81». *Georgetown Law Journal*. pp. 535-539, 549-555. Stewart, Terence P. (Editor). *The GATT Uruguay Round: A Negotiation History*. Vol. I, 1995, pp. 1-123. Petersmann, E. U. «The Transformation of the World Trading System Through The 1994 Agreement Establishing The World Trade Organization 6». *European Journal of International Law*. pp. 161-221. Mc Govern, Edmond. *International Trade Regulation*. Exeter Grosefield Express, 1995, capítulo I «The World Trade Organization», pp. 1.11-1 a 2.42-2. Dillon, Thomas J. Jr. «The World Trade Organization: A New Legal Order for World Trade, 16». *Michigan Journal of International Law*. 1995, pp. 359-398. Patterson, Garner y Eliza. «The Road From GATT to MTO, 3». *Minnesota Journal of Global Trade*. 1994, pp. 35-58. Leebron, David W. «An Overview of The Uruguay Round Results, 34». *Columbia Journal of Transnational Law*. 1995, pp. 11-31. Hoeckman, Bernard M. y Michel M. Kostecki. *The Political Economy of The World Traiding System, From GATT to WTO*. Oxford University Press, 1995, pp. 37-55. Shell, Richard. «Trade Legalism and International Relation Theory: An Analysis of The WTO, 44». *Duke Law Journal*. 1995, pp. 829-927. Bunting, Gerald A. «GATT and The Evolution of the Global Traiding System: A Historical Perspective, 11». *Saint John's Journal of Legal Commentary*. 1996, pp. 505-521. Kennedy, Kevin. «The GATT-WTO at Fifty, 16». *Winconsin International Law Journal*.1998, pp. 421-528. Demaret, Paul. «The Methamorphoses of the GATT: From the Havana Charter to the World Trade Organization, 34». *Columbia Journal of Transnational Law*. 1996, pp. 125-169. Nichols, Phillip M. «GATT Doctrine, 36». *Virginia Journal of International Law*. pp. 380-465. Jennings, Rochelle. «Insider Briefing: Trade, 91». *American Society of International Law Proceedings*. 9, april, 1997, pp. 20-26. Messerlin, Patrick. *La Nouvelle Organisation Mondiale de Commerce*. Dunod, París, 1995. Societé Francaise pour le Droit International. *Colloque de Nice. La Reorganisation Mondiale des Echanges (Problèmes Juridiques)*. Touscoz, Jean. *Rapport Introductif*. Ed. Pedone, pp. 5-36, 1996. Así como el Rapport de Burdeau, Geneviève. *Aspects Juridiques des Accords de Marrakech*. pp. 205-223.

Sobre la protección del medio ambiente en el contexto del comercio internacional, entre otros, Bothe, Michael. *La Politique de l'Environment: De la Règlementation aux Instruments Economiques*. Centre D' Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Academie de Droit International de la Hague, 1994, pp. 28 y ss. Anderson, Kim y Richard Blackhurst. «Commerce Mondial et Environnement». *Económica*. 1992, pp. 3-25. Hurrell, Andrew y Benedict Kingsbury (Editores). *The International Politics of the Environment*. Claredon Press Oxford, 1992, pp. 1-47. Whalley, John. «The Interface between Environmental and Trade Policies, 101». *Economic Journal*. 1991, pp. 180-189. Porter, Michael E. y van der Linde, Claas. «Toward a New Conception of the Environment. Competitiveness Relationship, 9». *Journal of Economic Perspectives*. 1995, pp. 97-118. Housman, Robert y Drwood Zacelke. «Trade, Environment and Sustainable Development: A Primer, 15». *Hastings International and Comparative Law Review*. 1992, pp. 535-612. Berlin, Kenneth y Jeffrey M. Lang. «Trade and the Environment, 16». *The Washington Quartely*. 1993, pp.

irrestricta de comercio, a escala mundial, con aquellos que defienden el uso racional y administrado de los recursos del planeta, no se han hecho esperar. Estos últimos, no ven con buenos ojos algunos de los principios vertebrales de la liberalización de la economía, cuya señal más visible acaso sea la intensificación del tráfico transnacional de bienes y servicios. Los primeros, panegiristas del libre comercio, temen que esta oleada ecológica atente contra la armazón jurídica e institucional del comercio internacional, introduciendo nuevas formas de restricciones comerciales de sesgo proteccionista. Por nuestra parte, pensamos que a pesar de no faltar posiciones integradoras, dirigidas a conciliar ambos aspectos y que claman por lo que se ha venido en llamar «desarrollo sostenible»[3] los conflictos que surgen de la relación comercio-ambiente, han llegado a un punto tal, que se hace imperioso encontrar fórmulas equitativas, conducentes a resolver y prevenir los problemas presentes y futuros que brotan de la intersección de estos dos fundamentales y complejos componentes de la vida humana, como son, la economía y la naturaleza.

Los asuntos que atañen al medio ambiente han adquirido trascendencia global y carácter multidimensional. Hoy en día, cuesta imaginar alguna disciplina del saber en que la perspectiva ambiental no esté presente. Por el contrario, las consecuencias del

35-54. VAN BEERS, Cees y Jeroen C.J.M. VAN DEN BERGH. «An Overview of Methodological Approaches in the Analysis of Trade and Environment, 30». *Journal of World Trade*. 1996, pp. 143-167. MORRIS, David. «Free Trade: The Great Destroyer, 20». *Ecologist*. 1990, pp. 190-195. PATTERSON, Eliza. «GATT and Environment Rules; Changes to Minimize Adverse Trade and Environmental Effects, 26». *Journal of World Trade*. 1992 pp. 99-110. RAUL, Alan Charles y Paul E. HAGEN. «The Convergence of Trade and Environmental Law, 8». *Natural Resources & Environment*. 1993, pp. 4-6, pp. 50-52. MC DONALD, Janet. «Greening the GATT: Harmonizing Free Trade and Environmental Protection in the New World Order, 23». *Environmental Law*. 1993, pp. 398-465. WOLD, Chris. «Multilateral Environmental Agreements and The GATT: Conflict and Resolution, 26». *Environmental Law*. pp. 842-919. TRADE & ENVIRONMENT. Papers presented at the GATT Symposium on Trade, Environment and Sustainable Development DOC Te 009 1994. DUNOFF, Jeffrey L. «From Green to Global: Toward the Transformation of International Environmental Law, 19». *Harvard Environmental Law Review*. 1995, pp. 241-301. ESTY, Daniel. «Unpacking the Trade and Environment Conflict, 25». *Law and Policy in International Business*, 1994, pp. 1259-1286. UMONEN, Peter P. «Trade Rules and Environmental Controversies During The Uruguay Round, 18». *The World Economy*. 1995, pp. 71-86. D'AMATO, Anthony y Kirsten ENGEL (Editores). *International Environmental Law*. Antología, capítulo 17: International Trade Agreements. Anderson Publishing Company, 1996, pp. 443-460. NISSEN, Jill Lynn. «Achieving a Balance Between Trade and The Environment: The Need to amend the WTO/GATT to Include Multilateral Trade Environmental Agreements, 28». *Law and Policy in International Business*. 1997, pp. 901-927. Javier OROZCO ALVARADO, María Teresa OROZCO LÓPEZ y Olivia ORTIZ ALVIS. *Globalización e Integración Económica Mundial*. Centro Universitario-Universidad de Guadalajara, 1996, pp. 23-37. CONDE PÉREZ, Elena. «El Comercio Internacional y el Medio Ambiente». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Nº 83, Madrid, 1995. CHARPENTIER, F. FISCHE y J. HIDALGO. *Comercio Exterior y Política Ambiental*. CONFIEP-Proyecto PAPI-USAID, 1997, Perú.

[3] Mencionada por vez primera en el libro Only One Earth (1972) por la economista Barbara Ward y el ecologista Rene Dubos, la noción de desarrollo sostenible (sustainable development) adquiere dimen-

impacto ambiental en las actividades humanas, obliga a replantear el contenido de muchas asignaturas, a fin de hacerlas compatibles con las exigencias que impone la tutela macrosocial del efecto ambiente. En ese sentido, ni el comercio internacional ni

sión internacional con el INFORME DE LA COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*. 1987, pp. 46 y ss. La idea de un desarrollo sostenible surge ante la necesidad de conciliar las políticas de protección ambiental con las exigencias del mundo económico, haciendo de esta fusión una meta a alcanzar tanto para países desarrollados como en desarrollo. El Informe Brundtland define el desarrollo sostenible como «aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones a satisfacer sus propias necesidades». Esta noción de desarrollo sostenible ha sido concebida como la conjunción de un comercio internacional abierto y globalizado con la utilización sostenible de los recursos, utilizando para ello normas, controles, mecanismos de autorregulación e instrumentos económicos de internalización del costo ambiental. De otra parte, la cooperación internacional de los Estados deviene fundamental para el éxito de un desarrollo sostenible que vincule comercio y ambiente a la manera como lo contempla el artículo 12 de la Declaración de Río de 1992. En la actualidad, existen importantes instrumentos jurídicos que incluyen la noción del desarrollo sostenible. Así, por ejemplo, las referencias a la óptima utilización de los recursos y al desarrollo sostenible, hechas en el Preámbulo del Acuerdo Constitutivo de la OMC; la Declaración de Río sobre Comercio y Desarrollo, la Convención Marco sobre Cambio Climático artículo 3 parágrafo 5; la Convención sobre la Diversidad Biológica Preámbulo y artículos 1, 2, 6, 8, 10. A pesar que el concepto de desarrollo sostenible ha merecido ya algunas críticas por su ambigüedad e inconsistencia práctica «el problema del desarrollo sostenible es que es más fácil de identificar que de resolver» (BIRNIE, Patricia y Alan BOYLE. *International Law & Environment*. Claredon Press, Oxford, 1993, pp. 4 y ss.). Existe consenso que se trata de un marco metodológico útil para la armonización de las políticas comerciales y ambientales. Sobre el concepto y alcances de la noción de Desarrollo Sostenible véase FREESTON, David y Alan BOYLE (Editores). *International Law and Sustainable Development*. Claredon Press, Oxford, 1999, 365 pp. REPETO, Roberto. «Trade and Sustainable Development» *Environment & Trade*. Nº 1, UNEP, pp. 1-41. SANDS, Phillipe. «International Law in the Field of Sustainable Development». *British Yearbook of International Law*. 1994, pp. 303-381. DAMIAN, Michael y P. BERTHOUD. *La Liberalisation des Echanges et le Developpement Durable Revue Tiers Monde*. pp. 427-44. DOWDESWELL, Elizabeth. *Sustainable Development: The Contribution of International Law*. pp. 3-13. LANG, Winfried. «From Environmental Protection to Sustainable Development, Challenges for International Law». *Sustainable Developments and International Law*. Winfried Lang y Martinus Nijhoff (Editores). 1995, pp. 275-289. SMITH, Susan L. «Ecologically Sustainable Development: Integrating Economics, Ecology and Law, 31». *Willamette Law Review*. 1995, pp. 262-305. TAMAMES, Ramón. *Ecología y Desarrollo. La Polémica sobre los Limites al Crecimiento*, Alianza Editorial, 1980. SUNKEL, O. y N. GLIGIO. (Editores). *Estilos de Desarrollo y Medio Ambiente en la América Latina*. FCE, 1980, 2 vols. COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*, Alianza Editorial, 1987. SCHIMIDHEINY, Stephan (Editores). *Cambiando el Rumbo: Una Perspectiva Global del Empresariado para el Desarrollo y el Medio Ambiente*. Grahan Hill, 1998. URQUIDI, Víctor. *Economía y Medio Ambiente*. GLENDER RIVAS, Alberto J. «Las Relaciones Internacionales del Desarrollo Sustentable». *La Diplomacia Ambiental*. FCE, 1994, pp. 47-69 y pp. 254-282. AZQUETA, Diego y Daniel SOTELSEK. «Ventajas Comparativas y Explotación de los Recursos Naturales». *Revista de la Cepal*. Nº 68, 1999, pp. 115-134. QUIJANDRÍA, Alvaro. «Comercio Internacional y Medio Ambiente» *Apuntes*. Nº 33, Universidad del Pacífico, pp. 49-58. Sobre los antecedentes, el proceso de desarrollo de la Conferencia de Río, así como la estructura y contenido de la Agenda 21 véase la ilustrativa presentación hecha por FOY VALENCIA, Pierre. *Agenda 21*. Fondo Editorial de la Pontificia Universida Católica del Perú e Instituto de Estudios Ambientales, 1996, pp. 21-32.

su derecho podían estar ajenos a esta apremiante realidad. Para el caso del derecho, es menester incorporar nuevas técnicas jurídicas o, al menos, adecuar las ya existentes a fin de aprehender debidamente la especificidad normativa que se desprende de la vertiente económica de la protección del ecosistema. Así, la dimensión normativa deberá hacer frente a conflictos que surgen de la interacción sociedad-naturaleza, de características sobradamente distintas de aquellas que informan otras ramas del derecho: «El reto que representan las diversas dimensiones de la crisis ambiental (local, subnacional, nacional, subregional, regional, internacional o global) impacta de modo progresivo en los sistemas jurídicos. Dicho desafío se expresa tanto en la búsqueda de soluciones normativas como en la revisión y creación de nuevos conceptos, principios, instituciones, razonamientos jurídicos y relaciones interdisciplinarias»[4]. Todas estas contingencias, imponen nuevas estrategias de regulación para enfrentar, entre otros, el manejo preventivo o precautorio del riesgo ambiental; la juridización progresiva de principios programáticos (desarrollo sostenible, cooperación internacional); la imputación de las obligaciones que emergen de actividades económicas que amenazan o que causan daño ambiental; la implementación jurídica de instrumentos para-normativos como recomendaciones, guías o declaraciones. De otro lado, los temas ambientales deben ser tratados, en ciertas circunstancias, de una manera tal, que produzcan consecuencias jurídicas distintas respecto de sus destinatarios (objetivos comunes, responsabilidades diferenciadas). Asimismo, los efectos jurídicos que dimanan del problema ambiental, ponen de manifiesto la creciente subordinación del derecho respecto de la tecnología, y la ambivalencia que la conjunción de estos dos factores puede mostrar, de cara al tratamiento jurídico-ambiental del riesgo tecnológico, así como también frente a la preservación del *status quo ante* por las eventuales repercusiones ambientales negativas que pudiera arrastrar la innovación técnica[5].

De otra parte, existe un componente ético que el derecho deberá incorporar y que mira al «deber que cada generación asume frente a su sucedánea de mejorar o por lo menos, preservar del patrimonio ecológico que heredó»[6]. Esta perspectiva axiológica

[4] Foy Valencia, Pierre. «En Busca del Derecho Ambiental (I)». *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y Estimativas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Ambientales, 1997, p. 78. «Sobre el impacto ambiental en las estructuras del Derecho Internacional Contemporáneo». Ramacciotti, Beatriz. «El Derecho Internacional en la Frontera del siglo XXI: Hacia una protección global del medio ambiente». *Themis, Revista de Derecho*. 1990, Nº 17, pp. 59-60.

[5] Esteve Pardo, José. *Técnica, Riesgo y Derecho*. Ed. Ariel, 1999, p. 222. El autor trata el tema de la relación progreso-riesgo y las consecuencias jurídicas, particularmente meta-jurídicas, que arrastra el avance tecnológico al crear realidades para- normativas, estándares técnicos que se bastan a sí mismos para regular sus procesos, y en los que el derecho parece no tener cabida.

[6] Weiss, Edith Brown. «Our Rights and Obligation to Future Generations for the Environment, 84». *American Journal of International Law*. 1990, p. 200. Prades, José A. *L'Ethique de l' Environnement et du Devéloppement*. Press Universitaires de France, 1995, pp. 31-41, donde se destaca el aporte del Informe Brundtland en la formación de este principio.

apunta, prioritariamente, a la explotación de los recursos no renovables los que deben ser distribuidos intergeneracionalmente, de manera equitativa, y que hoy por hoy se afirma en un principio normativo que está ganando un cada vez mayor reconocimiento en las instancias internacionales[7].

El comercio, por su lado, deberá acomodar su particular dinámica a modelos de desarrollo sostenibles, haciendo mutuamente consistente el crecimiento productivo con una correcta internalización del costo ambiental. Esta cuestión, urge de respuestas inmediatas pues todo parece indicar, según recientes estudios, que las actuales relaciones comerciales entre países desarrollados y en desarrollo difícilmente aportarán una solución de conjunto a los problemas de la pobreza y a la sobreutilización de los recursos del planeta[8]. La relación comercio-ambiente es, de este modo, uno de los más importantes referentes de la sociedad internacional moderna, cuyo tratamiento unitario, sin embargo, se torna asaz complicado. El presente artículo, se limita a un aspecto del vínculo comercio-ambiente, esto es, a tratar de manera panorámica las cuestiones jurídicas e institucionales de la protección ambiental que impactan en el comercio multilateral, quedando de lado los temas de carácter regional, subregional y nacional, así como las dimensiones política, económica y científica que subyacen en los conflictos entre comercio y ambiente. Ello, deberá ser objeto de posteriores trabajos. Por lo demás, cualquier esfuerzo de conciliación o de armonización entre las políticas comerciales con aquellas de protección ambiental, en los niveles que vienen de mencionarse, deberá tomar nota del estado situacional del sistema multilateral de comercio GATT/OMC, de sus principios y normas, así como de las consecuencias que todo esto tiene respecto de las políticas, instituciones e instrumentos jurídicos de protección y gestión ambientales de carácter multilateral.

Aunque los conflictos entre comercio y ambiente no son necesariamente consecuencia de su vinculación, la realidad nos viene mostrando que el comercio puede estar en oposición con importantes objetivos de protección ambiental. En efecto, desde los años 80' se hace cada vez más patente que las reglas generales contenidas en El Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, y que forman parte de la actual estructura normativa de la Organización Mundial del Comercio, no se avienen con algunos fundamentales principios y normas internacionales de protección ambiental. Este hecho, ha sido advertido tanto por los ambientalistas en la Cumbre de Río de 1992 como por los epígonos del libre comercio, en el Acta Final de la Ronda Uruguay

[7] El Principio I de la Declaración de Estocolmo de 1972 consagra normativamente el deber de proteger y mejorar en medio ambiente para las presentes y futuras generaciones y el principio 4 de la Declaración de Río de 1992 asocia el principio de la equidad inter-generacional con el derecho al Desarrollo. SANDS, Phillipe. *Principles of International Environmental Law*. Manchester University Press, I, 1995, p. 200.

[8] Según lo expresado por AZQUETA, Diego y Daniel SOTELSTKE. «Ventajas Comparativas y Explotación de Recursos Naturales». *Revista de la Cepal*. Op. cit., p. 116.

de 1994, donde se llega a instituir un Comité de Comercio y Medio Ambiente, como una instancia permanente al interior de la OMC; no obstante, los conflictos están aún lejos de ser resueltos debido, principalmente, a que las políticas comerciales y ambientales continúan siendo manejadas de manera separada, lo que se ha hecho manifiesto al momento de resolver los contenciosos sustanciados ante los órganos jurisdiccionales del GATT/OMC. Así, los desencuentros entre comercio y ambiente se deben, en buena parte, a medidas comerciales restrictivas impuestas por los Estados por razones de tutela ambiental; medidas comerciales que resultan de la acción multilateral de los Estados, como ocurre en el Protocolo de Montreal de protección contra sustancias que agotan la capa de ozono o de medidas unilaterales, adoptadas por uno o más países, con efectos dentro de su propia jurisdicción o aún con carácter extraterritorial. Las contiendas promovidas en 1991 (Mexico - EEUU) y 1994 (Canada - EEUU) que siguieron a las decisiones de los EEUU de prohibir la importación de atún de esos países, alegando razones de protección de la fauna marina, son vivos ejemplos de esto último. Estas restricciones comerciales, se muestran contrarias al régimen jurídico del libre comercio, plasmado en los acuerdos integrantes del acta final de la Ronda Uruguay. Al menos, es en ese sentido como han sido y como siguen siendo interpretadas estas medidas por los órganos dirimentes del sistema GATT/OMC[9]. A estos reales conflictos, habría que sumar los que podrían previsiblemente sobrevenir, y que van desde cuestiones relativas a estándares técnicos, hasta temas de propiedad intelectual, comercio de servicios o inversiones, y en los que no parece posible, hasta el momento, vincular de manera pacífica el binomio comercio-ambiente. Estos hechos, no son más que la punta del iceberg de un conflicto que tiene raíces más profundas, las mismas que se hallan en las políticas comerciales y ambientales que informan el mundo moderno[10].

[9] Esta situación ha comenzado a variar con el caso de las Tortugas de Mar (1999) donde el órgano de apelación al interior de la OMC ha reconocido, con algunos reparos, la validez de medidas unilaterales de protección del medio ambiente aplicadas extraterritorialmente.

[10] Falk, Richard. «Environmental Protection in a Era of Globalization, 6». *Yearbook of International Environmental Law*. 1995, pp. 3-25. Políticas comerciales y ambientales que tienen como telón de fondo la llamada *globalización*, fenómeno que altera la connotación tradicional del principio de la soberanía de los Estados. La globalización no la origina la Organización Mundial del Comercio. La globalización es un fenómeno que se impulsa por obra de cambios ocurridos en el desarrollo tecnológico e infomático, en las finanzas y negocios internacionales, y que fuerza a una progresiva interconexión de los modelos de organización económica, política y cultural de los Estados. Lo que hace la Organización Mundial del Comercio es proveer los medios para que este proceso se realice dentro de un encuadramiento jurídico e institucional. Asimismo, esta globalización económica concierne a los temas ambientales, al afectar la concepción de cómo debe llevarse a cabo la explotación de los recursos, y los cambios a que esto obliga en las actuales estructuras de producción, lo cual explica la aparición de nuevos planteamientos para armonizar los objetivos de la globalización con el manejo de la gestión ambiental en el plano multilateral.

El presente artículo está dividido en cuatro partes. La primera (I), tiene como objeto exponer someramente los aspectos que, a nuestro parecer, constituyen los más representativos de la realidad comercial y ambiental, en el contexto de las políticas que llevan a cabo los Estados. En ese sentido, comercio y ambiente son dos temáticas sujetas a sus propias particularidades y confrontadas con sus propias vicisitudes. Sin embargo, esta autonomía material y formal no ha sido óbice para que surja el vinculo entre estas dos asignaturas, conforme lo mostramos en la tercera sección de esta primera parte. Esta conexión se produce no bien entrado el siglo XX, habiendo alcanzado en las últimas décadas un sesgo marcadamente conflictual. Pese a esto, las políticas ambientales y comerciales exhiben una llamativa y coincidente tendencia hacia un tratamiento de conjunto, además que ambas necesitan del socorro de la cooperación internacional para la consecución de sus fines. Esto explica la convergencia contemporánea entre las reglas de comercio internacional con las de protección del medio ambiente y los esfuerzos tendientes a su armonización. La segunda parte (II), está destinada a examinar las características que distinguen las técnicas jurídicas e institucionales del comercio internacional en relación con sus correspondientes de protección ambiental. Con tal propósito, identificamos tres etapas que dan cuenta de las relaciones de ambas disciplinas jurídicas, cada etapa sujeta a su propia fenomenología y que nos informan sobre la evolución de estas materias, como órdenes jurídicos separados, antagónicos y, eventualmente, compatibles. Respecto de esto último, digamos que en la actualidad, abundan sendos aportes doctrinales que buscan un tratamiento jurídico integrativo de los temas de comercio y ambiente, y que apuntan a fusionar ambas direcciones en un sistema único e integrado. Se tratan, en puridad, de propuestas de carácter programático, de *lege ferenda*, mas sustentadas en criterios técnicos y operativos que permiten abrigar, en un futuro, su aplicación práctica. La tercera parte (III), entra de lleno en el hasta hoy complicado tema de la regulación de las cuestiones ambientales en los ámbitos institucional y normativo del sistema GATT/OMC, tomando como parámetros, los aspectos organizacionales, el régimen jurídico, así como el conjunto de casos sometidos por ante los órganos de solución de controversias del sistema GATT/OMC. Esto último, es de interés cardinal pues refleja, en no poca forma, la idiosincrasia que aún campea en el seno del sistema comercial multilateral, de cara a los imperativos ambientales. Asimismo, la creación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente, como una instancia permanente al interior del GATT/OMC, y con una agenda de trabajo preestablecida, ocupa parte de nuestro interés, orientado a conocer el ámbito de competencia de este órgano y, dentro de ello, los avances llevados a cabo por el Comité hasta el presente. Finalmente (IV), en cuanto a las perspectivas y conclusiones de este trabajo, ellas no hacen sino traducir las opiniones del autor a la luz de la investigación emprendida. Sobre la bibliografía, que en la actualidad es abundante, pensamos que ésta refleja, en general, la producción académica internacional sobre la materia y las tendencias doctrinales que suscitan los temas del comercio y del medio ambiente.

I. COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE

1.1. Realidad del Comercio Internacional

El comercio internacional, ha dicho con acierto Robert Gilpin, es el más antiguo nexo establecido entre las naciones y Louis Henkin ha enfatizado, con no menos acierto, que el comercio internacional es el núcleo de las relaciones internacionales[11]. Desde sus orígenes, el comercio ha sido un instrumento esencial de política internacional, lo cual explica esa natural compulsión de los Estados por absorber dicho sector, tratando de maximizar sus beneficios redistributivos así como de limitar sus costos. Históricamente, el comercio se ha caracterizado por ser una realidad ambivalente, que ha seguido un desarrollo dual, al influjo de dos marcadas tendencias, proteccionista una, librecambista la otra. Esta situación, ha provocado no pocos conflictos entre partidarios de una u otra posición, conflictos que han sido particularmente intensos en la segunda parte del siglo pasado y en la primera mitad del siglo XX. Experiencias librecambistas como las del período de preguerra o proteccionistas como la emergente de la crisis de 1929 son una muestra elocuente de esta pertinaz dualidad[12]. Estas dos tendencias han sido una constante en la historia económica moderna, no obstante que en la práctica de los Estados, se han aplicado políticas comerciales mixtas que combinaban patrones librecambistas y proteccionistas. En tal sentido, el comercio internacional gira en derredor de estas dos encontradas posiciones. Con la culminación de la segunda guerra mundial, se puso en marcha un modelo de economía internacional descrito como «el tránsito del *laissez faire* a la cooperación»[13] con una mayor interdependencia entre los Estados, y sobre la base a los acuerdos de Bretton Woods, esto es, estabilidad monetaria internacional, banca internacional de fomento y liberalización de la economía vía la apertura del comercio internacional[14].

11 Gilpin, Robert. *The Political Economy of International Relations*. PUP, 1987, p. 171. Henkin, Louis. «International Law: Politics, Values and Functions». *The Hague Academy of International Law, Collected Works*. 1989, IV, Vol. 216, p. 182.

12 Rainelli, Michel. *Le GATT* Op. cit., pp. 6-14.

13 Henkin, Louis. Op. cit., p. 188.

14 El desarrollo jurídico e institucional del mundo económico de la postguerra, se caracteriza por un progresivo multilateralismo plasmado en un sistema internacional con objetivos claramente definidos respecto del equilibrio monetario (FMI), de las necesidades de asistencia para el desarrollo (Banco Mundial) así como en la puesta en marcha de un imperfecto sistema comercial vía el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio - GATT que, a la postre, no coadyuvó a la consolidación de un sistema económico internacional, sino más bien agudizó las asimetrías del desarrollo económico de los Estados. Es verdad que esta orientación general hubo de soportar posiciones antagónicas, en especial de aquellos países emergentes de la descolonización, que clamaban por un nuevo orden económico internacional y un sustantivo mejoramiento de los términos de intercambio. Estas contingencias económicas limitaron sobremanera el éxito de este esquema de cooperación económica internacional.

Para el caso del comercio internacional de la postguerra, la frustrada creación de la Organización Internacional del Comercio (ITO) truncó al comercio mundial de contar con un instrumento orgánico que corrigiera los errores incurridos en el manejo de la economía del período 1919-45, y que estableciera reglas comerciales multilaterales para la etapa de la postguerra, conforme a lo estipulado en el artículo 55º (a) de la Carta ONU. Este hecho, precipitó que el GATT, que no era más que un acuerdo multilateral complementario de la Carta de la Habana, cobrara vigencia autónoma mediante el Protocolo de Aplicación Provisional de 1947[15]. Este instrumento le ha permitido al GATT una vigencia de casi 50 años, con un balance institucional aceptable, a juzgar por algunos de sus más importantes logros. Empero, la carencia de un marco constitucional e institucional, los vacíos en áreas como servicios, inversiones o solución de controversias, aunado al hecho que el Protocolo tolerara la subsistencia de ciertas prácticas comerciales, aún si aquellas devenían inconsistentes con las reglas del GATT[16] tornaron insuficiente el marco jurídico e institucional del comercio mundial de la postguerra. De este modo, durante más de 40 años el sistema comercial internacional fluctuó entre una tímida política librecambista y un proteccionismo más o menos disimulado. Sin duda, los éxitos más relevantes del GATT están por el lado de reducción de tarifas (remarcable en las relaciones comerciales entre los países desarrollados) así como en su rol de foro de negociaciones multilaterales, promoviendo el libre comercio a través de principios como el de la ventaja comparativa, el desarrollo de economías de escala y la especialización productiva. Este modelo, por lo demás, no era compartido por otros Estados, con economías emergentes y en transición, que antes bien apostaban a un esquema de crecimiento hacia adentro, fomentando el consumo de bienes y servicios elaborados dentro de una nación, con una moneda librada al manejo de la Banca Central y con un régimen de control de acceso al mercado mediante restricciones a las importaciones, salvo las destinadas a reexporta-

A todo esto, habría que añadir un aspecto de orden político, de efecto negativo sobre el multilateralismo económico, y que contribuyó aún más a bloquear cualquier esfuerzo de cooperación: la guerra fría. Sobre el particular, véase Kirgis, Frederic L. Jr. «Developments in the Law and Institutions of International Economic Relations, 64». *American Journal of International Law*. 1970, pp. 107-138.

15 GATT. *Guide to Law of GATT and Practice GATT/LE/2*. Geneva, 1994, p. 3.

16 Nos referimos a las estipulaciones contenidas en el Protocolo y por las que se facultaba a algunos países miembros a mantener los regímenes comerciales que se encontraban vigentes con anterioridad a la fecha de su adhesión al Acuerdo (*The Grandfather Rigths*) constituyendo un privilegio injusto frente a otros Estados adherentes. Los Estados Unidos, han hecho uso y abuso de estas claúsulas, por ejemplo, respecto a sus derechos compensatorios conforme a su *Antidumping Act* de 1916 pese a estar en contradicción con lo estipulado en el artículo VI del Acuerdo GATT. Lo propio con los subsidios a la producción y exportación agrícola, contrarios al Acuerdo empero aplicados conforme a la Sección 22 del *Agricultural Adjustment* de 1933. Los acuerdos de la Ronda Uruguay han desterrado este régimen protecccionista y discriminatorio. Sobre los antecedentes de estas claúsulas, Hansen, Marc y Edwin Velmust. «The GATT Protocol of Provisional Application: A Dying Grandfather?, 27». *Columbia Journal of Transnational Law*. 1989, pp. 236-307.

ción o como insumos para los procesos productivos. Bajo este arquetipo de economía local, la economía internacional se asemejaba, en su conjunto, a un compuesto de economías nacionales independientes, con contados puntos de convergencia, «un epifenómeno de las transformaciones económicas operadas al interior de cada Estado y apreciadas desde el plano internacional»[17].

El colapso del comunismo y la globalización de la economía aceleraron el desarrollo del libre comercio, haciendo que el principio de «soberanía económica» pierda su contenido primigenio, con la consiguiente liberalización de los mercados de capitales y la movilización transnacional de la producción, instalándose industrias allí donde el proceso manufacturero o de transformación resultaba más eficiente, ya por ventaja comparativa, economía de escala y/o uso de tecnología.

Los impulsores de la globalización de la economía, destacan los beneficios que acarrea la intensificación del comercio internacional, al permitir una mejor división internacional del trabajo, de efecto multiplicador en las economías domésticas. Asimismo, por el lado de las importaciones, el comercio permite al consumidor tener ante sí mejores productos, tanto en calidad como en precio. Finalmente, el sistema multilateral se ve beneficiado pues un comercio internacional abierto es de suyo un vehículo de integración que fomenta la cooperación económica multilateral, la innovación tecnológica y la paz social entre las naciones.

Bajo estas consideraciones, todo haría suponer que el concepto de economía nacional se dirige irreversiblemente a su desaparición. Por ejemplo, en lo que toca a los procesos manufactureros, la tendencia actual se orienta hacia una integración transnacional de los mercados locales. Hoy en día, los canales de producción, inversión y distribución se han globalizado. Este hecho, obliga a un replanteamiento de lo que debemos entender por «economía nacional». Así, la idea de un Estado con economía controlada y centralizada está siendo radicalmente trocada, por aquella que ve la libre movilización de capitales, como el factor fundamental de la dinámica económica del mundo contemporáneo.

Sobre el particular, pensamos que el concepto de una economía libre no fuerza a prescindir de la acción del Estado en una economía de mercado, ni a soslayar su importancia como agente promotor del mismo. En una época como la presente, marcada por ingentes movimientos internacionales de capitales, principalmente de origen no estatal, pudiera pensarse que el Estado tiene un rol marginal en la economía internacional y que el comercio y las normas jurídicas que la rigen son esencialmente residuales a la acción de éste. Esta consideración, creemos, no se aviene con la realidad ni con el estado actual del comercio y del derecho internacionales. En efecto, el plano internacional nos muestra que al igual como ocurre dentro de un país, el comercio es en buena cuenta dependiente del Estado. Efectivamente, son los Estados los que conciertan el marco jurídico e institucional del comercio, determinando qué clases de actividades son permi-

[17] Allot, Phillip. *EUNOMIA: New Order for a New World.* Oxford University Press, 1990, p. 354.

tidas y estableciendo los límites de concentración de poder económico dentro del mismo. Por otro lado, el Estado tiene funciones exclusivas en materia fiscal y monetaria, y su propio rol de agente económico no ha desaparecido. Si a todo esto se agregan los efectos que arrastra la actividad comercial transnacional para los Estados, respecto de sus ingresos, balanza comercial, política cambiaría, competencia, protección del consumidor etc., queda claro que las actividades comerciales no son sólo asuntos privativos de los particulares sino también, ocupan un lugar preferencial en la política estatal[18]. Esto explica la inveterada propensión del poder público de participar protagónicamente en el manejo macroeconómico de las políticas comerciales[19]. Una situación, que se hace más evidente en el contexto de la globalización de la economía, donde las responsabilidades de los Estados van más allá de la mera provisión de un marco jurídico multilateral para el comercio, comprendiendo también, el tratamiento de otras fundamentales cuestiones como aquellas tocantes a los problemas de orden ambiental, la llamada cláusula social o la adopción de normas internacionales de regulación de la competencia, en un contexto de crecientes demandas por justicia social y mejoramientos de los términos de intercambio entre países ricos y pobres. En realidad, existe una falsa oposición en quienes ven el desarrollo de la economía de mercado como aparejando la gradual desaparición del Estado cuando de lo que se trata es de entender que estos dos fenómenos no son ni deben ser necesariamente opuestos sino mas bien concurrentes: «los políticos han aprendido, tanto de la historia como de la teoría económica, que la elección de un sistema económico no debe estar confinada a la dicotomía de un modelo descentralizado de mercado o uno de carácter centralizado, de economía planificada; el mundo real hace uso de economías mixtas valiéndose para ello de una gran variedad de mecanismos económicos, como los que sostienen el mercado y los precios, elecciones democráticas al lado de un coherente marco de regulación pública respecto de las llamadas imperfecciones del mercado, como son las reglas de competencia, crecimiento económico y justicia distributiva»[20].

18 MC RAE, D. M. «International Trade and International Law». *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Tomo 260, 1996, p. 136. WEISS, Friedl. «The WTO and The Progressive Development of International Trade Law, 29». *Netherlands Yearbook International*. 1998, pp. 75-76.

19 Si vemos la dinámica actual del comercio internacional a través de los volúmenes de intercambio, tenemos que más de la mitad de las transacciones l, se realiza a través de empresas multinacionales y una quinta parte se encuentra administrado (restricciones y subvenciones) quedando tan solo un 25% que podemos considerarlo químicamente libre. Sin embargo, la intervención del poder público *(managed trade)* es manifiesta en todos estos casos, ya sea actuando en interés de fuerzas transnacio-nales, como defensores de las industrias locales para hacer más atractivos los productos nacionales o como garantes, dentro de su jurisdicción, de las reglas comerciales acordadas en las negociaciones multilaterales comerciales.

20 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Economic Theory and International Economic Law: On The Task of a Legal Theory of International Economic Order. The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 228-229.

Si desde la perspectiva de los Estados, las reglas que se ocupan del comercio internacional son a la postre determinadas por estos, hay que reconocer que al influjo de la interdependencia económica, dichas reglas sólo se explican dentro de los marcos a los que se circunscriben los acuerdos comerciales, tal como ha ocurrido en el caso de las ocho Rondas de negociaciones comerciales multilaterales, llevadas a efecto bajo la égida del GATT, convertida desde no hace sino unos años, en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La culminación del ciclo de Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay ha tenido un efecto novador sobre el contenido del comercio internacional, al integrar sectores de política comercial que nunca antes fueron objeto de regulación global, como son los casos de los servicios, las inversiones, transferencia de tecnología y propiedad intelectual. A este hecho, de carácter cuantitativo, se suma otro, de carácter cualitativo, que se traduce en la progresiva juridización del sistema comercial mundial, lo que se pone en evidencia con la creación de una verdadera organización internacional para la administración del comercio mundial (OMC), con el talante vinculatorio y universal de los acuerdos comerciales multilaterales, así como con la puesta en vigencia de un remozado mecanismo de solución de controversias, para hacer valer los derechos y obligaciones que dimanan de los textos constitutivos, anejos a la carta fundacional de la organización[21].

[21] En efecto, los «Acuerdos Comerciales Multilaterales» Anexos 1, 2 y 3 integrantes del Acta final de la Ronda Uruguay integran un marco jurídico único, vinculante para todos sus miembros (A Single Package System). Es del caso recordar que la Ronda Uruguay sucede a la Ronda Tokio y que ésta última ocasionó el desmembramiento del sistema multilateral del comercio, al implantar un esquema conocido como «GATT a la Carta» esto es, acuerdos de adhesión facultativa para los Estados miembros y que cubrían importantes areas como subsidios, barreras técnicas al comercio, certificaciones fitosanitarias etc. Estos acuerdos, llamados Códigos, estuvieron al origen de lo que John H. Jackson denominó, la «balcanización del sistema», resultado de regímenes jurídicos independientes y opcionales para cada uno de los acuerdos comerciales. El desarrollo del GATT a la Carta tuvo graves implicacias para el sistema, al erosionar el principio pilar del comercio mundial, el de la claúsula de la nación más favorecida, creando un sistema comercial multilateral «a dos velocidades» donde algunas obligaciones jurídicas pesaban sobre unos Estados y no sobre otros. Baste decir que sólo una tercera parte de los Estados contratantes suscribieron los Acuerdos de Tokio. Esa situación se complicó aún más, en un contexto internacional marcado por un creciente proteccionismo japonés, americano y europeo. En tal sentido, los resultados de la Ronda Uruguay representan la reivindicación del paradigma del libre comercio, mediante la restauración de sus principios constitutivos, aunque esta vez en un contexto ampliado que cubre el tráfico comercial así de bienes como de servicios. De otro lado, es un hecho relevante la aplicación de las claúsulas GATT/OMC a Acuerdos Plurilaterales, vinculatorios para los miembros que los hayan aceptado (Anexo 4 del Acuerdo) y referidos al comercio de Aeronaves Civiles, Productos Lacteos, Contratación Pública, entre otros, materias que siempre estuvieron fuera del ámbito del GATT; las reglas de protección de los derechos de propiedad intelectual como las regulaciones sobre inversiones, se inscriben dentro de la concepción global, unitaria y vinculatoria que sustenta el actual sistema multilateral de comercio. Respecto al carácter de organización internacional de la OMC, esta condición jurídica queda claramente establecida a través del Acuerdo que la instituye

Los acuerdos suscritos en el acta final del ciclo de Uruguay, trascienden el exclusivo campo de la cooperación económica, el de las negociaciones comerciales internacionales; representan, también, un esfuerzo por consolidar el derecho internacional económico, como instrumento de realización de objetivos de asistencia mutua entre los Estados, como un medio de regulación jurídica al servicio de un sistema comercial mundial y como una instancia de solución y prevención de reales y potenciales disputas comerciales. Este hecho, que es fruto de un proceso de consolidación del marco institucional y normativo de la economía mundial, tiene como aspecto nuclear, la profunda transformación operada en el nivel decisional de las políticas comerciales, esto es, el tránsito de la primacía del elemento diplomático o político a la predominancia directriz de la regla de derecho. Este proceso, de «juridización de las relaciones comerciales internacionales»[22] tiene como rasgos distintivos, la creación de la Organización Mundial del Comercio y la puesta en vigencia de un sistema judicializado de solución de controversias[23]. Por lo demás, la conformación de este escenario comercial multilateral ha estado seguido de un perfeccionamiento y adaptación de las técnicas del derecho internacional económico[24] (reglas, instituciones, mecanismos) a las

(esp. Arts I-III y VIII). Asimismo, el Entendimiento sobre Solución de Controversias incorpora un novísimo sistema jurisdiccional de revisión, vía un órgano de apelación que conoce de los recursos interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales. También, la aplicación efectiva de las decisiones de dichos órganos, se ha visto reforzada con medidas que van desde la compensación y suspensión de concesiones hasta específicas sanciones comerciales. Sobre los antecedentes y los alcances jurídicos e institucionales del Acuerdo que crea la Organización Mundial del Comercio: JACKSON, John H. *Restructuring The GATT System*. The Royal Institute of International Affairs, 1990, capítulos 1, 3, 5 y 6. ROESSLER, F. «The Agreement Establishing The World Trade Organization». *College of Europe*. 18/19, noviembre, 1994, pp. 4-20. DEMARET, Paul. *The Metamorphoses of the GATT: From The Havana Charter to The World Trade Organisation*. Op. cit., pp. 123-171. BLACKHURST, Richard. *The Capacity of the WTO to Fulfill its Mandate in: The WTO as International Organization*. Anne O. Krueger (Editora), The University of Chicago Press, 1998, pp. 31-58.

22 REICH, Arie. «From Diplomacy to Law: The Juridization of International Trade Relations, 17». *Nortwestern Journal of International Law and Bussines*. 1996-97, pp. 775 y ss. YOUNG, Michael K. «Dispute Resolution in The Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats, 29». *International Lawyer*. 993, p. 388. STILES, Kendall W. «The New WTO Regime: The Victory of Pragmatism, 4». *Journal of International Law and Practice*. 1995 pp. 3-7. BERMANN, Harold «The Role of International Law: World Law, 18». *Fordham International Law Journal*. 1997, p. 1620.

23 JACKSON, John H. «Observations sur Les Resultats du Cycle de l' Uruguay». *Revue Générale de Droit International Public*. Tomo 98, 1994/3, pp. 683-685.

24 La rama del derecho internacional público que más se ha desarrollado organicamente desde la postguerra acaso sea la del derecho internacional económico. Este desarrollo debe mucho al carácter especial de sus técnicas de elaboración y al cada vez mayor efecto vinculatorio de los acuerdos que rigen entre sus miembros. En ese contexto, resulta de fundamental importancia los aspectos institucionales, esenciales para comprender el encuadramiento normativo de las relaciones económicas. Tal cosa sucede en el plano de las relaciones financieras internacionales con el FMI y en el de las Inversiones con el sistema CIRDI del Banco Mundial. El comercio internacional, pese a no haber contado *ab-initio* con una auténtica estructura institucional, puso en marcha técnicas y procedimientos de una eficacia

necesidades de la cooperación económica internacional y dentro de ello, a las políticas comerciales de los Estados. Este acontecimiento, de creciente prevalencia del elemento jurídico sobre aquel de naturaleza política o diplomática, ha sido descrito magistralmente por autores como Keneth Dam, John H. Jackson y Ernst. U. Petersmann[25].

La transformación del sistema jurídico e institucional del Comercio internacional ha sido posible merced al exitoso equilibrio de dos tendencias originariamente antagónicas y que marcaron el desarrollo de las relaciones internacionales de la postguerra, a saber: El principio de la soberanía estatal (principio de no intervención - modelo relacional) y el principio de cooperación entre Estados (comunidad internacional - modelo institucional). En efecto, una economía mundial interdependiente se sustenta en los beneficios de la ventaja comparativa, mientras que el derecho internacional se sostiene en el principio de la soberanía de los Estados. Sucede que los textos jurídicos que regulan el actual sistema multilateral de comercio han logrado conciliar estas dos vertientes satisfactoriamente. De este modo, mientras la primera parte del Acuerdo del GATT, cristaliza los principios de la ventaja comparativa y tratamiento nacional, la segunda, crea un régimen de excepciones, librado al manejo de los Estados miembros (Art. XX). A mayor abundamiento, el sistema reconoce el derecho que asiste a todo Estado miembro de fijar sus propias políticas internas y, bajo ciertos supuestos, su propio nivel de protección comercial. En ese sentido, queda claro que el sistema GATT/OMC no ha sido equipado con competencias para resolver problemas internos de sus miembros, como serían los casos de ajustes a las imperfecciones del libre mercado, provisión de bienes, medidas de equilibrio de la balanza comercial, que continúa estando librada a la discrecionalidad estatal.

En lo que toca a la naturaleza de los acuerdos, digamos que el sistema comercial GATT/OMC se basa, *mutatis mutandi*, en tres principios básicos: en primer lugar, el comercio mundial debe realizarse sin discriminación, lo que permite una libre concurrencia de los países en condiciones paritarias; en segundo lugar, cualquier restricción al comercio debe hacerse dentro del marco de las excepciones que contemplan los acuerdos. Por último, el intercambio transnacional de bienes y servicios debe llevarse a cabo dentro de un marco multilateral, como es el que corresponde al sistema GATT/

tal que han servido de base para el funcionamiento de la Organización Mundial del Comercio. Al respecto Societe Francaise pour le Droit International *Colloque de Nice. Les Nations Unies et le Droit International Economique*. En especial Juillard, Patrick. *Rapport Introductif*. Ed. Pedone, 1986, pp. 101-168.

25 Dam, Keneth. *Law and International Economic Organization*. The University of Chicago Press, 1970, pp. 3-16. Jackson, John H. «Strentening The International Legal Framework of the GATT-MTN System: Reform proposals for The New GATT Round» *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, E.U. Petersmann y Meinard Hilf (Editores), Kluwer Law Taxation Publishes, 1991, pp. 24-36. Petersmann, Ernst U. *The GATT/Dispute Settlement System*. Kluwer Law International, 1997, pp. 1-10.

OMC. Estos principios rectores, que encarnan un paradigma económico, parecen haber encontrado un renovado impulso luego de concluida la Ronda Uruguay[26].

La realidad del comercio internacional, en su versión moderna, sigue siendo en buena cuenta, la fiel expresión de una constante histórica, que no presenta alteraciones de sustancia sino más bien de grado con los preceptos fundacionales enarbolados desde las épocas de Adan Smith y David Ricardo. Así, la idea de un comercio libre basado en el concepto de la ventaja comparativa, continúa siendo el argumento central del cual descienden principios como los de la especialización productiva, la eficiencia para el desarrollo de economías de escala, o la reducción de costos de producción, considerados los componentes necesarios para impulsar, exitosamente, una economía de mercado de efecto amplificador. Una economía que ha estado, y aún lo está, más preocupada por una correcta asignación de los recursos escasos, estimulando para tal fin, un aumento irrestricto de la producción y el consumo. No debe sorprender, entonces, que desde esa perspectiva, el elemento naturaleza no llegue a constituir un factor de limitación a la actividad económica. Por el contrario, estamos ante un esquema de crecimiento económico que parte de la premisa que los recursos naturales son de suyo renovables y que en tanto se utilice una adecuada tecnología, la actividad productiva del hombre no agota dichos recursos. En ese sentido, la Organización Mundial del Comercio, al igual como aconteció 50 años atrás con la *non-nata* Organización Internacional del Comercio, representa la institucionalización de estos preceptos rectores, esta vez, dentro de un marco organizacional y jurídico de vocación universal. Por lo demás, el actual esquema multilateral de comercio, cuyo fin no es otro que propender a la riqueza de las naciones a través de un aumento, tanto de la producción cuánto del intercambio de bienes y servicios, no parece contribuir a superar los efectos negativos de la economía sobre el medio ambiente, al menos que exista un diseño de gestión ambiental que actúe como eficaz contrapeso. Imaginemos,

[26] Sin negar los avances logrados con la suscripción del acta final de la Ronda Uruguay, hay que reconocer la pertinencia de algunas críticas de quienes ven la OMC como una institución con funciones limitadas, que no asume el conjunto de la problemática comercial internacional, no obstante su pretendida vocación universal. Así, se señala que los acuerdos de Uruguay tienen un alcance relativo en cuanto a su extensión material y a la eficacia práctica de estos (servicios financieros, telecomunicaciones, transporte marítimo, etc.) Asimismo, en lo que ocupa a la extensión geográfica de los acuerdos, a su pretendida universalidad, digamos que ésta se resiente con la no incorporación, hasta el momento, de China, la cuarta parte de la población mundial. A lo que hay que sumar una veintena de países (Rusia, Arabia Saudita, Ucrania, etc.) que vienen negociando su accesión al tratado OMC. Las críticas tambien se dirigen, a la ausencia de un mejor encuadramiento jurídico de la cooperación internacional comercial, en favor de los países en desarrollo. En ese sentido, resultan muy útiles los argumentos contestatarios de Burdeau, Geneviève. *Colloque de Nice. La Reorganization Mondiale des Echanges (Problémes Juridiques)* Op. cit., pp. 205-223. En lo que toca a la globalización económica, la OMC y sus efectos en los países de economías en desarrollo, ver el estudio crítico de de Rivero, Oswaldo. *El Mito del Desarrollo*. Mosca Azul Editores, 1998. En especial los capítulos I, II y IV.

simplemente, las consecuencias que tiene sobre la naturaleza la liberalización de los servicios de transporte internacional y sus potenciales secuelas de contaminación, congestión, ruido y afectación de áreas verdes. La propuesta que hacen las naciones desarrolladas, de internalizar el costo ambiental en el precio final de los productos de exportación, resulta, por el momento, muy gravosa para los países en desarrollo. La tesis de los beneficios que aparejaría un comercio libre sobre el medio ambiente al convertirse el primero, en un instrumento generador de riqueza, a través de «una utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de desarrollo sostenible» a tenor del preámbulo del Acuerdo que establece la OMC, no parece ser tan viable, en un sistema jurídico e institucional de comercio multilateral para nada equitativo hacia las naciones en desarrollo. La existencia de áreas fundamentales para las economías de estos países (por ejemplo textiles, agricultura) que implican intensidad en el uso de mano de obra y la realización de actividades extractivas a menores costos, por economía de escala, no están en condiciones de satisfacer los sofisticados estándares de protección ambiental. En suma, las políticas de expansión de la economía internacional, de las que el comercio es parte, deberán tomar muy en cuenta, para la consecución de sus fines, para su pretendida sostenibilidad, la variable del medio ambiente como un referente de verdadera dimensión internacional.

1.2. El Problema del Medio Ambiente

Para nadie es ajeno que hoy en día la protección del Medio Ambiente constituye un problema mayor y un nuevo reto al que se enfrenta la humanidad en su conjunto. Las acciones en favor del medio ambiente han trascendido las demarcaciones políticas de los Estados, por las repercusiones transfronterizas que tienen un sinnúmero de actividades con las que el hombre amenaza o daña el ecosistema: «la protección del agua, de un aire puro, la lucha contra la deforestación y la administración equitativa del patrimonio común, importa una acción global en tanto los sistemas ecológicos están de una u otra manera interconectados. Esto explica que la degradación local tenga tarde o temprano repercusiones regionales y/o mundiales»[27]. Ante estas vicisitudes, los Estados han puesto en plaza un conjunto de acciones e instrumentos de cooperación internacional, orientados a regular el uso racional y la explotación sostenida de los recursos de los se vale el ser humano para llevar a cabo su modo de vida y producción. Así, desde el plano multilateral, las consecuencias internacionales del impacto ambiental imponen a los Estados restricciones a su soberanía[28], al tiempo que

[27] Gundling, Lothar. «Environment International Protection». *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 9, 1986, p. 120.

[28] La Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados señala que los derechos soberanos de éstos, sobre su territorio, deben ser ejercidos sin causar daño a los legítimos derechos de otros

descargan ciertas responsabilidades en el conjunto de la comunidad internacional. Tal cosa sucede, por ejemplo, respecto de la protección de los recursos naturales compartidos, mejor llamado patrimonio común de la humanidad[29]. Asimismo, la internacionalización del tema ambiental se debe, no en poca medida, a factores de orden económico, a patrones de producción, distribución y consumo de bienes o servicios, que provocan resultados negativos (externalidades) sobre el ambiente y que revisten trascendencia transnacional. Este hecho, se ha acentuado aún más con la globalización de la economía y con la agudización de la extrema pobreza en el mundo. Esta globalización de los problemas ambientales ha llevado a formular propuestas dirigidas a limitar la producción de daños y/o amenazas al medio ambiente, en las distintas dimensiones de su repercusión, vale decir, en los planos global, regional o local. De esto se sigue, que la protección del medio ambiente, que por su índole debe ser internacional, a juzgar por los casos de protección de la capa de ozono, la lucha contra el cambio climático, la deforestación, la preservación de la biodiversidad o el propio comercio internacional, requiere de instituciones e instrumentos que hagan factibles los esfuerzos de la cooperación internacional para el logro de las metas ambientales y de conservación. Estos esfuerzos, indudablemente, sólo pueden tener un mejor resultado mediante la actuación conjunta de la comunidad de Estados.

Al igual como ocurrió en otros órdenes de la vida internacional, a saber, el de los derechos humanos o el propio derecho internacional económico, el desarrollo institucional y normativo de la protección internacional del medio ambiente ha tenido un decisivo impulso, gracias a la labor desplegada en el seno de las organizaciones internacionales. Se trata, básicamente, de una acción normativa, entendida ésta en su más amplia acepción, que va desde la preparación de textos jurídicos de naturaleza convencional, hasta el diseño de una política jurídica que ha echado mano de una gran variedad de documentos como recomendaciones, guías, declaraciones, estándares, y de técnicas de gestión como supervisiones, mecanismos de control, vigilancias, reportes, monitoreo, etc. El caso de la ONU, la organización internacional más representativa de la postguerra, y de sus agencias especializadas, es por demás ilustrativo. En efecto, pese a que tanto en la Carta como en los instrumentos jurídicos constitutivos de las agencias especializadas no se hacía mención a la protección internacional del ambiente y que tampoco se contempló, entre sus objetivos, políticas de prevención contra la contaminación ambiental o contra la sobreexplotación de recursos y menos aún de la necesidad de un desarrollo sostenible[30] hay que reconocer el encomiable trabajo de esta

Estados. Esta misma dirección se encuentra en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Sobre el impacto del medio ambiente en la soberanía de los Estados: HUGHES, David. *Environmental Law*. Butterworths, London, 1992, p. 83.

29 KISS, Alexandre. «La Notion de Patrimoine Commun de l' Humanité». *Recueil des Cours*. 1982-II, ADI, Tomo 175, p. 109.

30 BIRNIE, Patricia. *The UN and the Environment in United Nations, Divided World: The UN'S Roles in International Relations*. Roberts & Kingsburg (Editores). Clarendon Press, Oxford 1993, p. 110.

organización en favor de la protección ambiental, que muestra unos resultados tan significativos, con lo hecho en la Conferencia de Estocolmo de 1972 y en la Cumbre de la Tierra de 1992[31]. En verdad, este interés de la organización por los asuntos ambientales data de décadas atrás; Así, en 1948 la ONU patrocina una Conferencia convocada por la UNESCO sobre la Unión para la Conservación Mundial y que marcó un hito en el tratamiento ambiental por parte de los Estados y de las instituciones especializadas. Este ejemplo ha proseguido, fecundamente, en el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Marítima Internacional (OMI), la Agencia Internacional de Energía Atómica (AIETA) la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD), El Banco Mundial, por citar algunos[32]. Aunque resulta ya un tópico mencionarlo, el origen moderno de la protección internacional del medio ambiente se sitúa en la Conferencia de Estocolmo de 1972 convocada por las Asamblea General de Naciones Unidas en 1968 y de ahí en adelante esta acción en pro del medio ambiente continuó rápidamente su evolución, con una mayor focalización por los problemas ocasionados por la degradación de las condiciones materiales de vida, resultado de los procesos de industrialización, de transformación y de actividades del sector terciario considerados contaminantes, y de efectos negativos para el equilibrio ecológico mundial.

La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 constituye el referente histórico más importante, que pone en marcha la acción colectiva de los actores internacionales, contra los efectos de la degradación global del medio ambiente. Estamos, en pocas palabras, ante una acción de dimensión planetaria, que concibe el medio ambiente como una unidad de la que no cabe aislar partes artificialmente. Esta nueva percepción de la vida humana, se dio en un momento de vivos cuestionamientos a valoraciones exclusivamente cuantitativos del desarrollo social, que trajeron un culto ilimitado hacia la producción y el consumo. Aparece, entonces, la noción de «calidad de vida» como una idea integradora de esquemas de desarrollo económico en el marco de una sana explotación del entorno natural. En esa dirección, la Declaración sobre el Medio Ambiente de 1972 constituye, a un tiempo, el instrumento jurídico más representativo de protección internacional del medio ambiente y la base ideológica que ha inspirado un apreciable número de acciones nacionales e internacionales de tutela ambiental[33]. Asimismo, el Principio 10º de esta Declaración contiene una penetrante referencia a la conexión entre medio ambiente y

[31] Birnie, Patricia. Op. cit., p. 114.

[32] Dupuy, Pierre-Marie. «L'Action des Organisations Internationales dans le domaine de l' Environnement». *Manuel sur les Organisations Internationales*. M.Nijhoff Pub-ACDI, 1988, p. 601.

[33] H. Sohn, Louis. «The Stockholm Declaration on the Human Evironment, 14». *Harvard International Law Journal*. 1973, p. 100.

desarrollo económico, en el marco de la relación de economías desarrolladas y en desarrollo[34] [35].

La Declaración se complementa con un Plan de Acción para el Medio Ambiente, un documento compuesto por 109 resoluciones, que trata de medidas de gestión ambiental, así como de mecanismos de coordinación y cooperación internacionales a cargo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente e instituciones especializadas del sistema ONU. La trascendencia de la Conferencia de Estocolmo puede ser resumida con estas palabras: «Desde 1972 hasta el presente la protección internacional del medio ambiente ha tenido una expansión por demás vertiginosa: hemos pasado de instrumentos de regulación de la contaminación transfronteriza a acuerdos de carácter global; de controles de emisiones en lagos a regímenes de alcance general; de la preservación de ciertas especies a la conservación del conjunto del ecosistema; de instrumentos internacionales esencialmente declarativos, a tratados multilaterales de efecto vinculatorio. Asimismo estos instrumentos normativos han sido fortalecidos con nuevos impulsos institucionales y normativos»[36]. A todo esto se agrega la participación de la opinión pública en la escena internacional, que se canaliza por acción de las organizaciones internacionales no gubernamentales[37].

La Declaración de Estocolmo adoptada en la Conferencia NNUU sobre el Medio Ambiente Humano sólo puede ser comparada con otro instrumento internacional de jaez constitucional, como es la Declaración de Río adoptada en 1992 en la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y que representa el primer esfuerzo de concertación global por hacer mutuamente consistentes las tendencias de la economía internacional con las necesidades de protección ambiental y de la que provino un apreciable número de instrumentos internacionales (tratados, resoluciones y normas programáticas) que han contribuido tanto al desarrollo de normas consuetudinarias como a enriquecer el derecho internacional ambiental de origen convencional[38]. Por su contenido, la Declaración de Río comprende un conjunto de compromisos entre las

[34] Kiss, Alexandre y Jean-Didier Sicault. «La Conférence des Nations Unies sur L' Environnement». *Annuaire Francais de Droit International*. XVIII, 1972, p. 615.

[35] Kiss, Alexandre y Jean-Didier Sicault. Op. cit., p. 615

[36] Weiss, Edith Brown. «International Environmental Law: Contemporary Issues and The Emergence of a New World Order, 81». *Georgetown Law Journal*. 1998, pp. 679-680.

[37] El rol de las organizaciones no-gubernamentales en la esfera del medio ambiente ha adquirido una significación cada vez mayor, como lo demuestra los resultados del foro de las ONGs llevado a cabo paralelamente a la Cumbre de Río. Esto no sucede en el ámbito GATT/OMC, donde las ONGs siguen siendo vistas como un óbstáculo para las negociaciones intergubernamentales. En ese sentido, véase Charnovitz, Steve. «Participation of Nongovernmental Organizations in the World Trade Organizations 17». *University of Pensylvania Journal of International Economic Law*. 1996, pp. 332-357.

[38] Sand, Peter H. «UNCED and the Development of International Environmental Law, 8». *Journal of Natural Resources & Environmental Law*. 1992-93, p. 210.

naciones respecto del tratamiento conjunto del desarrollo económico y la protección ambiental: A pesar que la Declaración de Río es un instrumento internacional de carácter no vinculante, algunas de sus estipulaciones reflejan la convicción jurídica de los Estados respecto de algunos principios de derecho internacional ambiental. En ese sentido, y a diferencia de su precedente de Estocolmo, el lenguaje del texto de Río no esconde su vocación normativa vinculatoria. Asimismo, los 27 principios que componen la declaración forman un todo integrado y es de esta manera como debe concebirse el instrumento jurídico contenido en la Declaración. De otro lado, la Declaración refleja el consenso entre los países respecto de la necesidad de impulsar la adopción de instrumentos internacionales de protección ambiental. El caso del principio «objetivos comunes, responsabilidades diferenciadas» cristaliza el compromiso de los Estados en la lucha en favor del ambiente, al reconocer que ante las desigualdades existentes entre las naciones, corresponde aceptar que los Estados menos desarrollados adecuarán el cumplimiento de sus obligaciones a sus capacidades económicas. También, la reunión de Río ha establecido, de manera definitiva, la íntima conexión entre protección ambiental y crecimiento económico[39]. Asimismo, se han sentado las bases normativas para un desarrollo jurídico del concepto de «desarrollo sostenible»[40]. Por ejemplo, el principio 12º de la Declaración de Río, alienta a los Estados para cooperar en el dominio de la protección del medio ambiente, en el contexto de un sistema económico internacional abierto. Bajo esas premisas, las medidas comerciales, que adoptan los Estados con fines de protección ambiental, no son en principio recomendables menos aún si se tratan de medidas de corte proteccionista.

Después de casi ocho años de la Cumbre de Río, se hace evidente, más allá de algunos significativos logros, las dificultades que afronta la comunidad internacional para hacer realidad, de manera concertada, los compromisos asumidos en 1992[41].

39 Esty, Daniel. «Beyond Rio: Trade and Environment, 23» 3. *Environmental Law*. 1993, p. 388.

40 Existen cinco principios que destacan, como los más importantes elementos del concepto de desarrollo sostenible «(a) El énfasis sobre la calidad de vida antes que los soportes a la producción de mercancías; (b) una visión integradora de la contaminación y recursos naturales con el conjunto de los componentes del medio ambiente; (c) tratar el medio ambiente como un recurso económico (d) diferenciar países desarrollados y en desarrollo respecto a sus responsabilidades ante el daño ambiental; y (e) Necesiodad de armonizar políticas, estratégias y prácticas nacionales». Sanwal, Mukul. «Sustainable Development: The Rio Declaration and Multilateral Cooperation, 4». *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1993, pp. 45-46.

41 En realidad, el problema cardinal reside en la falta de mecanismos efectivos que conlleven el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en dicha conferencia. La propia la agenda 21 con todas sus innovaciones, no contiene mayores precisiones a ese respecto. La sola mención a mecanismos de implementación contenida en el Capítulo 39 resulta insuficiente, a más de otras limitaciones. En ese sentido, compartimos las críticas que formula Wolfrum, Rudiger. «Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law, Academie de Droit International». *Recueil des Cours*. 1998, Tomo 272, pp. 27-28.

Una situación preocupante, dado el actual contexto de continuo deterioro del medio ambiente. El proceso de globalización del medio ambiente, que se hiciera perceptible desde 1972, momento en que se produce el tránsito de un manejo ambiental local, a una acción estatal latitudinaria, ha llevado a que se inscriban los asuntos ambientales como los de mayor relevancia en la agenda de los Estados para el siglo XXI. Al mismo tiempo, el progreso de este «derecho ambiental global» se hace más evidente con la adopción de instrumentos jurídicos de protección ambiental. El modelo más representativo, a este respecto, es quizás el de la lucha contra la contaminación, que ha ido desarrollando formas de control integrado con miras a evitar la transferencia de la contaminación de un medio a otro como sería, verbigracia, el caso del aire. Estos logros, sin embargo, devienen insuficientes frente a la envergadura de los problemas ambientales, como también de cara a las dificultades de una gestión ambiental multilateral descentralizada. De ahí la importancia de contar con instituciones, normas y procedimientos que hagan eficaces estos mecanismos. Por otro lado, en cuanto a las relaciones entre economía y medio ambiente, no cabe duda que la piedra angular de esta vinculación pasa por esclarecer los alcances de la noción de desarrollo sostenible. Para los defensores del libre comercio, el desarrollo sostenible no es otra cosa que la ejecución de una adecuada política de internalización de los costos de producción, valiéndose para tal fin del auxilio de instrumentos económicos. Pero hay quienes no lo limitan sólo a esto y ven el desarrollo sostenible como un asunto que trasciende la correcta asignación de costos, y que más bien mete en cuestión las bondades de la actual economía internacional. Ciertamente, estamos ante un asunto complicado que necesita de un tratamiento aparte. En lo jurídico, la influencia del concepto de desarrollo sostenible se hace sentir desde diferentes planos. Normativamente, la noción está consagrada en no pocos instrumentos internacionales. Lo mismo está sucediendo en el ámbito del derecho judicial. Así, en la sentencia del 26 de setiembre de 1997 recaída en el caso Gabcikovo-Nagymaros, entre Hungría y Checoslovaquia, la Corte Internacional de Justicia, aunque sin utilizar los términos desarrollo sostenible, ha señalado que el medio ambiente «no es una abstracción sino más bien el espacio donde viven los seres humanos y del cual depende su calidad de vida para las generaciones presentes y futuras». Esta perspectiva jurídica es fundamental, como se verá, para mejor comprender la relación entre comercio y ambiente.

1.3. La relación Comercio-Ambiente

Como objeto de política internacional y más aún, como asunto de reflexión académica, el tema de la relación comercio-ambiente es, incontestablemente, un fenómeno reciente, en especial de los últimos 30 años. En efecto, si bien la vinculación del comercio internacional con el medio ambiente data de más de una centena de años, dicha relación se da en un contexto muy diferente al presente, esto es, sobre una base geográfica limitada, en razón de la soberanía irrestricta de los Estados sobre sus re-

cursos, así como en conexión con sectores específicos, como fueron los casos de protección de la fauna y flora. De esta suerte, tratados internacionales fueron celebrados en el siglo pasado, los cuales incluían restricciones comerciales con fines de protección ambiental. A modo de ilustración, tenemos acuerdos como el de 1870 sobre el uso de medidas comerciales para protección ambiental y que dio lugar, en 1893, a un sonado arbitraje entre los EEUU y el Reino Unido (*The Bearing Sea Arbitration*), respecto de los derechos que le asiste a un Estado (EE.UU.) de aplicar unilateralmente restricciones comerciales a otro (Reino Unido) con fines de protección ambiental. Este laudo descalifica, a la luz del derecho internacional de entonces, la medida americana por tratarse de una aplicación extraterritorial del derecho interno de un Estado, algo que no se ajusta con los principios de base que sustentan las relaciones entre los Estados; también, es de mencionarse la primera Convención sobre la protección de la vida salvaje de 1900, destinada a asegurar la conservación de las diversas especies animales que viven en estado silvestre[42] o, de otro lado, el de la conferencia internacional de Ginebra de 1906 en la que se adoptó un tratado de prohibición de producción y comercio de fósforos blancos los que estaban ocasionando enfermedades en las fábricas; lo propio con los tratados de preservación y protección de piel de foca, protección de aves migratorias, entre otros[43]. Este panorama no varió durante las décadas siguientes. En los años 30' se produce una importante controversia entre Canadá y los Estados Unidos, que derivó en el arbitraje de la Fundición de Trail[44]. Este arbitraje puede ser considerado como el punto de partida de un derecho internacional del medio ambiente, pues el laudo enuncia tres principios de derecho internacional de relevancia ambiental; en primer lugar, la regla por la que los Estados devienen responsables por los daños ambientales que causen actividades realizadas dentro de su territorio[45]; en segundo lugar, el laudo esboza el principio precautorio, ya que la sola amenaza de daño ambiental es razón suficiente para emplazar al Estado responsable. Por último, este arbitraje constituye la simiente del principio «quien contamina paga».

Es a partir de la segunda mitad del presente siglo y al influjo de los modelos económicos de crecimiento expansivos de la economía internacional y del comercio, que el tema ambiental aparece ocupando, progresivamente, un espacio en el debate internacional como contrapeso a esquemas de desarrollo industrial basados en la sobreexplotación de

[42] Kiss, Alexandre. *Droit International de l' Environnement*. Ed. Pedone, 1993, p. 34.

[43] Lyster, Simon. *International WildLife Law*. Grotius Publications, 1985, p. 62.

[44] Read, John E. «The Trail Smelter Dispute». *The Canadian Yearbook of International Law*. Vol. I, Tomo I, 1963, pp. 213-229

[45] Este principio de responsabilidad de un Estado, por hechos ocurridos dentro de su territorio pero que afectan a otro Estado, fue establecido como una regla de derecho internacional general en el caso Corfu (Inglaterra con Albania) llevado a cabo ante la Corte Internacional de Justicia en 1949. Véase Vera Esquivel, Germán. *Negociando Nuestro Futuro Común*. FCE-IDEA, 1996, pp. 41-42.

los recursos naturales. En la década de los 70 surgen los primeros cuestionamientos a los modelos económicos de crecimiento puestos en marcha en los países de economía avanzada. Con posterioridad a la crisis internacional 1973-1980 el problema del medio ambiente toma un renovado brío y el debate ecológico adquiere una dimensión *urbi et orbi*. Esta internacionalización de los problemas ambientales se enlaza con el inicio de un proceso de globalización de la economía mundial. Como fruto de la globalización de la economía la crisis ambiental se hace más patente. Una economía globalizada tiene como correlato una acelerada liberalización de la economía y una intensificación del comercio internacional a través de una mayor apertura de los mercados. Asimismo, la globalización ejerce un efecto de arrastre sobre otros aspectos de la vida económica que resultan concomitantes al comercio. Este proceso de internacionalización de la economía ha sido considerado, por un sector de la opinión pública, como un hecho positivo para la defensa ambiental, pues a través del libre comercio las economías de los países tienden a mejorar lo que apareja una asignación eficiente de recursos en el planeta, lográndose, de este modo, formas de expansión económica de desarrollo sostenible. Otros, sin embargo, aseguran que en tanto las normas e instituciones que regulan el comercio internacional no adecuen su dinámica a las exigencias ambientales, el modelo de desarrollo económico estará siempre reñido con los postulados del desarrollo sostenible constituyendo una grave amenaza contra el ecosistema.

En puridad, tres son las razones que justifican la dimensión ecológica que ha adquirido el actual comercio internacional. En primer lugar, es evidente que la intensificación del tráfico comercial modifica el volumen de la repartición geográfica de las actividades de producción o de consumo y que esto tiene un efecto directo sobre el medio ambiente; en segundo lugar, el comercio internacional se puede ver afectado como resultado de las políticas ambientales impuestas por los Estados y por los instrumentos económicos de los que se pueden éstos servir, como impuestos, tasas, contribuciones, subvenciones, etc., y que inciden en los precios relativos de los bienes y servicios, con el consecuente impacto sobre la competitividad de las empresas. Finalmente, por tratarse de una problemática que no respeta demarcaciones políticas, los asuntos ambientales solo pueden ser tratados globalmente, lo cual implica realizar un esfuerzo en favor del multilateralismo[46]. A todo esto, hay que añadir el complejo tema de las medidas comerciales restrictivas, aplicadas con propósitos ambientales y que derivan tanto de actos unilaterales de los Estados cuanto las que fluyen de tratados multilaterales de protección ambiental.

La particular complejidad de la relación comercio-ambiente llega a ser tal, que pese a compartir ambos sectores las mismas orientaciones, esto es, globalización,

[46] ANDERSON, Kym y Richard BLACKHURST. «Commerce International Environment et Politiques». *Commerce Mondial et Environnement*. Op. cit., pp. 6-7. HURRELL, Andrew y Benedict KINSBURY. *The International Politics of The Environment: An Introduction*. Claredon Press-Oxford, 1992, p. 1.

cooperación, integración, multilateralismo, éstas se traducen de forma muy diferente, según sea su apreciación ambiental o comercial. Así, tenemos los casos del concepto de producto, la noción de soberanía del Estado, o los límites del intervencionismo del poder público por externalidades negativas o imperfecciones del mercado (*market failures*) El caso relativo al concepto de producto es por demás ilustrativo. Así, dentro del marco de un sistema comercial abierto, las diferencias en los procesos de elaboración de un producto no tienen mayor importancia en el otorgamiento de beneficios comerciales. Un zapato es un zapato, independientemente de los procesos de producción a los que haya estado sometido. Algo muy diferente ocurre en la órbita de protección ambiental donde la noción de producto abarca el ciclo que va desde el proceso de elaboración del bien hasta su post-consumo (*chain management*). Esto, que está al origen de muchas controversias al interior del GATT/OMC, (producto final versus métodos y/o procesos de elaboración) constituye un asunto que, como se verá más adelante, divide marcadamente a los ambientalistas con los defensores del libre comercio[47].

De otro lado, un tema que permite también advertir los desencuentros entre comercio y ambiente es el que toca a aquellos supuestos en los cuales la actividad comercial internacional provoca *per se* un efecto ambiental negativo. En ese sentido, cuando se habla del daño ambiental que produce el comercio internacional se pueden considerar al menos tres situaciones, a saber:

1. Cuando el producto objeto del comercio causa daño físico.
2. Cuando el comercio engendra el daño físico a través del mercado
3. Cuando el producto objeto del comercio daña económicamente a través del mercado[48].

El daño físico consiste en toda afectación negativa de efecto tangible sobre la gente, animales o un ecosistema cualquiera. Así, por ejemplo, la importación de ciertas categorías de automóviles cuyo uso acarrea un daño a la capa de ozono. El daño económico a través del mercado traduce el impacto negativo que puede tener el comercio. Como ejemplo tenemos el caso de una plaga, a consecuencia de una importación de semillas que terminan afectando la producción agrícola nacional. La diferencia entre ambos, es que el daño físico comprende la vida y la salud humana, animal o vegetal, mientras que el daño económico impacta sobre la vida económica, provocan-

47 Verbruggen, Harmen y Onno Kuik. *Environmental Standards in International Trade: Challenges to The World Trade Organization*. Pitou Van Dijck and Gerrit Faber (Editores). Kluwer Law International, 1996.

48 Charnovitz, Steve. «Trade Measures and the Design of International Regimes, 2». *Journal of Environment & Development*. 1996, p. 169.

do pérdidas. El comercio puede asimismo ocasionar un daño económico, en no pocos casos. Esto se puede presentar cuando una importación de un bien determinado afecta la economía interna de un Estado, minando su producción interna, agravando los niveles de desempleo, ocasionando la devaluación de la moneda, la ausencia de liquidez, etc.

Por otro lado, las medidas comerciales adoptadas con propósitos de protección ambiental pueden ser agrupadas bajo tres criterios: si los Estados son capaces de aplicar sus propios estándares a los productos importados, estaríamos frente a un caso de aplicación de estándares nacionales. Por el contrario, si los Estados deben aceptar los estándares ambientales del país exportador, estaríamos ante un reconocimiento mutuo. Por último, si los Estados están de acuerdo con seguir un determinado estándar común tendríamos un típico caso de armonización[49]. Asimismo, es posible identificar algunos puntos de conflicto respecto de los medios con que cuentan estas disciplinas para la aplicación de sus políticas. En ese sentido, encontramos tres aspectos a destacar:

1. Ausencia de un ente regulador. La ausencia de un marco institucional de administración de los asuntos ambientales, con competencias generales y centralizadas constituye una carencia que conspira grandemente contra cualquier esfuerzo de coordinación multilateral de las políticas ambientales con sus correspondientes comerciales. Definitivamente, se trata de un área de conflicto pues ante la ausencia de un ente regulador, no resulta posible establecer un marco de coordinación centralizado de estas dos políticas. Cierto es que a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972 no han faltado esfuerzos por institucionalizar la política de protección ambiental, partiendo de la propia infraestructura que provee la ONU. Pero este esfuerzo ha desembocado, contrariamente a lo que se esperaba, en una atomización de agencias especializadas, compartimentos estancos, con un nivel de coordinación a todas luces insuficiente, al menos como para amalgamar, de forma integrativa, la política internacional sobre protección ambiental, que requieren una respuesta global antes que regional o local. El sistema comercial internacional, en cambio, si goza de un referente institucional centralizado como es el caso de la OMC con competencias exclusivas en lo que atañe al comercio multilateral.

2. Conflicto de instrumentos. En un mundo globalizado y de amplia competitividad internacional las empresas que asumen el costo ambiental a través de su internalización tienden a encontrarse en una situación de desventaja comparativa frente aquellas industrias que no asumen tal costo o que asumiéndolo, este se canaliza a través de la ayuda financiera del Estado o, lo que es más grave, mediante una política de subsidios.

[49] CHARNOVITZ, Steve. «The Regulation of Environmental Stándard by International Trade». *Int Envt Rep.* (BNA), 1992, pp. 631-632.

La existencia, en el plano internacional, de distintos grados de internalización del costo ambiental empuja, también, a diferencias en los precios relativos internacionales de los bienes y servicios y, por ende, a distorsiones comerciales. Los conflictos de instrumentos no hacen sino expresar que las políticas comerciales y las ambientales parten de dos premisas conceptual y operativamente diferentes. Por otro lado, los desequilibrios entre las naciones que aplican estándares de control ambiental y aquellas otras que cumplen de manera insuficiente o que simple y llanamente no cumplen con asumir dicho costo, puede convertirse en una fuente de restricciones comerciales; por ejemplo, en lo que ocupa a las importaciones, los países de economías desarrolladas han contemplado como posible solución, aplicar al interior del sistema GATT/OMC el principio económico «quien contamina paga» (*the polluter pays principle*). Este principio se considera como la fórmula más aceptable para internalizar el costo ambiental evitando, de esta manera, distorsiones de precios en el intercambio comercial[50].

[50] El principio «quien contamina paga», constituye una de las herramientas de base para la internalización y/o asignación del costo ambiental. En pocas palabras, se trata de un instrumento económico por el cual quien contamina debe soportar los gastos y asumir las medidas de internalización dictadas por la autoridad pública, haciendo posible que el precio relativo de un producto incluya el costo referido al factor ambiente. Este principio tiene su origen en el seno de la OECD (Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo) en los años 70 y fue formulado como un principio económico, aplicado a la imputación de los costos que están asociados a la prevención y lucha contra la contaminación. En general, corresponde al contaminador asumir la totalidad de los costos provocados por la prevención y la lucha contra la contaminación que ha sido ocasionada. Esto significa, que salvo excepciones justificadas (con frecuencia se citan los casos de la investigación científica destinada al desarrollo de técnicas de lucha contra la contaminación, o ayudas temporales por desequilibrios socio-económicos), el contaminador debe hacer frente a estos costos sin ayuda alguna, o sea ni subvenciones, ni deducciones fiscales, ni facilidades tributarias de compra de maquinaria, etc. Asimismo, la internalización del costo ambiental comprende los llamados «costos totales» vale decir que estos van más allá de la acción compensatoria directa en la fuente de contaminación, comprendiendo los costos de las medidas administrativas tomadas a consecuencia de la contaminación, los gastos por los daños causados a terceros por la contaminación o incluso la responsabilidad transfronteriza que obliga a una asistencia económica al Estado afectado. Ahora bien, hemos dicho que el principio «quien contamina paga» no hace sino reflejar la imputación de costos atribuidos al contaminador. Entonces, ¿Qué debemos entender por contaminador? Siguiendo a Smets, debemos entender por contaminador «aquel que directa o indirectamente causa un daño al medio ambiente o crea las condiciones conducentes a provocar dicho daño». Esta definición lata de contaminador permite comprender no sólo a la persona o ente que está al origen de la contaminación sino al agente económico que juega un rol acaso más determinante sobre la contaminación. Esta definición tiene, también, una gran utilidad práctica, sobre todo de orden económico. Así, el contaminador es la persona o entidad a quien compete una responsabilidad objetiva por contaminación. El principio no es en sí mismo un régimen de responsabilidad material en tanto no designa al responsable de la contaminación. Esto quiere decir que la calidad de contaminador puede ser la de un primer pagador, lo cual no obsta para que se repita el pago frente al responsable material o causal de la contaminación. La intervención del Estado, en estas circunstancias, no puede ni debe ser ser descartada. El principio quien contamina paga es hoy por hoy un principio de estatura internacional. Dentro de esa línea, el Principio 16 de la Declaración de Río

3. El uso de medidas comerciales con propósitos ambientales. En los países de economía avanzada existe consenso en que el uso de medidas comerciales con propósitos ambientales, representan un instrumento indispensable y particularmente efectivo para hacer valer las obligaciones de protección ambiental que los Estados asumen en el plano multilateral. Los países en desarrollo, por su parte, ven este tipo de instrumentos como esquemas comerciales neoproteccionistas, a más de considerarlos como una fórmula que resulta atentatoria contra su soberanía. La realidad, sin embargo, nos alerta que se hace cada vez más frecuente recurrir al expediente de sanciones o, si se quiere, restricciones al comercio exterior, incluyendo cláusulas de esta tesitura en los tratados multilaterales de protección ambiental. Estas cláusulas comerciales no se presentan como un hecho aislado sino forman parte de otras medidas que incluyen compromisos de asistencia técnica, financiera, controles, etc. Los objetivos que se buscan con estas medidas comerciales, van desde el control internacional de actividades de intercambio consideradas en sí mismas dañinas para el medio ambiente, el control del tráfico de sustancias peligrosas hasta la preservación de la integridad de los recursos compartidos (global commons). Las medidas comerciales con propósitos ambientales deben cumplir forzosamente ciertos requisitos, a saber: transparencia, a través de la obligación que tienen los Estados de notificar sobre regulaciones ambientales adoptadas y su impacto en el comercio internacional; legitimidad, que no es otra cosa que la evidencia científica o técnica respecto de la necesidad de esta medida, la que en rigor no debería ir más allá de lo estrictamente necesario. Finalmente, subsidiaridad lo cual significa que si el objetivo ambiental puede lograrse por otro medio, las medidas comerciales deben evitarse. Las medidas comerciales pueden asimismo adoptar la forma de actos unilaterales de uno o más Estados, afectando el comercio de un determinado bien. Aquí vale distinguir la medida unilateral cuyo efecto es de carácter interno, y que por lo tanto constituye una medida complementaria contra externalidades negativas de aquella de carácter discriminatorio. Un claro ejemplo de esta distinción está en el acuerdo GATT/OMC relativo a los obstáculos técnicos al

hace mención al principio, como uno de internalización general de costos. También el Principio 13º de esta misma Declaración prevée que los países puedan desarrollar, a este respecto, mecanismos indemnizatorios.

Si bien el principio «quien contamina paga» goza de predicamento en los países desarrollados y ha sido incorporado *inter alia*, en los instrumentos a los que hemos hecho referencia, no se ha traducido aún como una regla jurídica de aplicación general en el conjunto de la comunidad internacional. El problema radica en cómo establecer las obligaciones económicas de los Estados, en un contexto de responsabilidad en el uso de instrumentos económicos y reglas referidas a la competencia internacional. Sobre la dimensión ambiental y comercial del principio: STEVENS, Candice. «Interpreting The Polluter Pays Principle in The Trade and Environment Context. 27». *Cornell International Law Journal*. 1994, pp. 577-590. SMETS, Henri. «Le Principe Pollueur Payeur». *Revue Génerale de Droit International Public*. Tomo 97, 1993-2, pp. 339-364.

comercio[51]. Más ¿qué debemos entender por una medida comercial? Una medida comercial no es sino la aplicación de una tasa o una regulación sobre un bien o servicio. Esta medida comercial puede ser discriminatoria o no discriminatoria. Hay discriminación cuando productos considerados iguales (el ejemplo del zapato) son considerados de manera diferente. En el caso contrario no habría discriminación (por ejemplo, en los casos de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida). Las regulaciones pueden darse bajo la forma de estándares o prohibiciones y en el caso de estas últimas pueden asumir la forma de una prohibición total o parcial.

II. DERECHO INTERNACIONAL DEL COMERCIO[52] (DIC) Y DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (DIMA)

2.1. Marco General

El derecho internacional del comercio y el derecho internacional del medio ambiente son dos disciplinas jurídicas que son consideradas autónomas la una de la otra. El primero, es parte del derecho internacional económico[53] y su evolución está ligada a

[51] En efecto, el acuerdo relativo a los obstáculos técnicos al comercio señála en su artículo 2.2 que los Estados miembros se asegurarán «que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional». Respecto a los objetivos legítimos de estos reglamentos técnicos, estos se refieren «a imperativos de seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud y seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal o del medio ambiente».

[52] Empleamos la locución Derecho Internacional del Comercio, con la finalidad de distinguirla de la de Derecho de Comercio Internacional, que es la rama del derecho Internacional privado que se ocupa de regular las relaciones jurídicas de los operadores del comercio internacional, y que en rigor, tiene un ámbito material y normativo distinto del que corresponde al sistema GATT/OMC ya que se sustenta en lo que se denomina *Lex Mercatoria*. En ese sentido, David, René. «Droit de Commerce International». *Económica*. 1992, pp. 3-10. Fernández Rosas, J. C. y S. Sánchez Moreno. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Ed. Civitas, 1995, pp. 173-179.

[53] En efecto, el Derecho Internacional Económico es «aquella rama del derecho internacional Público que trata, de una parte, los aspectos jurídicos de la instalación en el territorio de los Estados, de los diversos factores de producción que provienen del extranjero y, de otra parte, de las transacciones internacionales, relativas a los bienes, servicios y capitales». A todo esto habría que sumar, los aspectos jurídicos de las operaciones financieras de carácter multilateral. Sobre los alcances de la noción «derecho internacional económico»: Carreau, Phillipe, Juillard, P. y T. Flory. *Droit International Economique*. Paris: LGDJ, 1994, pp. 3-15. También Schawrzenberger, George. «The Principles of International Economic Law, Academie de Droit International». *Recueil des Cours*. Tomo 117, 1966-I, pp. 7-10. Jackson, John H. «Economic Law». *International. Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 8, p. 150. Seildl-Hohenveldern, I. «International Economic Law». *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Vol. 198, 1986-III, pp. 21-22. Blagojevic, Borislav. «Quelques Caracteristiques du Droit International Economique, 2». *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1984, pp. 273-282.

los procesos formativos del orden económico internacional del siglo XIX, los acuerdos de Brettons Woods de la postguerra, la búsqueda de un nuevo orden económico internacional entre las décadas del 60 y 80 y, actualmente, al proceso de globalización de la economía. El segundo, asoma en la segunda mitad de los años 60, adquiriendo sus rasgos definitivos durante el periodo que media entre la conferencia internacional de Estocolmo de 1972 y la cumbre de Río de 1992. Es durante ese interregno que esta nueva rama del derecho internacional fija su ámbito material de aplicación y las técnicas jurídicas de las que hace uso. Esta afirmación, sin embargo, no pasa en alto que desde el arbitraje del Mar de Behring de 1893 y particularmente en el presente siglo, con el *dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Corfú, sobre las obligaciones de los Estados de usar su territorio respetando los derechos de otros Estados, y con los laudos expedidos en los casos de la Fundición Trail y Lago Lanós, se fue gestando una *opinio juris* enderezada a establecer los criterios jurídicos de la responsabilidad objetiva de los Estados, y la aplicación de este instituto a los daños ocasionados por contaminación transfronteriza. Pero estos antecedentes, se propiciaron al influjo de un derecho internacional general, al que no se le dotó de los medios para tratar apropiadamente la protección ambiental internacional, vale decir, de instituciones, normas y procedimientos que regulen, de manera específica, las consecuencias del daño o amenaza al medio ambiente.

De otro lado, las estructuras jurídicas del derecho internacional del comercio difieren, en varios aspectos, de las que sostienen el derecho internacional del medio ambiente. Por de pronto, el derecho internacional del comercio se sustenta en un tratado multilateral *quasi* universal, como es el que instituye la OMC y sus acuerdos complementarios, a lo que se agrega, una trama de observancias que emergen del propio quehacer institucional. La llamada práctica del consenso, como mecanismo de aprobación de medidas complementarias a los acuerdos GATT/OMC o el de las consultas, como etapa preliminar en la solución de controversias comerciales, son bastante ilustrativas de esta situación. El grado de especialización jurídica del comercio internacional ha llegado a ser de tal entidad, que no son pocos quienes miran el sistema jurídico GATT/OMC como uno de carácter autónomo, a la manera de un *self-contained regimen in international law*[54]. Esta especificidad institucional y jurídica parece consolidarse aún más luego de concluida la Ronda Uruguay, ya que los Acuerdos establecen que en caso de conflicto entre una norma contenida en el Acuerdo que instituye la OMC y cualquier otro acuerdo multilateral, el primero prevalecerá (Artículo XVI numeral 3 del Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio). Por el contrario, la protección internacional del medio ambiente no goza de la cobertura jurídica de un acuerdo similar. Como ha hecho notar Petersmann, no existe en el

[54] KUYPER, P. J. «The Law of GATT as Special Field in International Law. 25». *Netherlands Yearbook of International Law*. 1994, p. 228.

campo ambiental una «organización paragua» (*umbrella organization*) equivalente de la OMC. Por lo demás, el sueño de los ambientalistas de contar con una Organización Mundial del Medio Ambiente a imagen de la OMC o con un Acuerdo General sobre Comercio y Ambiente deberá esperar para hacerse realidad[55]. Por otro lado, el sistema comercial internacional se encuentra complementado por un creciente número de acuerdos regionales, como la Asociación Europea para el Libre Comercio (EFTA). El Area Económica Europea (EEA) el Acuerdo de Libre Comercio (NAFTA), Comunidad Andina, el ALCA, algo que no sucede en el área del medio ambiente, pese a los destacables avances de integración ambiental, como los registrados en el seno de la Comunidad Europea. A mayor abundamiento, el sistema de comercio internacional se basa en un conjunto de principios tales como el de la cláusula de la nación más favorecida, el principio del tratamiento nacional, las reglas de transparencia, barreras técnicas, cláusulas de salvaguardia principios de los que descienden normas específicas para las relaciones comerciales de los Estados y cuyo cumplimiento obligatorio está garantizado por los órganos jurisdiccionales de la OMC.

El derecho internacional del medio ambiente, que debe mucho de su crecimiento a la utilización de la técnica de los tratados multilaterales, responde a un conjunto de principios normativos que contienen, antes que normas de efectos vinculatorios, principios esencialmente enunciativos. Este hecho, es aprovechado por quienes niegan la existencia y, *a fortiori*, la autonomía de esta disciplina, para sostener que en estricto rigor, el derecho internacional del medio ambiente no tiene la plenitud jurídica de otras disciplinas del derecho sino que a lo más se trataría de un plexo normativo de carácter programático sin carácter vinculante, una suerte de *soft law*[56].

[55] En efecto, pese a que de un tiempo a esta parte no son pocas las propuestas de institucionalización del marco jurídico de la protección ambiental, propuestas que van desde la creación de una Organización Internacional del Medio Ambiente, hasta la celebración de un Acuerdo General sobre Comercio y Ambiente, pasando por la conformación, en el seno de las Naciones Unidas, de un Consejo de Protección Ambiental revestido de facultades para hacer cumplir las decisiones y los acuerdos sobre protección ecológica de carácter global, tal institucionalización global no parece, por el momento, ni técnica ni políticamente factible. Al respecto: Dunoff, Jeffrey L. «Resolving Trade-Environment Conflicts: The Case of Trading Institutions 27». *Cornell International Law Journal*. 1994, pp. 620-624.

[56] La locución anglosajona *soft law*, señala George Abi-Saab, fue originariamente utilizada por el jurista inglés Mc Nair para describir las normas jurídicas en su forma de proposiciones o principios abstractos, en oposición al *hard law* que era el derecho en concreto, el que es factible de ser aplicado en sede administrativa o judicial. Con el tiempo, esta acepción primigenia cambió, siendo que actualmente designa aquellas normas internacionales cuya juridicidad es puesta en cuestión, por carecer de fuerza vinculatoria que le dé eficacia y por tratarse de un derecho que no es posible de hacerlo cumplir jurisdiccionalmente. Dicho de otra manera, estaríamos ante instrumentos jurídicos cuyo incumplimiento no acarrearía responsabilidad internacional. Se habla, entonces, de documentos no-normativos, excluídos de las categorías que reconoce el artículo 38º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta crítica carece de fundamento, por cuanto la teoría moderna del derecho, y en particular la del derecho internacional, reconocen que la calidad jurídica de una norma, no está condicionada a su

De otra parte, mientras que las reglas que gobiernan el sistema de la Organización Mundial del Comercio no exigen la armonización de los derechos internos de los Estados, una tendencia inversa ocurre en el ámbito del medio ambiente, donde la armonización deviene fundamental dado el carácter integrativo y unitario de la protección ambiental. Por último, como ya ha sido comentado, el sistema comercial de la Organización Mundial del Comercio tiene un mecanismo judicializado de solución de controversias, algo que no acontece en el marco de la protección del medio ambiente, salvo los casos de regímenes especiales como el que reconoce la Convención del Mar en los artículos 186º y siguientes, no quedando otro recurso que acudir al fuero común de la jurisdicción internacional de la Corte Internacional de Justicia[57].

aplicación material y efectiva, de la misma forma como ocurre con ciertos derechos internos de los Estados, por ejemplo, con el derecho constitucional. Lo que sí parece quedar claro es que esta forma de normatividad sirve ventajósamente para el mejoramiento, la adaptación y la legitimación de «nociones emergentes» en el orden jurídico internacional a más de constituir un instrumento apropiado para alcanzar objetivos de cooperación internacional. En lo que toca al derecho internacional ambiental, digamos que esta disciplina ha sacado buen partido de este instituto jurídico; así, las competencias normativas a cargo de las instituciones internacionales con competencia en asuntos ambientales han permitido el desarrollo de un «*soft law making process*» luego de concluída la Conferencia de Estocolmo de 1972; en tal virtud, se puede contar un significativo número de normas jurídicas de *soft law* que constituyen los principios jurídicos y el referente normativo del cual decienden normas vinculatorias específicas, como sucede con importantes instrumentos como la Resolución ONU 37/27 del 24 de marzo de 1983 sobre Cooperación Internacional en el Area del Medio Ambiente o el caso, tantas veces citado, del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo del que se han derivado importantes tratados de protección ambiental. De otro lado, no menos importante resulta, para estos propósitos, la acción de las ONGs en su labor de política jurídica. El caso de la International Law Asociation y la adopción de las reglas para la Utilización de Aguas Internacionales no Marinas de 1961 o sobre la Polución Transfronteriza de 1979, constituyen evidencias del trabajo legislativo de estas asociaciones privadas. Sobre el fenómeno del soft-law y su relevancia ambiental: SCHACHTER, Oscar. «The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements 71». *American Journal of International Law*. 1977, pp. 296-304. GRUCHALLA-WESERSKI, Tomas. «A Framework of Softt Law 30». *Mc Gill Law Journal*. 1984, pp. 37-88. CHINKIN, C.M. «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, 38». *International and Compative Law Quartely*. 1989, pp. 850-866. ABI-SAAB, George. *Eloge du Droit Assourdi: Quelque reflexions sur le role de la soft law en droit international contemporain. Nouveaux Itineraires en Droit, Hommage à Francois Rigaux, De l' Université Catholique de Louvain XXII*. Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 59-68. ABI-SAAB, George. «Cours géneral de droit international public, Academie de Droit International». *Recueil des Cours*. 1987, Tomo VII-207, pp. 205-213. DUPUY, Pierre-Marie. «Soft Law and The International Law of the Environment». *Michigan Journal of International Law*. Vol. 12, 1991, pp. 420-445. HANDL, REISMAN, SIMMA y CHINKIN. «A Hard Look at Soft Law, 82». *American Society of International Law Proceedings*. DUPUY, René Jean. *Droit Declaratoire et Droit Programmatoire: De la Coutume Sauvage à la Soft Law Colloque de Toulouse L' Elaboration du Droit International Public*. Editions Pedone: París, 1974, pp. 132-48.

[57] Nos referimos a los casos de relevancia ambiental sometidos ante la CIJ en el pasado: El de los Ensayos Nucleares, entre Australia y Francia; El de los Ensayos Nucleares entre Nueva Zelanda y Francia; el de los Fosfatos de Nauru entre Nauru y Francia y el del Golfo de Maine. Esta orientación se ha consolidado, entendemos, con la constitución de un tribunal especial para los asuntos del medio

Pero quizás la nota que mejor distingue estas dos disciplinas radique en el contenido normativo, en la estructura jurídica que les corresponde. Así, el derecho del comercio internacional se exhibe, a estas alturas, como un derecho en proceso de consolidación a través de normas, instituciones y procedimientos; de este modo, el sistema jurídico que informa el comercio internacional ha sido diseñado sobre la base de tres pilares: un marco normativo convencional de vocación constitucional, una organización internacional como su referente institucional y un mecanismo jurisdiccional con competencia exclusiva para dirimir los contenciosos comerciales. El derecho internacional del medio ambiente, en cambio, continúa siendo un derecho fragmentario y señaladamente descentralizado. Esta forma de estructura atomizada, tan arraigada en el derecho internacional del medio ambiente, es vista por algunos como un inconveniente mayor, un obstáculo en los esfuerzos por resolver el problema de la falta de precisión en el contenido de las obligaciones de los Estados, ya que estas varían según éstos sean o no partes de los tratados. Por otro lado, el derecho internacional del medio ambiente tiene un marco obligacional, en el que tampoco aparecen claros los medios con los que se cuenta para determinar cuando el acto de un Estado resulta incompatible con la tutela ambiental. De esto se sigue, que el vínculo entre conducta específica del Estado con el daño producido se torna, no pocas veces, difícil de establecer. Este aspecto y otros concomitantes a su aplicación, son fundamentales para el éxito de las políticas ambientales.

El desarrollo de las reglas internacionales de protección ambiental no sigue conceptos teóricos preestablecidos sino, por el contrario, expresa el conjunto de respuestas tendientes a resolver aspectos puntuales de deterioro ambiental. Es por ello que se habla, creemos con justeza, de la fragmentación sistemática del derecho internacional del medio ambiente. Por contraste, el derecho internacional del Comercio ha estado inveteradamente precedido de un marco teórico, al menos desde el siglo XVIII, con el advenimiento estelar de las doctrinas liberales de Ricardo, Adan Smith o intervencionistas como Hamilton o List. En este orden de ideas, el régimen jurídico del actual comercio internacional encarna la racionalidad económica del paradigma del libre comercio a través de los beneficios de la ventaja comparativa y del desarrollo de las economías de escala.

Se señala también, que el derecho internacional ambiental regula una forma de cooperación dual, esto es, una de carácter necesaria y otra de tipo convencional. De la primera, interesa destacar que algunos objetivos ambientales no pueden ser cumpli-

ambiente en el seno de la CIJ. Sobre los aspectos de carácter ambiental en la Corte Internacional, véanse las interesantes acotaciones hechas por Raymond Ranjeva respecto de la creación de un órgano jurisdiccional Ad Hoc para los diferendos de materia ambiental en: Ranjeva, Raymond. «L' Environnement, la Cour Internationale de Justice et sa Chambre Spéciale pour les Questions de L' Environnnement, 49». *Annuaire Francais de droit International*. 1994, pp. 433-441.

dos de otro modo sino a través del concurso de la comunidad internacional. La segunda forma, involucra políticas de cooperación que no siendo intrínsecamente necesarias, resultan más apropiadas si se llevan a cabo con el concurso multilateral de los Estados. El derecho internacional del comercio también es tributario de la cooperación multilateral, no obstante, ésta se traduce como una de carácter convencional[58].

Estas sustantivas diferencias, no deben llevarnos a soslayar las no menos importantes semejanzas que identifican los regímenes jurídicos de comercio y ambiente; para empezar, ambas son ramas del derecho internacional público. Asimismo, como acontece en las disciplinas internacionales modernas comercio y ambiente deben mucho de su marco jurídico a los trabajos programatorios realizados en el seno de las organizaciones internacionales. Lo propio ocurre con los procesos de creación jurídica (law-making process) en donde la identidad formal entre comercio y ambiente también se hace notar. El caso del recurso a la técnica del soft law, que primitivamente sirvió para el diseño jurídico de importantes normas del derecho internacional económico y del que ha sacado buen provecho el derecho ambiental en estas últimas décadas es por demás ilustrativo. En lo que respecta al comercio mundial el cuadro nacido de los trabajos del GATT y sobre todo de su órgano de solución de diferencias. En lo que toca al medio ambiente baste mencionar el sistema normativo marco emanado de la Conferencia de Estocolmo de 1972; la Declaración adoptada de esa misma conferencia, la Declaración sobre el Medio Ambiente de 1992; La Carta Mundial de la Naturaleza y finalmente la declaración de Río de 1992. Por otro lado, una adecuada gestión ambiental internacional, pasa por fijar los alcances del desarrollo económico, con sujeción a las exigencias de preservación ecosistémica; en ese sentido, la fusión entre comercio y ambiente es condición *sine qua non* para el logro de resultados que impliquen plasmar las exigencias ambientales en el contexto del comercio internacional. Para tales efectos, las sanciones comerciales han jugado y aún juegan un papel central.

2.2. La Relación DIC - DIMA

Los aspectos históricos-formativos de estas dos disciplinas nos muestra el proceso de crecimiento de cada una de estas dos materias, los conflictos que origina su vinculación así como la posibilidad de lograr la armonización jurídica de los objetivos ambientales y comerciales. De esta forma, creemos que puede hablarse de tres etapas en las relaciones de estas dos ramas del derecho internacional: etapa de separación, etapa de conflicto y etapa de armonización. Veamos, seguidamente, cada una de ellas.

[58] Los defensores del libre comercio sostienen que eliminando las fricciones y conflictos que surgen de las restricciones comerciales, esto es, eliminando todo tipo de barrera al comercio, se desarrolla inevitablemente una forma de interdependencia económica que hace mucho más favorable y factible la cooperación política, incluida en ella la de orden ambiental. Al respecto: ABBOTT, Kenneth. *GATT as Public Institution*. Op. cit., pp. 32-39.

2.2.1. Etapa de Separación

Está marcada por el desarrollo autónomo de ambas disciplinas. El derecho internacional del comercio, en lo que toca a su fisonomía moderna, se forja en las conferencias de Bretton Woods y es parte integrante de una concepción global de las relaciones económicas internacionales. En ese sentido, el sistema jurídico del comercio mundial se vincula, directamente, con un modelo de desarrollo económico de carácter librecambista, integrativo de las economías nacionales y de una pretendida estabilidad monetaria[59]. Por contraste, la constitución de las estructuras jurídicas de protección internacional ambiental, ha tenido un origen mucho más modesto, a través de un plexo de instrumentos convencionales de carácter fragmentario. Así, hasta 1972, se contaba tan solo con una treintena de tratados internacionales, relativos a sectores específicos, cuyo radio de aplicación se veía limitado por el carácter bilateral o regional de esos acuerdos (protección de recursos naturales, daños industriales, contaminación fluvial, seguridad lacustre, etc.). A pesar que esta situación varia notablemente en los últimos 10 años, periodo en el cual han visto la luz más de 900 tratados de protección ambiental, subsiste la tendencia compartimentalista, a más de los problemas de eficacia jurídica de las estipulaciones contenidas en esos tratados. A todo esto, se suman los altos costos de transacción que generan estos acuerdos internacionales[60].

El derecho internacional de comercio hunde sus raíces en las primeras comunidades humanas organizadas, en las que no sorprende hallar agrupaciones de comerciantes dedicados a la realización de actividades de intercambio de bienes y servicios: *ubi societas ibi commercium*. Pronto, aquella actividad mercantil de carácter local adquiere sus propios rasgos jurídicos con la conformación de un *jus mercatorum* que alcanza dimensión transnacional, arrastrando con ello la intervención de la autoridad pública, la presencia del Estado en el comercio. La cláusula de la nación más favorecida, que ya existía por entonces, constituía un eficaz instrumento para consagrar el principio de la no discriminación comercial. Durante el siglo XIX los primeros tratados de Comercio y Navegación y la aparición de un orden económico internacional perfilan la juridización del comercio. Los principios del comercio internacional se inspiran tanto en fundamentos estrictamente económicos como los del libre comercio (ventaja comparativa, competencia justa e intervención óptima) cuanto por principios jurídicos (soberanía de los Estados, normas de derecho internacional y normas nacionales). En la segunda mitad del siglo XIX, se vive un período de libre comercio en la que los Estados se abstienen de intervenir en el proceso económico. El siglo XX es la etapa

[59] Petersmann, Ernst-Ulrich. «International Economic Order». *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 8, pp. 336-344.

[60] Fitzmaurice, M.A. «International Environmental Law as a Special Field». *Netherlands Yearbook of International Law*. Vol. XXV, 1994, p. 41.

de soldadura entre la teoría económica internacional y el derecho internacional económico cuya columna vertebral lo constituyen, al origen, los principios del derecho internacional del comercio.

Hemos visto como el problema normativo de la protección ambiental es su acusada tendencia a la regulación sectorial, lo que en cierto modo se explicaría por el origen mismo del daño ambiental. Mas, según lo que venimos viendo, el deterioro ambiental tiene consecuencias que trasvasan las fronteras nacionales. Esto explica el interés de los gobiernos por encontrar medios políticos y normativos que permitan, primero, la mayor participación de los Estados en estos acuerdos y, segundo, la implementación de mecanismos jurídicos que hagan factible la puesta en marcha de instrumentos regulatorios efectivos. Esto último viene siendo asumido, con relativo éxito, recurriendo a la técnica de los «tratados marco», que permiten meter en plaza instrumentos multilaterales que contienen principios programáticos, a la manera de un esquema institucional-normativo, y sobre esta base, descender a la fijación de reglas de fondo valiéndose, para este propósito, de un proceso legislativo de carácter escalonado[61]. Otro aspecto a considerar en el desarrollo de ambas disciplinas es que por las características a las que se haya expuesta el derecho ambiental, es menester que al lado de los instrumentos propiamente normativos, se implementen técnicas jurídicas *ex post* de vigilancia o supervisión y que no son otra cosa que procedimientos jurídicos-administrativos a cargo de cuerpos especializados, para contrastar vía reportes, inspecciones u otro medio de seguimiento, el nivel de cumplimiento de las regulaciones ambientales. Esta tendencia del derecho internacional del medio ambiente de recurrir a instrumentos convencionales contrasta con el origen consuetudinario de algunos de sus principios devenidos en clásicos de esta disciplina, y que se traducen en la obligación de los Estados de no dañar ni poner en riesgo la integridad de otros Estados. Estos principios de origen no convencional, reconocidos por la jurisprudencia internacional, constituyen la base de valoración jurídica de los casos de responsabilidad internacional en materia ambiental aplicables a los Estados, como es el supuesto de la llamada «responsabilidad objetiva» por la que se reconoce responsabilidad a los Estados por los efectos de los daños transfronterizos, sin que necesariamente se haya producido un hecho ilícito.

La etapa de separación exhibe a estas dos disciplinas del derecho internacional, como dos sectores jurídicos claramente distinguibles, en el que cada cual busca su propia especificidad, sin mayor punto de conexión mas que la de estar entroncadas con los principios comunes del derecho internacional general.

[61] Kiss, Alexandre. «Les Traites-Cadres: Une Technique Juridique Caracteristique du Droit International de l' Environnement». *Annuaire Francais de Droit International*. XXXIX, 1993, pp. 792-793.

2.2.2. Etapa de Conflicto

Tiene su origen a finales de la década de los 60' y se extiende hasta nuestros días. En tal sentido, los conflictos jurídicos entre comercio y ambiente traducen la confrontación, inevitable para algunos, de dos distintas maneras de conjugar el progreso material de la humanidad, con las necesidades de preservación de su entorno natural. Esta realidad, ha sido considerada como la evidencia que entre ambientalistas y defensores del comercio libre existe, antes que un problema político, económico o jurídico, «un choque de culturas»[62].

Para los defensores del libre comercio, están claros los efectos positivos de la liberalización de las economías nacionales, pues solamente con mercados abiertos será posible obtener los medios técnicos y financieros apropiados para enfrentar, exitosamente, el deterioro ambiental. Por el contrario, para los ambientalistas, la racionalidad del libre comercio es intrínsecamente contraria a la administración controlada de los recursos, al menos, en el marco de las reglas y procedimientos que gobiernan el actual sistema comercial mundial[63].

A ojos vista, las tensiones entre comercio y ambiente revelan un conflicto de prioridades: así, los ambientalistas consideran que los instrumentos de protección internacional del medio ambiente son algo más que instrumentos declarativos y que, para hacerlos realidad, necesitan del socorro de sanciones comerciales, que se han constituido en un importante mecanismo para la realización de dichos acuerdos. Existe, sin embargo, un problema de competencia, en tanto la OMC es la organización internacional que administra el comercio mundial y, en ese contexto, debería conocer de las medidas comerciales acordadas con fines de protección ambiental aún cuando provengan de acuerdos distintos a los del sistema GATT/OMC. Este aspecto constituye uno de los problemas más críticos que separa a comercialistas y ambientalistas. De ahí que los conflictos entre el derecho internacional del comercio y el derecho internacional del medio ambiente hayan forzado a una interpretación de los instrumentos jurídicos GATT/OMC para su posible conexión con las exigencias de orden ambiental. La realidad presente demuestra que las políticas comerciales y ambientales se han desarrollado en todo momento, de manera autónoma la una de la otra. Consecuentemente, no debe sorprender la existencia de contradicciones y vacíos que surgen al momento de integrar ambos esquemas jurídicos. Estos desencuentros han devenido en insostenibles atendiendo a la premura por conciliar las políticas que gobiernan co-

62 Jackson, John H. «World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict». *Washington and Lee Law Review*. Vol. 49, Nº 4, 1992, pp.1228-1229. También *Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy. Trade & Environment: The Search of Balance*. Cameron & May, Vol. I, 1995, pp. 39-40.

63 Morris, David. «Free Trade: The Great Destroyer, 20». *Ecologist*. Op. cit., pp. 191-192.

mercio y ambiente. Por otro lado, existen un conjunto de variables de orden institucional y normativo que traducen el carácter contencioso que puede llegar a tener la relación comercio-ambiente. Estos aspectos resultan de urgente clarificación en aras de una armonización de los regímenes presentes que sustentan ambos sistemas. Así tenemos, entre otros puntos de controversia:

- **Creación de una Institución Internacional del Medio Ambiente**. Que tal como fuera visto en las páginas precedentes significa una gran limitación para los ambientalistas en sus esfuerzos por centralizar sus políticas como ocurre en la órbita comercial. No es que no existan instituciones internacionales con competencia ambiental; lo que ocurre, es que la envergadura de los problemas ambientales obliga a una gestión institucional de carácter centralizada prioritariamente para los asuntos de dimensión global como el del cambio climático, capa de ozono, deforestación, etc. La experiencia vivida con la participación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) como contraparte de la Organización Mundial del Comercio, que ha mostrado la incapacidad de la primera para actuar como un ente de interlocución con la OMC a propósito de los temas ambientales y menos aún para contrabalancear las políticas comerciales con las necesidades que imponen el manejo ambiental.
- **Adopción de un Acuerdo Ambiental a la manera GATT/OMC**. La posibilidad de un Acuerdo General sobre Comercio y Ambiente es para algunos, la solución práctica más idónea para resolver los desencuentros que hasta ahora bloquea cualquier solución de conjunto de esta problemática. Hay, no obstante, algunos inconvenientes de peso para que esta idea se haga realidad. El acuerdo que crea la OMC y sus instrumentos complementarios se hallan, por así decirlo, en proceso de implementación, y ya se advierten no pocos conflictos entre los intereses de los Estados miembros. Dentro de este panorama se hace muy difícil impulsar un acuerdo general sobre comercio y ambiente
- **Modificaciones en las estipulaciones GATT/OMC en la parte referente a los artículos (II - III) y (XX)**. Existen algunas propuestas de consideración respecto de los alcances de estas estipulaciones. Este tema viene siendo objeto de contribuciones de los países miembros de la OMC en el Comité de Comercio y Medio Ambiente. En realidad, el aspecto que más debate ha suscitado, se refiere a los alcances del régimen de excepciones que contempla el artículo XX. Este tema viene siendo abordado en el seno del Comité de Comercio y Medio Ambiente pero hasta el momento no existe una posición de conjunto que exprese el consenso de los Estados.
- **Incompatibilidad entre los acuerdos GATT/OMC con tratados de protección ambiental que contienen medidas comerciales**. Este es un tema particularmente sensible pues algunos de los más importantes tratados de protección

internacional del ambiente, incluyen medidas comerciales restrictivas. Dichas medidas incluso tiene efectos para países que no son partes de esos tratados, lo cual crea fricciones por cuanto conforme establece el derecho internacional consuetudinario y el convencional (Convención de Viena de 1969) un tratado sólo tiene efecto entre las partes. El caso de la Convención de Basilea sobre Transporte de Sustancias Peligrosas es por demás representativo.

- **Participación de las Organizaciones no Gubernamentales**. Las organizaciones internacionales juegan un rol capital en la formulación de las políticas ambientales y en el proceso de construcción jurídica de la normatividad internacional conducente a su protección. Una situación contraria dimana de la órbita comercial donde las ONGs apenas tienen un rol referencial, de carácter periférico. En el espacio de decisión de las políticas comerciales sólo los Estados participan con exclusión de estas asociaciones privadas llamadas organizaciones no gubernamentales. Los conflictos de relevancia ambiental suscitados en el ámbito del GATT/OMC han puesto en particular relieve las sustantivas diferencias y el distinto papel que cumplen las ONGs sobre las políticas comerciales y ambientales, el carácter protagónico de aquellas en éstas últimas a diferencia de lo que acontece en el mundo comercial. Esto crea también un problema, a nivel de actores, en un contexto que apunta a la armonización de estas dos políticas.

Los conflictos entre comercio y ambiente también pueden estar referidos a un aspecto teleológico al que se deben ambas disciplinas. En ese sentido, el comercio, desde la época de Adam Smith, ha estado principalmente orientado a su depuración de las distorsiones al libre comercio por obra del intervencionismo estatal fuente de diferentes tipos de barreras comerciales.

El derecho internacional del Medio Ambiente, en cambio, se afirma sobre un extremo opuesto, a saber, la inevitable intervención del Estado como un medio de equilibrar las distorsiones que originan los agentes en el mercado bajo la forma de externalidades negativas reflejadas en los precios de los bienes.

Las tensiones entre comercio y ambiente encuentran, asimismo, un lugar, en argumentaciones de carácter moral[64]. Así, por ejemplo, bajo la perspectiva institucional del GATT/OMC se podría invocar la reglamentación contenida en el artículo XX (a) del GATT que provee una excepción a las reglas del libre comercio por motivos de protección de la moral pública. Tal sería el caso de algunas disposiciones del Convenio CITIES que tienen un importante contenido moral o ético (por ejemplo, condiciones de tratamiento de animales salvajes) y que podrían dar lugar a medidas comerciales restrictivas.

[64] Charnovitz, Steve. «The Moral Exception in Trade Policy 38». *Virginia Journal of International Law*. 1996, pp. 10 y ss.

Queda claro que las normas que gobiernan el comercio internacional y el medio ambiente tienen diferentes orígenes y contenidos. El comercio internacional que tiene entre sus premisas aquella de la no-discriminación. La regulación ambiental puede y de hecho está en no pocos aspectos reñida con este criterio. Los acuerdos multilaterales que incorporan estipulaciones restrictivas al comercio, representan una contravención a acuerdos específicos, como los de la OMC que tienen carácter vinculatorio para los Estados signatarios.

Si bien la etapa de conflicto presenta diferentes aspectos existe un denominador común: la falta de una interacción positiva entre ambas políticas. En ese sentido, no debe llamar a sorpresa que el régimen de solución de controversias del sistema GATT/OMC haya dado preeminencia a las normas estrictamente comerciales sobre aquellas de excepción (donde se incluye el tema del medio ambiente) cuando las excepciones no se ceñían a los alcances restrictivos establecidos en el artículo XX del Acuerdo Comercial de 1947, mejor conocido como el GATT.

2.2.3. Etapa de Armonización

Que la podemos llamar *de lege ferenda*, y que ha traído consigo una interesante literatura entre los sostenedores de una u otra posición, cada cual con argumentos sugestivos y animados en el propósito de proveer un marco común para el tratamiento integrativo de los temas comercio-ambiente. Entre estos singulares aportes destaca, *inter alia*, la posición institucional GATT/OMC (a), la del profesor alemán E. U. Petersmann, de la constitucionalización del sistema internacional (b), la tesis del profesor japonés Shinya Murase de la Integración Derecho Internacional Económico/Ambiente (c) y el novísimo aporte del profesor Howard Chang desde la metodología del análisis económico del derecho (d).

Respecto de la posición institucional GATT/OMC (a) hay que señalar que esta postura, encuentra sustento en las supuestas ventajas que pueden obtener las políticas ambientales a través de la apertura de los mercados nacionales. En efecto, según pregona esta institución, la expansión del comercio conlleva un mayor crecimiento económico, una mayor riqueza para las naciones, las cuales pueden contar con mayores recursos financieros y tecnológicos para contener el deterioro ambiental. De este modo, la oposición comercio-ambiente a juicio de esta organización internacional, parte de una premisa falaz ya que es precisamente por medio de la expansión comercial, que los Estados podrán disponer de los instrumentos correctivos en razón de su mayor disponibilidad de recursos. En ese sentido, el comercio constituye un componente amplificador, al atribuir un valor o un precio a los recursos ambientales, lo que permite tener una variable de medición del costo ambiental, logrando así que el componente del efecto ambiente se transmita como capital natural a las futuras generaciones[65].

[65] GATT. *L' Expansion du Commerce Peut Aider à Resoudre Les Problèmes Ecologiques Doc 1529*. 1992, p. 4.

No obstante, existen algunas condiciones que necesariamente deben cumplirse para que los objetivos ambientales se arreglen con un comercio internacional abierto. Así, por ejemplo, es imprescindible que los Estados pongan en marcha instrumentos adecuados de protección ambiental para la defensa contra la contaminación y degradación ecológica de efectos locales y, paralelamente, se activen los mecanismos de cooperación multilateral con miras a detener el espiral destructivo del patrimonio común de la humanidad. De esto se sigue, que no tienen cabida las llamadas medidas comerciales unilaterales de aplicación extraterritorial[66]. En tal sentido, se debe prestar atención a los efectos de aquellas políticas ambientales que lejos de asegurar el desarrollo mutuo del comercio y ambiente, representan modelos proteccionistas. Con ello, se respetan principios de base del comercio internacional, como el que señala que las medidas restrictivas al comercio no deben ser de una naturaleza tal que encubra alguna forma de discriminación a las reglas del libre intercambio.

La crítica que podemos hacer a esta posición es que más allá de lo plausible de este modelo, que ve en el crecimiento del comercio, y la preservación del ambiente como hechos concomitantes, la práctica está demostrando, que el actual marco jurídico del comercio no coadyuva a esa integración, a juzgar por los resultados de los contenciosos comercio-ambiente, promovidos ante los órganos de solución de controversia del GATT/OMC.

En lo que ocupa a la posición del profesor alemán Petersmann, de la constitucionalización del sistema internacional (b) nos encontramos ante una propuesta que se inscribe dentro de un planteamiento omnicomprensivo de las relaciones internacionales y que tiene su fuente generatriz en lo que los internacionalistas han denominado *the international rule of law*, esto es, la existencia de un Estado de Derecho Internacional. En tal sentido, y desde una perspectiva constitucional, el jurista alemán E.U. Petersmann propone la llamada «constitucionalización de la relación comercio y ambiente», en un intento por sujetar los elementos constitutivos y constituyentes del sistema internacional comercial-ambiental a un patrón jurídico común.

Esta etapa de armonización se desarrolla esencialmente en dos planos: desde un punto de vista económico, se busca utilizar positivamente, instrumentos económicos de estímulo y de corrección a las externalidades ocasionadas por los daños que ciertas actividades económicas de extracción o transformación. Desde un punto de vista jurídico «el cada vez más creciente recurso a medidas comerciales con propósitos ambientales sugiere que el número de disputas internacionales por este respecto continuarán incrementándose tanto en la OMC como en los sistemas regionales en los próximos años. Para la solución de tales disputas es importante tener en mente que el comercio libre y la protección del medio ambiente sirven, esencialmente, a los mismos fines y están confrontadas con problemas similares de regulación»[67].

[66] Op. cit p. 14

[67] Petersmann, Ernst-Ulrich. *International and European Trade Law after The Uruguay Round.* Kluwer Law International, 1995, p. 5.

A fin de promover un uso más eficiente de los recursos, el derecho del comercio internacional y el derecho internacional del medio ambiente deben mutuamente dirigirse a la reducción de distorsiones del mercado como las ocasionadas por externalidades negativas (contaminación) y las divergencias entre costos privados o sociales. De otra parte, la unidad funcional entre comercio internacional y medio ambiente dimana del hecho de que ambos campos son desarrollados por los mismos actores, sirven y descansan en un marco legal común, a más de estar confrontados con los mismos problemas de regulación, sucede en el caso de las políticas proteccionistas que pueden emerger de una protección medioambiental no arreglada a los principios que sustentan el actual proceso de globalización de la economía.

Las ideas del Prof. Petersmann están contenidas en las llamadas «regulaciones y funciones comunes del comercio y medio Ambiente»: La idea que preside esta proposición, no es otra que constatar que los aspectos jurídicos y económicos del comercio internacional y del medio ambiente sirven, en substancia, a tres funciones de orden constitucional:

1. Reconciliar los conflictos entre intereses a corto término de los productores así como del Estado.
2. Crear organizaciones destinadas a corregir los desajustes del mercado, tales como externalidades en la producción y otros desórdenes económicos coyunturales que afecten la provisión y el comercio de bienes y servicios.
3. Establecer reglas de carácter constitucional de la más alta jerarquía a fin de corregir los desajustes del mercado, (*market failures*) tales como políticas comerciales proteccionistas o degradación del medio ambiente[68].

Petersman parte de un dato fundamental que abona en favor de esta armonizacion: el hecho que desde un tiempo a esta parte, los acuerdos comerciales más importantes GATT/OMC, CEE, NAFTA, consideren un conjunto de acciones tendientes a hacer mutuamente sostenibles comercio y ambiente. Esto no es otra cosa que la consecuencia de una «unidad funcional del comercio y del ambiente en tanto ambas áreas del derecho se desarrollan con los mismos actores, sirve a funciones comunes, descansa sobre principios compartidos y confrontan iguales problemas de regulación»[69].

Los niveles de protección ambiental efectivamente difieren marcadamente entre países, esto como resultado natural de varios factores como la envergadura del patrimonio natural las actividades productivas, la disponibilidad de tecnologías, los niveles de educación de la población, el ingreso per capita así como la atención política brindada a los aspectos ambientales por parte de la administración.

[68] Petersmann. Op. cit., p. 16.
[69] Op. cit., p. 18.

Problema fundamental en el frente interno de los Estados lo constituye la llamada pérdida de competitividad de las industrias nacionales que tienen que internalizar en sus costos de producción el componente de protección medioambiental. Esto trae como consecuencia, que los países que incorporan estos estándares medioambientales demanden hacerlo extensivo a escala internacional a través de acuerdos multilaterales que impongan obligaciones universales de protección ecológica. La crítica que quizás podemos hacer de esta propuesta estaría dirigida a las dificultades de orden práctico para arribar a esa funcionalidad constitucional del comercio y el medio ambiente ya que aún no se han identificado, debidamente, los aspectos que contribuyen al antagonismo creado en torno a estas dos políticas. En otro extremo, la idea de base sobre la que descansa esta propuesta (*the international rule of law*) tampoco parece gozar de aceptación general, más allá de su pretendida consagración académica. Hay, sin embargo, algunos lineamientos de importancia que tienen un especial valor metodológico y que pueden traducirse en instrumentos efectivos para una óptima gestión ambiental.

Una tercera propuesta de conciliación de las disciplinas jurídicas relativas al comercio y al medio ambiente nos viene del Decano del Centro de Estudios Internacionales de Rikkyo, en Japón, profesor Shinya Murasse (c) y que fue presentada en un curso ofrecido hace algunos años en la Academia de Derecho Internacional de la Haya[70]. Para este particular, la armonización se realiza a través de las técnicas desarrolladas en el derecho internacional económico las que sirven igualmente de herramientas apropiadas para el manejo jurídico de los problemas ambientales. Murase reprocha la excesiva compartimentalización del derecho internacional, un fenómeno que ha llevado, a su juicio, a una separación artificial del DIE y DIMA. Esta separación, sostiene el profesor japonés, no tiene asidero si nos atenemos a las siguientes comprobaciones: primero, las técnicas jurídicas de las que se vale el derecho internacional económico pueden servir para desarrollar una mejor protección ambiental, como de hecho ha sucedido en la elaboración de instrumentos jurídicos de protección ambiental al interior de las organizaciones internacionales; segundo, una significativa parte de los problemas ambientales transnacionales son tributarios de actividades económicas realizadas por los Estados: Murase, considera que el surgimiento del derecho internacional del medio ambiente, también representa una forma de reacción correctiva, vistas las imperfecciones que muestran la economía internacional y su derecho[71]. Entonces, ¿Cómo conciliar el derecho internacional del medio ambiente con las técnicas del derecho internacional económico? Como quiera que buena parte de los conflictos entre DIE y DIMA se verifican de manera sustantiva en el ámbito de la economía internacional, Murase propone un modelo jurídico de armonización, to-

[70] Murase, Shinya. «Perspectives From International Economic Law on Transnational Environmental Issues». *Collected Courses of Hague Academy of International Law*. Tomo 253, 1995, pp. 294-431.

[71] Op. cit., p. 316.

mando para ello, como indicador, el marco institucional del comercio mundial OMC y las normas que lo rigen, en especial las reglas contenidas en el GATT 47 cuyas estipulaciones forman parte del *corpus* normativo de la nueva Organización. En ese sentido, es posible crear un esquema de cooperación internacional ambiental en el seno mismo de la OMC que cuenta con un Comité de Medio Ambiente como una instancia deliberativa y de armonización de estos dos sectores. Esta vinculación, por lo demás, pasa inexorablemente por modificaciones en algunos aspectos troncales del Acuerdo, como sucede con toda la parte correspondiente al régimen de excepciones (art. XX) y por una interpretación más flexible de las normas comerciales por parte de los grupos especiales y del órgano de apelación de la OMC, cuando tienen por ante sí controversias en las que están en juego intereses ambientales.[72]. Pero lo que mejor abona en pro de esta armonización, ocurre en el ámbito de la creación jurídica de los instrumentos internacionales. Para Murase, existe una notable identidad entre los procesos creadores de normas jurídicas económicas y ambientales (law making process). Así, por ejemplo, tenemos el caso de las normas de *soft law* que tal como sucedió en la etapa formativa del derecho internacional económico cumple una función capital, esta vez, en la órbita de la normatividad jurídica de carácter ambiental. Un ejemplo elocuente de esta afirmación lo constituye el proceso de elaboración de la Convención Marco sobre la Convención sobre Cambio Climático que sale de la Conferencia de Río de 1992. Este tratado, enfrentó no sólo la explicable división entre países en desarrollo y desarrollados sino que también, en el seno de estos últimos, se formaron grupos con posiciones encontradas. Por citar algunos, tenemos los conflictos tocantes a la producción de energía, los que interesan a los modelos de consumo, así como los niveles de desarrollo tecnológico. Pues bien, según Murase, la técnica empleada para la elaboración y manejo ulterior de este instrumento es, en rigor, la misma que corresponde a modelos jurídicos internacionales de carácter económico como los del sistema GATT/ OMC u OECD, algo que no podía ser de otro modo considerando el significativo componente económico que tienen muchos de los tratados multilaterales de protección ambiental. Por ejemplo, desde un punto de vista material, esta convención multilateral de protección del medio ambiente, representa acaso el primer instrumento de este tipo que hace expresa mención a la relación entre comercio y ambiente (artículo 3, numeral 5). Por otro lado, se observa que el manejo institucional, normativo y de procedimientos del comercio internacional no es intrínsecamente opuesto al de la regulación ambiental. En realidad, desde esta perspectiva, el comercio internacional no es sino una forma de cooperación internacional fragmentaria. Es menester, entonces, una labor de integración de la cooperación internacional con otras áreas del quehacer internacional. El caso específico del medio ambiente así lo demuestra.

[72] Op. cit., pp. 400-405.

Cualquiera que sea la normatividad que se aplique a los problemas derivados de la intersección comercio-ambiente, se deberá tener presente la conveniencia del uso de instrumentos económicos como una forma suplementaria al manejo estrictamente regulatorio de la gestión ambiental. Estos instrumentos económicos, con propósitos ambientales, arrastran la intervención del Estado en la economía y tienen un impacto directo sobre las reglas del comercio internacional. Para Murase, esta integración debe ir más allá del marco que proveen los acuerdos multilaterales, los cuales a lo más expresan un estado de armonización de políticas más no de integración. El concepto de régimen internacional (international regime) visto como un sistema integrado de normas, instituciones y procedimientos concerniente a intereses comunes a los Estados: «este nuevo tipo de régimen internacional está formado sobre la base de tratados con instrumentos normativos no vinculatorios como un componente suplementario. Adicionalmente, a fin de alcanzar sus objetivos, el régimen es equipado con un apropiado marco institucional y mecanismos funcionales que permitan estandarizar la conducta de los Estados y así lograr el cumplimiento de sus obligaciones». Así, la idea de integrar en un sistema único los aspectos comerciales y ambientales parte de presupuestos cuya validez compartimos, en especial los que corresponden a la naturaleza económica de muchos de los grandes problemas ambientales y en las identidades del proceso de creación normativa que les corresponden.

Esta selección concluye, finalmente, con el repaso de las ideas más representativas del pensamiento del profesor Howard Chang quien aborda el conflicto comercio-ambiente desde el mirador del «análisis económico del derecho» (d). El núcleo de la reflexión de Chang se concentra en un análisis sobre la factibilidad del esquema de cooperación internacional tomando como punto de partida las normas del GATT especialmente el régimen de excepciones contenido en el artículo XX. Para Chang, hay que hacer una interpretación más liberal del artículo XX que no excluya limitaciones geográficas ni sanciones comerciales. Esta interpretación deberá realizarse, según Chang, bajo un criterio de «eficiencia económica» que tome en cuenta los aspectos de costo y beneficio de la relación; dicho de otra forma, interesa determinar qué es lo que los individuos están dispuestos a pagar para evitar un costo particular o para ganar un determinado beneficio. En esta circunstancia, los problemas ambientales representan «externalidades negativas». Estas externalidades, por lo general, van más allá de las fronteras nacionales lo cual convierte la asignatura ambiental como una de alcance internacional. Esas externalidades transfronterizas son más acusadas cuando el daño ambiental importa una afectación del patrimonio común (aire, mar, ciertas especies). Esto explica la existencia de las medidas comerciales como una manera de sancionar al Estado infractor; Chang observa que las restricciones comerciales que imponen algunos Estados y que vienen siendo materia de controversias en el seno del sistema GATT/OMC son tan solo una forma, entre otras tantas, que pueden imponerse a éstos. Así dichas restricciones pudieran establecerse bajo la forma de suspensión de ayuda, restricciones a las inversiones, restricciones en comercio de bienes, interven-

ción militar, etc. En ese sentido, y a diferencia de lo que acontece con las tres propuestas anteriores, Chang es un convencido que la vía para inducir a los Estados a conservar su medio natural no es otra que un buen sistema de sanciones (sticks) antes que uno de incentivos (carrots). Así, y en crítica directa a la posición oficial del GATT/OMC Chang señala: «que la dicotomía entre cooperación y medidas unilaterales es equívoca pues se tratan de dos aspectos que no son mutuamente excluyentes. De hecho, los países deben usar ambos recursos simultáneamente: las medidas comerciales unilaterales proveen un importante instrumento que debe marchar en conjunto con las negociaciones multilaterales»[73].

Por otra parte, Chang se declara enemigo de un régimen de incentivos para favorecer la cooperación internacional; antes bien, los incentivos no harían otra cosa que estimular a más países a contaminar y a los países contaminadores a serlo más. Así, también, en un régimen de incentivos se producirían dilaciones en las negociaciones multilaterales, ya que paradójicamente el incentivo produce un efecto de perversión sobre el compromiso de cooperar de los Estados. Desde un punto de vista de eficiencia económica, la solución de los problemas ambientales por la vía de los incentivos es «altamente costoso».

Contrariamente, el uso de sanciones si tiene un efecto persuasivo en aras de mejorar la atención del nivel de gestión ambiental de los Estados.

III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA GATT/OMC

3.1. Antecedentes

Los conflictos entre comercio y medio ambiente no fueron previstos ni las normas constitutivas del GATT ni en el marco jurídico gestado a través de la jurisprudencia de los órganos de solución de disputas, al menos hasta la década de los 80'. En ese sentido, todo el modelo del comercio mundial trazado para la postguerra, así como las conquistas comerciales de las subsecuentes Rondas se hicieron sin considerar la problemática ambiental. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, se ha dicho, fue elaborado en un momento en el que la protección del medio ambiente no gozaba de la prioridad que hoy le reconocen los Estados[74]. En realidad, esta particularidad no ha sido exclusiva del GATT sino una característica de la época. En efecto, ni el tratado de Roma de 1957 sobre la Unión Europea ni el tratado Europeo del Libre Comercio de 1960, ni los acuerdos regionales como ALADI, ni el Subregional Andino

[73] CHANG, Howard F. «An Economic Analysis of Trade Measures to Protect the Global environment, 83». *Georgetown Law Journal*. 1995, p. 2150.

[74] PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «Trade Policy- Environmental Policy and the GATT: Why Trade Rules and Environmental Rules Should Be Mutually Consistent?». 46, *Aussenwirtschaft*, Juli 1991, p. 187.

hicieron, por entonces, referencia alguna al tema ambiental como si lo hacen, entre otros, el tratado de la CEE de 1986, el acuerdo NAFTA de 1990 y en menor grado, el sistema GATT/OMC de 1995. Ahora bien, hay quien contesta este parecer arguyendo que los gestores del marco jurídico-institucional del comercio mundial de la postguerra sí conocían de las posibles disputas entre comercio y ambiente. Esta sugestiva tesis, ha sido expuesta por el profesor americano Steve Charnovitz, en un esclarecedor artículo escrito con ocasión de la conmemoración del sistema del GATT. Según relata Charnovitz, en la época en que se redactó la Carta constitutiva de la Organización Internacional del Comercio (ITO) el tema ambiental ya era parte de la agenda internacional. En efecto, en los años cuarenta se encontraban vigentes un apreciable número de instrumentos internacionales de protección ambiental, como las Convenciones de Regulación de Pesca del año 1946 y 47 o las Convenciones de Protección de Aves de 1949; asimismo, por aquel entonces, se llevó a cabo una conferencia de carácter ambiental, fruto de la cual fue la actual Unión Mundial para la Conservación. A estos hechos, habría que agregar un dato de orden legislativo, que menciona el mismo Charnovitz en otro de sus trabajos, y que pone en evidencia que en el propio texto del proyecto ITO se consideró (artículo 45º) como excepciones al libre comercio, los acuerdos intergubernamentales de protección y conservación de recursos marinos, aves migratorias y animales salvajes. La existencia de una tal cláusula, abona en favor de quienes piensan que los redactores de la Carta de la Habana, por cierto, los mismos que redactaron el acuerdo del GATT, conocían claramente de los potenciales conflictos entre los instrumentos internacionales de protección del medio ambiente con las reglas emanadas del sistema multilateral de comercio[75] [76], y que si los primeros no fueron debidamente considerados, ello se explica fundamentalmente por razones de oportunidad.

3.2. Aspectos medulares del Sistema Comercial Internacional GATT/ OMC y su relevancia ambiental

A diferencia de lo que aconteció con el acuerdo GATT de 1947, el Preámbulo que preside el tratado de creación de la OMC estipula, de manera explícita, la necesidad de conciliar un comercio libre con la protección del medio ambiente a través de un desarrollo sostenible (primer párrafo del preámbulo del acuerdo de Marruecos por el que se establece la Organización Mundial del Comercio).

[75] Charnovitz, Steve. «The World Trade Organization and The Environment 8». *Yearbook of International Environmental Law*. 1997, pp. 100-104.

[76] Charnovitz, Steve. «Exploring the Evironmental Exceptions in GATT. Article XX, 25». *Journal of World Trade*. 1991, pp. 43 y ss.

Los acuerdos GATT/OMC consisten en tres partes fundamentales: La Parte I (artículos I al III) contiene el principio de la cláusula de la nación más favorecida, las obligaciones por concesiones tarifarias y el principio de tratamiento nacional, medidas todas destinadas a sancionar cualquier forma de discriminación en el comercio de mercancías y servicios; la Parte II (artículos IV al XXIII) llamado también código de conducta, conprende el grueso de las normas sustantivas que regulan el comercio así como las excepciones al cumplimiento de esas reglas; finalmente, la Parte III (artículos XXIX al XXXVIII) establece los mecanismos de orden procesal tendientes a la efectiva implementación de las obligaciones contenidas en el acuerdo, por parte de los órganos de solución de controversias.

En lo que respecta a la Parte I, tenemos que en virtud de la «cláusula de la nación más favorecida» (art. I) los países miembros se obligan a otorgarse entre sí cualquier privilegio o ventaja a productos iguales: «la cláusula de la nación más favorecida es una estipulación en un tratado por la cual un Estado confiere a otro las ventajas que acordó o que acordará en favor de un tercer Estado»[77]. De esto se colige, que un país miembro no podría discriminar entre productos o servicios sobre la base de su origen nacional. La cláusula de la nación más favorecida requiere a los Estados miembros igualdad de trato comercial para productos iguales. El factor ambiente ha alterado de modo radical este principio, en tanto productos considerados iguales (productos finales) no podrían ser considerados como tales de aplicárseles los rigores de orden ambiental que claramente distinguen los métodos y /o procesos utilizados en la producción (MPP) según sea su impacto sobre el medio ambiente. Bajo estas consideraciones, la variable ambiental conduce a un replanteamiento de los alcances de este principio, ya que un producto cuya elaboración genera contaminación u otro tipo de daño ambiental no podría merecer, bajo las exigencias ambientales, igual tratamiento de aquel que sí ha internalizado dicho costo. Este es un claro ejemplo, de los desencuentros que pueden producirse cuando los objetivos del comercio internacional, como sería el de remover las barreras al comercio, se encuentran en conflicto con objetivos internacionales de carácter ambiental, en los que esta distinción deviene necesaria con miras a conocer cuán sosteniblemente estos productos resultan elaborados o procesados.

El artículo II del Acuerdo contiene importantes estipulaciones respecto de la «lista de concesiones tarifarias» que cada Estado acuerda conforme a la lista que deben anexar cada país y en la que figura el tratamiento comercial correspondiente; estas concesiones constituyen verdaderas obligaciones de los países miembros, de obliga-

[77] Vignes, Daniel. *La Clause de la Nation la Plus Favoriséé et sa Practique Contemporaine. Recueil des Cours Academie de Droit International.* 1970, II, p. 213. También «The Most Favoured Clause International» *Encyclopedia of Public International Law.* 1987, Vol. 7, pp. 411-416 y Gross Spiell, Héctor. «La Claúsula de la Nación más Favorecida: Su sentido en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio». *Revista Española de Derecho Internacional.* XXI, 1968, pp. 37-53.

ciones de respetar los niveles de derechos o cargas acordados al comercio con las otras partes contratantes. Este deber de mantener las concesiones tarifarias podría estar en cuestión, en el supuesto que el nivel de derechos acordados se vea modificado, por la imposición de tasas, cargas u otros derechos que graven la importación de productos, debido a exigencias de orden ambiental. A no ser que la medida se inscriba dentro de las excepciones que contempla este artículo, estamos ante una medida que reviste un trato discriminatorio y que, por lo tanto, no estaría arreglada ni con la letra ni con el espíritu del Acuerdo[78].

La cláusula de la nación más favorecida, principio cardinal en el comercio, no garantiza, por sí misma, que el acceso al mercado sea concomitante con una igualdad en el trato comercial. Esto explica la inclusión en el sistema comercial del «principio de tratamiento nacional» (Art. III) que prohibe a los países miembros, un tratamiento distinto de los bienes importados, respecto de sus correspondientes nacionales. Si vemos la aplicación de este principio en un contexto de protección ambiental, tenemos que el principio de tratamiento nacional obliga al país importador a no aplicar medidas ambientales más onerosas de aquellas que corresponden a sus similares nacionales. Este principio de tratamiento nacional se asienta sobre la base de «productos iguales» lo cual limita la capacidad de un país miembro para restringir el comercio de productos que por su elaboración tienen un impacto ambiental negativo. Así por ejemplo, en el ámbito del Protocolo de Montreal, los países están facultados para impedir la importación de productos que contengan determinadas sustancias tóxicas. La cuestión aquí gira en torno a lo que debemos entender por producto. Según las reglas GATT/OMC un producto o mercancía existe desde el momento que es objeto del intercambio comercial, es decir, como producto final, sin tener en cuenta los métodos y/o procesos de producción. Esto ha suscitado debates entre ambientalistas y defensores del libre comercio, algo que se busca mitigar con el nuevo acuerdo sobre la propiedad intelectual, que si distingue los productos en base a los procesos de producción de los cuales pueden ser objeto.

Otro asunto que debe contemplarse es cuando un país miembro que internaliza su costo ambiental impone restricciones arancelarias o pararancelarias en desmedro de los productos importados con miras a equilibrar la desventaja de competitividad que representa dicho costo. Este mismo criterio se hace extensivo para el caso de barreras tarifarias esto es a las tasas o cargas impositivas que se aplican a las importaciones.

Siendo uno de los objetivos fundacionales del sistema GATT/OMC la reducción progresiva de las tarifas vía negociaciones, esquemas y calendarios, el artículo II prohibe imponer más derechos aduaneros que los ya establecidos lo que haría inviable la creación de nuevas tarifas con propósitos de protección ambiental.

[78] Thomas, Christopher y Greg A. Tereposky. «The Evolving Relationship Between Trade and Environmental Regulation. 27». *Journal of World Trade*. Nº 4, 1993, p. 25.

Otro problema puede surgir cuando un país miembro que internaliza su costo ambiental impone restricciones arancelarias o pararancelarias en desmedro de los productos importados con miras a equilibrar la desventaja de competitividad que representa dicho costo. Este mismo criterio se hace extensivo para el caso de «barreras tarifarias», esto es, a las tasas o cargas impositivas que se aplican a las importaciones. Siendo uno de los objetivos fundacionales del sistema GATT/OMC la reducción progresiva de las tarifas vía negociaciones, esquemas y calendarios; el artículo II prohibe imponer más derechos aduaneros que los ya establecidos lo que haría inviable la creación de nuevas tarifas con propósitos de protección ambiental. En lo que ocupa a la Parte II otro principio constitutivo del GATT, la «prohibición de restricciones cuantitativas» por el que se prescribe que cualquier protección de la industria nacional debe ser establecida a través de tarifas y no recurriendo a restricciones cuantitativas o cualquier otra medida comercial no tarifaria, podría estar en conflicto con medidas de protección ambiental, salvo que se puedan justificar dentro del régimen de excepción que establece el artículo XX especialmente las mencionadas en los incisos (b) y (g). Sucede, sin embargo, que las excepciones que contempla el artículo IX tienen un radio de aplicación limitado al ámbito nacional y no pueden constituirse en medidas unilaterales extraterritoriales como ha venido ocurriendo en los últimos tiempos. Igualmente para los casos de antidumping del artículo VI en el supuesto de introducir en el mercado internacional productos a un valor menor que el que tiene en su respectivo mercado local. En realidad, para el supuesto que nos ocupa, es posible establecer la existencia de *dumping* en aquellos casos en que la falta de regulación ambiental en un país puede ser considerada como una distorsión en el precio final del bien. Sin embargo, parece más sensato ver estos hechos como verdaderos subsidios antes que prácticas de dumping pese a que esta figura puede producirse siempre y cuando haya diferencia entre el valor del bien en el mercado local con el que corresponde al valor de exportación.

Es también del caso mencionar lo establecido en el artículo XVI que trata de los *subsidios*. Tradicionalmente, el sistema comercial ha dividido los subsidios en los que se aplican solo a los productos de exportación y aquellos otorgados con prescindencia de su destino, esto es, otorgados a productos elaborados para el mercado local o para exportación. Son los primeros los que ocupan la atención del sistema comercial internacional. El impacto de un subsidio puede acarrear que el país receptor (importador) imponga derechos compensatorios. Sin embargo, como resultado de la Ronda Tokio de 1979, se propició un reconocimiento a la variable ambiental y a su incidencia en el comercio internacional. Es así como en el preámbulo del Código sobre estándares se reconoce «que ningún país debe estar impedido de tomar medidas necesarias para la protección del medio ambiente». Asimismo el artículo 2.2 de este código reconoce los llamados estándares ambientales. En cuanto a las llamadas «medidas de emergencia» (Salvaguardias) que contempla el artículo XIX y que permite una derogación a título temporal de las obligaciones comerciales multilaterales, por motivos de protección de la industria nacional de amenazas reales a consecuencia de las importaciones. En

consecuencia, el artículo XIX permite a las partes contratantes imponer restricciones comerciales de emergencia para proteger la industria local. Como se ha observado, este artículo podría también aplicarse como respuesta a una regulación medioambiental que afectara la industria nacional conforme a las consideraciones que contempla esta estipulación Por último, dentro de esta segunda parte el artículo XX «Excepciones Generales» comprende las cláusulas relacionadas más directamente con el tópico ambiental en particular lo dispuesto en el artículo XX (b) que provee un régimen de excepción al libre comercio cuando las medidas restrictivas se dirigen a proteger la vida o la salud humana, animal y/o vegetal y el artículo XX (g) que también establece un régimen de excepción para los casos de recursos naturales «agotables». Sin embargo, y como paso previo a la aplicación de estas excepciones, el preámbulo que antecede este artículo prescribe que dos condiciones deben ser cumplidas para estos efectos: que la medida no sea aplicada en un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, y que se trate de una restricción encubierta al comercio internacional de tal tesitura que implique una forma arbitraria e injustificable de discriminación comercial. Estas dos excepciones, cuyo tenor es lo suficientemente lato como para incluir el uso de medidas comerciales restrictivas con propósitos de protección ambiental, han sido interpretadas por los grupos especiales (panels) *strictu sensu*, vale decir, con sujeción a las condiciones que contempla el preámbulo del artículo XX algo que no permite ir más allá del sentido literal de estas cláusulas, tal como se verá al ocuparnos de las controversias comerciales sobre el atún de 1982 y 1991.

A este marco normativo general hay que agregar otros acuerdos que constituyen regímenes especiales y que guardan estrecha relación con la supervisión de los estándares nacionales de protección del medio ambiente, aplicados a los productos de importación, reflejando con ello el interés cada vez mayor de las políticas comerciales por el tema ambiental. En ese contexto, tenemos el acuerdo sobre «barreras técnicas al comercio», adoptado en la Ronda Tokio en 1979 y en el que se establecen especificaciones técnicas básicas, estándares de empaquetado, etiquetado y/o requerimientos de mercado, los que pueden responder a criterios ambientales. El objetivo de las barreras técnicas al comercio es el de asegurar que dichas regulaciones o estándares no acaben convirtiéndose en un innecesario obstáculo al comercio (artículo II numeral 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio) sino en un medio de progresiva uniformización de los requerimientos técnicos a través de certificaciones de valor internacional[79].

Entre 1980 y 1990 existían, en virtud de este acuerdo, alrededor de 300 regulaciones emanadas de los países miembros y debidamente notificadas al GATT sin que de

[79] Housman, Robert y Durwood Zaelke. *Trade, Environment, and Sustainable Development: A Primer*. Op. cit., p. 546.

este hecho se hayan derivado controversias entre comercio y ambiente[80]. Sin embargo, queda aún la idea, sostenida especialmente por los países en desarrollo que muchas de estas barreras constituyen formas disfrazadas de proteccionismo. La posibilidad de conflictos entre comercio y ambiente, a la luz de las estipulaciones generales también alcanzan a acuerdos específicos como el de las barreras técnicas al comercio el cual ha consagrado la presunción *juris tantum* que una regulación técnica no es necesariamente un obstáculo al comercio en la medida que ésta sea compatible con «estándares internacionales».

Otro de los acuerdos relevantes por su significación ambiental es el referido a «la aplicación de medidas sanitarias y fito sanitarias» que reconoce el derecho de cada gobierno de tomar medidas de protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar la flora. Art. 2 N 1. De especial interés para el tema que nos ocupa es lo estipulado en el numeral 2 del artículo antes glosado pues consagra el principio de la «evidencia científica» como el presupuesto de hecho para recurrir a cualquier medida comercial restrictiva.

Un análisis *a priori* de la normatividad que sustenta las políticas comerciales de los Estados nos muestra que el sistema GATT/OMC no estaría apropiadamente equipado para conciliar comercio y ambiente[81]. Esta apreciación se vería confirmada en los hechos, con los precedentes sentados en los contenciosos promovidos ante los órganos de solución de controversias GATT/OMC como lo veremos seguidamente.

Todas estas reflexiones son pertinentes no sólo desde una perspectiva teórica, sino también importa en la práctica de los Estados y en la solución de los conflictos que últimamente se han venido sucediendo ante los órganos de solución de controversias y que ponen frente a frente las políticas comerciales con las de protección del medio ambiente. Por ello, consideramos apropiado hacer un recuento de las controversias suscitadas durante los últimos años en el seno de los órganos jurisdiccionales del GATT y actualmente en la Organización Mundial del Comercio.

3.3. Los conflictos entre Comercio y Medio Ambiente en el Sistema GATT/ OMC

Para un examen de los conflictos producidos entre comercio y medio ambiente en el ámbito del sistema GATT/ OMC se pueden dividir tres etapas, a saber: conflictos suscitados desde la creación del GATT hasta 1980; conflictos surgidos entre 1980 hasta 1994, fecha de culminación de la Ronda Uruguay y de creación de la OMC. Por último, tenemos las controversias promovidas desde 1994 en adelante. A continua-

[80] PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «International Trade Law and International Environmental Law: Prevention and Settlement of International Disputes in GATT». *Journal of World Trade*. Vol. 27 Nº 1, 1993, p. 53

[81] FOSTER, Mark Edward. «Trade and Environment: Making Room for Environmental Trade Measures Within GATT 7», *Southern California Law Review*. 1998, pp. 418 y ss.

ción, presentamos un resumen de las disputas comercio/ambiente en el seno del sistema GATT/OMC.

3.3.1. GATT 1947-1980

Durante los primeros 35 años de existencia del sistema comercial del GATT no surgieron conflictos que pusieran en cuestión el comercio internacional con políticas ambientales. Los casos ya citados, de la Fundición Trail entre los EEUU y el Canadá como el precedente emblemático de la responsabilidad de los Estados por contaminación transfronteriza y el del Lago Lanós entre España y Francia sobre los derechos que le asisten a los Estados ribereños sobre recursos naturales compartidos, se llevaron a cabo fuera de la órbita del GATT. De otro lado, las decisiones recaídas en estos contenciosos tocan, principalmente, aspectos de derecho internacional general, lo que si bien no resiente su utilidad para los conflictos de específica trascendencia comercial, no constituyen controversia que hayan cuestionado explícitamente la idoneidad del marco jurídico del comercio mundial, frente a las exigencias de protección del medio ambiente.

3.3.2. GATT 1980- 1995

Desde los años 80' los órganos de solución de controversias del GATT comenzaron a ser utilizados para resolver disputas internacionales relativas a la validez jurídica de medidas de restricción comercial adoptadas por los Estados por motivos de protección ambiental.

- **1982** Canadá promueve una acción contenciosa contra los EEUU ante el órgano de solución de controversia respecto de los embargos de atún, impuestos por los EEUU contra ese país. Estos embargos se dictaron con arreglo a la legislación interna de los EEUU (Section 205, Fischering Conservation and Management Act de 1979) y en respuesta a la retención hecha por el gobierno del Canadá, de embarcaciones americanas que se hallaban en jurisdicción canadiense. Los Estados Unidos justificaban dicha incursión extraterritorial por motivos de protección contra la sobrepesca de atún llevada a cabo por el Canadá, invocando para tal fin, las excepciones contenidas en el artículo XX (g) del Acuerdo GATT, que autoriza medidas comerciales restrictivas si existen razones de preservación de recursos expuestos a su extinción. El Panel que conoció de este caso, llega a la conclusión de que se trataba de una decisión unilateral reñida con las estipulaciones del acuerdo particularmente el artículo XI: I que prohibe las restricciones cuantitativas al tiempo que dicha decisión unilateral violaba el principio del tratamiento nacional Artículo III del acuerdo.
- **1987** Se conformó, a petición la Comunidad Europea, Canadá y México otro panel respecto de las tasas impuestas por los EEUU al petróleo importado de esos países, con arreglo a la legislación ambiental americana. Los Estados Unidos en

virtud del Superfund Act de 1986 impuso esta tasa al petróleo importado, tasas que eran considerablemente más elevadas de las impuestas a los productores locales. Al igual que en el caso precedente, la decisión del panel encontró que esa medida restrictiva no era consistente con el artículo XI:I. Asimismo, esta decisión no se avenía con el principio de tratamiento nacional, articulo III 2 pues el mismo petróleo producido internamente estaba afectado con una tasa porcentualmente menor a su correspondiente importado. Otro hecho que debe señalarse es que el panel en su pronunciamiento descartó examinar el caso a la luz de otras disposiciones normativas que no sean aquellas establecidas en el Acuerdo del GATT. Tampoco se consideró pertinente la invocación americana de artículo XX de excepciones, pues no quedaban claros los propósitos de protección ambiental de esa medida.

- **1988** Se estableció otro panel derivado del cuestionamiento hecho a los procedimientos de procesamiento del salmón del Canadá. En este caso, los Estados Unidos recusaban las restricciones impuestas por el Canadá a las exportaciones americanas de salmón y arenque hechas conforme a la legislación conservacionista canadiense que imponían restricciones a la producción y al comercio de estas especies. Lo interesante de este caso es que Canadá sustentó tal medida en aplicación de una norma contenida en el acuerdo del GATT, el artículo XX (g) que permite a un Estado de manera excepcional establecer restricciones comerciales, tratándose de un «recurso natural agotable». Pese a esta argumentación, el panel encontró injustificada tal medida, arguyendo que las excepciones justificadas al amparo de dicha norma XX (g) no podían considerarse como primariamente referidas a la conservación del salmón y del arenque y porque había un sesgo discriminatorio en dicha medida limitada a compradores extranjeros mas no nacionales
- **1990** Un panel es conformado para que se pronuncie sobre las licencias de importación para cigarrillos, impuesta por Tailandia y que dio lugar una controversia promovida por los EEUU que alegaba que esta restricción comercial contravenía lo dispuesto en el artículo XI: I. El gobierno Tailandés justificó esta restricción alegando que lo hacía al amparo de las excepciones establecidas en el artículo XX (b) esto es, como una medida necesaria para proteger la vida humana y la salud. EL panel encontró inconsistente esta medida a la luz del artículo III y XI ya que constituía una violación al principio de tratamiento nacional en la medida que los cigarrillos no eran prohibidos para la producción doméstica. Así al permitir la venta de los cigarrillos nacionales, la invocación a la excepción contenida en la cláusula XX(b) perdía todo su sentido pues esta medida no resultaba «necesaria».
- **1991** Durante la recomposición del Comité en el año 1991 la relación entre comercio y medio ambiente llegó a su punto más crítico, adoptando un carácter confrontacional. En efecto, en el año 91 se produce una de las disputas comerciales más sonadas, y que puso en evidencia que los conflictos entre comercio y medio ambiente eran mucho más que tremendistas conjeturas de las organizacio-

nes ambientalistas. En efecto, ese año el gobierno mexicano promovió ante los órganos de solución de diferencias una disputa comercial contra los Estados Unidos alegando que las restricciones de importaciones impuestaa por los americanos contravenían las reglas y principios establecidos en el marco del GATT, en particular los artículos III y XI del Acuerdo. Asimismo, México aducía que los embargos violaban el artículo XIII referido al principio de no distriminación de las restricciones cuantitativas. Por su parte, los EEUU alegaban que dichas restricciones se efectuaron en estricta aplicación del Acta de Protección de los Mamíferos Marinos (Marine Mammal Protection Act) de 1972 que era parte de la legislación nacional de ese país y además su validez se sustentaba en el artículo XX inciso b) y d) que consagra un régimen de excepciones al acuerdo. El órgano de solución de disputas resolvió que la medida comercial adoptada por los EEUU era inconsistente con las reglas del GATT pues dicha medida fue considerada una restricción cuantitativa no arreglada con lo dispuesto en el artículo XI del acuerdo[82].

Las consecuencias que trajo esta controversia fueron de tal entidad que llevó a no pocas organizaciones pro-ambientalistas a cuestionar la idoneidad del sistema comnercial multilateral para resolver contenciosos en los que aparecen frente a frente las reglas del libre comercio con las de protección ambiental. En realidad, el punto no era discutir la validez de los objetivos enarbolados por los EEUU en la protección y en la conservación de los delfines sino en que medida este país podía imponer unilateralmente embargos comerciales y si estas medidas podían estar comprendidas en el texto del artículo XX.

La controversia del atún de 1991 dejó muy en claro que el *status quo* de las normas del GATT, no permiten el uso de restricciones comerciales, al amparo de las excepciones generales que contempla el artículo XX, salvo que se produzca una modificación en su texto en el que explícitamente se incluya la variable ambiental como una comprendida en este régimen excepcional al libre comercio. Años después, se produce una nueva controversia sobre el atún, esta vez impulsada por la Comunidad Europea, compradora del atún mexicano y afectada por el embargo estadounidense. En esta oportunidad, el panel reevaluó algunos de los fundamentos que sutentaron el fallo de 1991, como aquel referido a los alcances del régimen de excepciones del articulo XX ; sin embargo, no se justificó la medida americana ni como un acto unilateral ni como una medida necesaria.

82 Mayer, Don y David Hoch. «International Environmental Protection and the GATT: The Tuna Dolphin Controversy». *American Bussines Law Journal*. 1993. Hasta el año de 1992 quedó claro que los problemas medio-ambientales quedaron subordinados a los intereses consagrados en las normas regulatorias del comercio internacional. En este sentido, Anderson, Belina. «Unilateral Trade Measures and Environmental Protection». *Temple Law Review*, fall 1993, p. 752

- **1994** Los EEUU tienen que enfrentar una nueva disputa comercial promovida, esta vez, por la Comunidad Europea. Se trata de otro caso importante, y que toca al gravamen sobre las importaciones de automóviles entre la Unión Económica Europea, Canadá y México contra los Estados Unidos (The US. Taxes of Automobiles Case) en el que el panel del GATT encontró arregladas al acuerdo las disposiciones americanas de gravar la importación de automóviles. El caso de los automóviles representa una evolución en la interpretación del artículo III en la medida que si cabe diferenciar productos similares, por razones justificadas y siempre y cuando no sean discriminatorias. Es importante también tener en consideración, algunas definiciones que resultan por demás ilustrativas. Así por ejemplo, la noción de acción multilateral entendida como el uso de medidas adoptadas por dos o más países con el fin de asegurar objetivos de política común. La acción unilateral, en cambio, es cuando un solo Estado toma medidas de alcance extraterritorial que afecta a otro Estado.
- **OMC/ GATT 1995** Desde la creación de la OMC hasta el presente rescatamos tres controversias promovidas ante los órganos jurisdiccionales, El caso de la Gasolina, el de los Camarones y el de las Tortugas de Mar.
- **1995** El primer litigio comercial ante los órganos jurisdiccionales de la OMC, se produce cuando Brasil y Venezuela promovieron una controversia contra los Estados Unidos a consecuencia de los requisitos impuestos por éste último, para la importación de gasolina, medida dictada con arreglo a su legislación interna (Environmental Protection Agency - Clean Air Act 1990) Brasil y Venezuela cuestionaban la decisión americana, arguyendo que mediante dicha regulación, se introducían exigencias más rigurosas para el petróleo importado que las establecidas para la producción local. En tal virtud, los demandantes sostenían que los EEUU habían violado el artículo I del GATT/OMC (cláusula de la nación más favorecida) y el principio contenido en el Artículo III (tratamiento nacional). Los EEUU por su parte, invocaban las excepciones contempladas en el artículo XX (b) (d) y (g) cuyas aplicaciones las entendían justificabas por razones de protección ambiental. La decisión recaída en esta controversia, deja nuevamente constancia que las normas de protección ambiental contrarias a las reglas GATT/OMC no pueden ser preferidas sobre éstas[83].
- **1996** En esta fecha El órgano de Apelación de la OMC tuvo oportunidad de conocer de una controversia que permitió reexaminar los criterios que sustentaron las decisiones de los casos del Atún de 1991 y 1994. Cuatro países miembros India, Tailandia, India, Malasia y Pakistán cuestionaron la decisión de los EEUU de prohibir la importación de langostinos aduciendo que los métodos empleados para su captura

[83] ROBERTS, Eric. «L'affaire relatives à l' esences americaines 101», *Revue de Droit International Public*. 1996, pp. 65-149.

atentaban contra la vida de ciertas especies, en especial de las tortugas marinas. A diferencia de lo acontecido en el caso del atún, la prohibición americana se justificó por tratarse de una especie en peligro de extinción. Como en los panels precedentes, el grupo especial encontró inconsistente la decisión americana a la luz de lo establecido los artículos IX (restricciones cuantitativas) y XX (Excepciones) ya que la medida no se dirigía al producto en sí sino al proceso de elaboración. En tal sentido, el embargo constituía una «discriminación injustificable».

- **1998** Una vez más se pone en cuestión, la validez jurídica de medidas comerciales unilaterales, esta vez, ante los órganos jurisdiccionales de la OMC. Se trata del cuestionamiento hecho por India, Malasia, Pakistán y Tailandia a los embargos de camarones impuestos por los Estados Unidos a los productos provenientes de esos países. Esta medida unilateral se sustentaba en la legislación interna americana de protección a las especies de tortugas que se encontraban siendo afectada por los métodos utilizados por los mencionados países, en la pesca de los camarones. Las tortugas son consideradas especies en peligro de extinción y figuran en la lista contenida en el anexo I de la Convención de Washington de 1973. Al igual como aconteció en los casos del atún, el grupo especial (panel), las medidas comerciales unilaterales fueron excluidas *per se* de los alcances referidos a las excepciones contempladas en el artículo XX. Dicha exclusión se sustentó en la norma contenida en la parte introductoria de dicha norma. Hay que mencionar que en este caso se produce un cambio sustantivo en la manera como los órganos de solución de diferencias venían resolviendo estas controversias. En efecto, hasta antes de la creación de la OMC las disputas comerciales se resolvían en el marco de una casi absoluta aplicación de normas de estricta relevancia comercial, principalmente a través del texto del acuerdo GATT y de los precedentes. Esta situación ha variado ya que actualmente la aplicación del derecho de la OMC incluye también otras normas de naturaleza no comercial pero aplicables a los casos de la especie. Por ejemplo, cláusulas correspondientes a otros tratados, las reglas de interpretación de tratados que reconoce la Convención de Viena, etc.

Los resultados de esta nueva controversia han sido vistos desfavorablemente por un quienes piensan que muestran con claridad la división entre comercio y ambiente[84].

3.4. El Comité de Comercio y Medio Ambiente

Desde la década de los 70' aparecen los primeros esfuerzos por vincular las políticas del comercio internacional con aquellas de protección del Medio Ambiente. Esta circuns-

[84] Howse, Robert. «The Turtle Panel: Another Environmental Disater in Geneva. 32». *Journal of World Trade*. 1998, pp. 73-100.

tancia tuvo pronta repercusión en el GATT, la institución por aquel entonces competente para los asuntos del comercio mundial.

En efecto, con ocasión de la Conferencia de Estocolmo, un grupo de trabajo fue establecido en el seno del GATT en 1971, bajo la dirección de J. Tumlir prestigioso economista integrante del staff del GATT. Este equipo remitió un documento institucional de relevancia ambiental, ciertamente auspicioso para la época, y que esencialmente trata sobre los efectos de la contaminación industrial (The Industrial Pollution and International Trade, Doc GATT L/3538 1971). Sin embargo, durante los 20 años siguientes a la Conferencia de Estocolmo el grupo jamás se reunió y sólo en 1991, a consecuencia del debate suscitado por el caso del atún entre México y los EEUU y ante la convocatoria para la cumbre de Río de 1992 se reactiva y se remoza la agenda de este órgano, incorporando nuevas asignaturas como han sido los casos referidos al comercio de servicios y a la propiedad intelectual. Esta esfuerzo institucional constituye el antecedente inmediato de lo que actualmente conocemos como el Comité de Comercio y Medio Ambiente. La conformación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente con una agenda preestablecida responde, por consiguiente, a dicha aspiración. Así, en 1992, el Grupo de Trabajo fue encargado de estudiar los tratados multilaterales de protección ambiental y su relación con el sistema comercial internacional, ecoetiquetado y reglas de transparencia. En 1995, fecha en que los acuerdos de Marruecos cobran vigencia, comienzan las tareas de dicho Comité conforme a los términos fijados en su agenda de trabajo[85].

Creemos no exagerar si decimos que el más importante de los puntos de la agenda del Comité es el correspondiente a la relación entre los tratados multilaterales de protección del medio ambiente y las normas que sistema comercial GATT/WTO. Esta conexión se hace imperiosa por dos fundamentales razones: primero, un eventual conflicto entre ambos podría bloquear, mutuamente, la aplicación de las normas contenidas en esos acuerdos. La segunda razón es más bien de carácter político: una efectiva integración entre comercio y ambiente podría grandemente contribuir a vertebrar una política normativa de carácter unitario, contribuyendo con ello a reducir la magnitud del impacto que tiene el comercio internacional frente al medio ambiente.

Respecto de los Tratados Multilaterales y el sistema GATT/OMC hay que señalar que cuando nos referimos a estos tratados multilaterales lo hacemos respecto de aquellos que contienen estipulaciones restrictivas al comercio internacional, es decir, aquellos que contienen una prohibición para importar o de una prohibición para exportar. En ese sentido, el Comité ha identificado más de una veintena de tratados multilaterales que contienen tales restricciones comerciales.

Los ejemplos devenidos en clásicos a este respecto, lo constituyen la Convención sobre el Comercio de Especies Salvajes, Fauna y Flora en Peligro de Extinción (CITIES),

[85] Woody, Cristie. «The World Trade Organization's Committee on Trade and Environment 8». *The Georgetown International Environmental Law Review*. 1996, pp. 461 y ss.

el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que agotan la Capa de Ozono y la Convención de Basilea sobre Transporte Transfronterizo de Sustancias Peligrosas.

Pero el programa de trabajo del Comité incluye otros aspectos que merecen nuestra atención. Así, tenemos el relativo a la posibilidad de que los países miembros apliquen extraterritorialmente disposiciones internas de protección ambiental, relativas a la protección del patrimonio ecológico común (por ejemplo, para evitar la extinción de ciertas especies o el agotamiento de ciertos recursos). Asimismo, forma parte de la agenda el controvertido punto tocante a la aplicación de limitaciones a la importación de productos considerando los métodos y los procesos productivos. Otro ítem de importancia, trata de la implementación de estándares de protección ambiental y de aquellos instrumentos enderezados a internalizar el costo ambiental. Igualmente, el Comité se aboca a la elaboración de criterios técnicos que permitan contar con datos de relevancia ecológica respecto al embalaje y ecoetiquetado.

Una particular atención en los trabajos del Comité está dirigida a la transparencia de las regulaciones ambientales aplicadas por los Estados miembros. Para ello se busca establecer un adecuado y oportuno mecanismo de notificaciones. Asimismo se contemplan acciones de seguimiento y control respecto a requerimientos de empaque, ecoetiquetado, reciclado. Un novedoso mecanismo *ex ante* y *ex post* ha sido concebido creando la oportunidad a los países miembros de cooperar para una mejor formulación de la legislación y de su consiguiente implementación[86].

Otro tema en la Agenda del Comité está dedicado a los mecanismos de solución de controversias. Un primer punto está concentrado en la posibilidad que los miembros de los Grupos Especiales consulten a expertos ambientalistas en aquellas controversias que oponen intereses comerciales y ambientales. Bajo el nuevo esquema contencioso que ha puesto en marcha la OMC, los Grupos Especiales pueden solicitar información técnica si así lo estiman conveniente.

El balance de las controversias sometidas a los mecanismos jurisdiccionales del GATT ha sido bastante esclarecedor de la forma como los comercialistas ha entendido la problemática ambiental y también del porqué de la separación existente entre ambas políticas. Uno de los aspectos más complejos, previsto también en la agenda, se refiere al negativo impacto que los subsidios tienen para una eficiente política comercial y ambiental. Los subsidios constituyen barreras no arancelarias al comercio, aún si estos son establecidos con propósitos de protección ambiental, lo que distorsiona una eficiente asignación de recursos, impidiendo una correcta internalización del costo ambiental. La idea de consagrar, en la práctica de los Estados, el principio «quien contamina paga» no ha alcanzado todavía el consenso necesario para hacerse una realidad universal.

[86] Charnovitz, Steve. «Critical Guide to the WTO's Report on Trade and Environment 14», *Arizona Journal of International and Comparative Law*. 1999, p. 343

Finalmente, dentro de esta apretada síntesis, no podía faltar el tema concerniente a la propiedad intelectual. Hay cuando menos cuatro aspectos que importan a este respecto; primero, la relación entre el acuerdo OMC sobre propiedad intelectual (TRIPS) y otros acuerdos de protección ambiental que contienen obligaciones distintas a las estipuladas en los TRIPS. El caso más representativo lo ofrece la Convención sobre Biodiversidad en su artículo 16.5 que autoriza a los Estados miembros a restringir derechos de propiedad intelectual con propósitos ambientales. Lo propio ocurre en el artículo 15 que faculta a otorgar acceso preferencial a los mercados respecto de productos genéticos, lo cual podría contravenir el principio de la cláusula de la nación más favorecida. Segundo, la patentabilidad de las formas de vida, a fin de estimular a los países que gozan de una gran biodiversidad, para que patenten las especies con propiedades de uso químico y farmacéutico, con miras a crear fuentes de ingresos al tiempo que se fomenta su protección. Esto puede causar problemas de armonización con las estipulaciones acordadas en el seno de los TRIPS. En tercer lugar, tenemos el polémico aspecto de la transferencia de tecnología de protección ambiental. Para muchos países en desarrollo, la existencia de dicha protección intelectual desembocaría en una cada vez mayor dificultad para el acceso a tecnología foránea. En ese sentido, los países desarrollados consideran que un mayor rigor hará transferencia de tecnología más atractiva en los países en desarrollo. Por último, figura el tema sobre la protección de las formas tradicionales de conocimiento de los pueblos indígenas[87]. Durante los últimos años, ya desde el nuevo escenario institucional de la Organización Mundial del Comercio el Comité de Medio Ambiente no ha logrado convertirse en el referente de la ansiada integración comercio-ambiente. En ese sentido, los países mantienen no pocas diferencias respecto a cuáles deberían ser los primeros pasos hacia esa aproximación: modificación de algunas de las estipulaciones de los acuerdos multilaterales, creación de un mecanismo facilitador de dicha integración, convocatoria a una ronda específica sobre asuntos comerciales y ambientales, participación de las ONGs en el escenario comercial, en resolución, propuestas que no hacen sino traducir las diferentes opciones que animan los países miembros frente a la problemática ambiental. En lo que sí parece haber consenso es en la importancia del tema ambiental y en la necesidad de tratarlo en el seno de la OMC. El Comité de Comercio y Medio ambiente tiene, por lo tanto, una misión de extrema importancia en los esfuerzos de consolidación de una política comercial de rostro ambiental.

IV. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

La relación Comercio-Ambiente urge de acciones tendientes a su clarificación. Hasta no hace mucho, subsistía una visión tradicional del contenido del *corpus juris* del comercio internacional y de la forma como éste debía interpretarse, limitándolo a

[87] Woody, Kristin. *Committee Trade and Environment*. Op. cit., pp. 477-478.

aspectos estrictamente comerciales, en torno a sus instituciones y principios, como los de la cláusula de la nación más favorecida, las ventajas comparativas, la reducción de tarifas, el dumping o los subsidios, sin tomar en cuenta otro tipo de consideraciones. Hoy en día, la problemática ambiental ha echado por tierra esta visión autárquica del comercio, haciéndolo significativamente vulnerable a las exigencias que impone el manejo del entorno ecológico, el mismo que viene demostrando cuán determinante puede ser para el éxito de un desarrollo sostenible basado en una libre competencia, que traslade el costo real de los productos y servicios en los precios relativos de los bienes. Desde esa perspectiva, los problemas que atañen al medio ambiente son de tal envergadura, que llegan incluso a cuestionar las formas pacíficas de vida y producción de las sociedades contemporáneas. El comercio internacional, a su turno, se halla en un proceso expansivo sin precedentes por obra de la globalización de la economía. La idea que anima la economía moderna no es otra que el crecimiento económico de las naciones a través de un comercio libre, lo que inevitablemente se traduce en una mayor explotación de las riquezas naturales y en una intensificación de los servicios colaterales como sucede, por ejemplo, en el caso del transporte internacional. Como correlato de esto, la vinculación entre ambiente y comercio deviene inevitable. Existen, no obstante, algunos fundamentales puntos de conflicto entre ambientalistas y defensores del comercio libre. Esta situación ha comenzado a ser abordada en el plano multilateral, lo que explica la cada vez mayor preocupación de los Estados por atajar el acelerado deterioro ambiental, sin que ello entrañe alterar los patrones que sustentan la actual economía internacional. La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano fue un primer paso en esta nueva dirección. Veinte años después, la Conferencia de Río estableció la inevitable conexión entre desarrollo económico y ambiente. La Agenda 21, acaso el más representativo de los instrumentos que vieron la luz en la Cumbre de la Tierra de 1992, recomienda a los gobiernos abocarse a las causas que subyacen en los conflictos entre comercio y ambiente, de una manera que evite el recurso injustificado de medidas comerciales restrictivas. En el contexto de la OMC, la conformación de un Comité de Comercio y Medio Ambiente ha sido un paso alentador hacia un tratamiento integrativo de las políticas comerciales y ambientales. Subsisten, sin embargo, grandes limitaciones que impiden una pronta conciliación entre los intereses ecológicos con aquellos de orden comercial. Las decisiones recaídas en las controversias de la Gasolina en el año 95 y de las Tortugas Marinas de los años 96-98, son una clara demostración que comercio y medio ambiente siguen aún transitando por caminos diferentes. Vistos en perspectiva, los resultados de la Cumbre de la Tierra de 1992 y los que cierran el ciclo de la Ronda Uruguay no han trascendido en decisiones concretas que aparejen una verdadera armonización entre comercio y ambiente La posibilidad de crear un ente centralizador de la política internacional ambiental, como contrapeso a la OMC, tropieza con obstáculos mayores lo que hace difícilmente viable su concreción, al menos en el corto y mediano plazo.

El auspicioso Preámbulo que preside el Acta Final de la Ronda Uruguay y los acuerdos de Marruecos no se han visto complementados con reglas específicas que revistan un verdadero esfuerzo por clarificar la compleja relación entre los instrumentos multilaterales de protección al medio ambiente y las reglas GATT/OMC. Esto es más evidente en el plano de la solución de conflictos al interior del sistema comercial, donde no se aprecian visos de integración, conforme se observa del recuento de casos de los últimos 20 años. Al mismo tiempo, el balance que arroja los más de cinco años de existencia del Comité no hace prever un mejoramiento sustancial en el tratamiento unitario de estos temas.

Siendo la propuesta de creación de una Organización Mundial del Medio Ambiente por ahora irrealizable, pensamos que es por el lado de la Organización Mundial del Comercio por donde cabría impulsar el marco institucional de negociación y de aplicación de los acuerdos de protección del medio ambiente que contienen medidas comerciales de carácter restrictivo. Bien es verdad que no se trata de una situación ideal, pero al menos parece la más realista a juzgar por el déficit de efectividad que caracteriza a muchos de estos acuerdos y al contexto particular del derecho internacional ambiental, caracterizado por la ausencia de mecanismos de aplicación efectiva y de un marco institucional centralizado a la manera de la OMC.

Todo hace suponer que por necesidades de orden ambiental los tratados multilaterales seguirán apelando a medidas comerciales lo que, por fuerza, arrastrará la intervención de la OMC, considerando su competencia *ratione materia*. Pero el problema esencial reside en la resistencia que suscita en los predios ambientalistas y en un grueso sector de la opinión pública, la idea de manejar los asuntos ambientales bajo los cánones y mecanismos del libre comercio. Así las cosas, la realidad pareciera conducirnos a un dilema que implique privilegiar un aspecto sobre el otro.

Las exigencias ambientales ponen igualmente al descubierto el grave problema del subdesarrollo económico de los países pobres y la incidencia negativa que tiene este hecho en el ecosistema. En ese orden de ideas, los problemas ambientales aparecen como una variable que complica aún más a esas economías emergentes, al sujetarlas a estándares de protección ambiental de gravosa implementación, dado el alto costo que representa internalizar el efecto ambiente en los precios relativos de los bienes y servicios. Esta situación se torna aún más complicada, en un contexto económico globalizado, de libre concurrencia, y de irresistible vocación expansiva. Muchos de estos países, si no todos, han apostado a fardo cerrado por la liberalización de la economía, acaso como la única opción hacia al progreso económico, sin haber tomado en cuenta la variable ambiental, mientras el concierto de los países desarrollados empujan cada vez más hacia el reconocimiento de las distorsiones en los términos de intercambio que se producen al no integrar el componente ambiental como un rubro en la composición de los costos de producción. Se trata, en esencia, de un tema crucial que pone frente a frente aspectos de competitividad comercial con externalidades negativas (daño ambiental) en un contexto de crecimiento del proceso integrativo de la economía mundial con la globalización

de la protección ambiental. En lo que toca a esto último, el crecimiento de la población mundial y las necesidades de desarrollo económico ejercen una inocultable presión sobre el medio ambiente, constituyendo variables fundamentales a tener en cuenta para el logro de una óptima gestión ambiental

Pero los desafíos no están sólo en el campo comercial. La lucha por un equilibrio ecológico del mundo abre otros frentes y nuevos escenarios, incluso en la órbita de los países de economías desarrolladas. La Convención sobre el Cambio Climático es una muestra palmaria de esta observación, al sacar a la luz los intereses particulares de las grandes potencias. En cuanto a los países en desarrollo, hay una impostergable necesidad por traducir en mecanismos efectivos la noción de desarrollo sostenible a la manera como lo pregonan los textos internacionales. La Organización Mundial del Comercio tiene, en consecuencia, una misión de urgente atención respecto de las repercusiones ambientales que provoca el actual sistema comercial multilateral, por tratarse de la organización internacional que se ocupa de la administración de las políticas comerciales, función que, entendemos, debe ir más allá de una mera administración del *status quo* del comercio mundial de bienes y servicios. Quizás sea ese, a fin de cuentas, el gran reto que deberá enfrentar en los próximos años la Organización Mundial del Comercio.

La Corte Internacional de Justicia y la protección del medio ambiente: el caso relativo al Proyecto Gabcikavo-Nagymaros (Hungría y la República Eslovaca, 1997)

Germán Vera Esquivel[1]

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNOS ELEMENTOS HISTÓRICOS. III. ALGUNOS ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA. 3.1. El aspecto jurídico-ambiental del caso. 3.1.1. Aplicación de principios de derecho internacional del medio ambiente. 3.2. El tema de la sucesión de estados. IV. ALGUNOS ELEMENTOS POLÍTICOS DE LA SENTENCIA. 4.1. La visita que realizaron los jueces de la CIJ al área de contención. V. CONCLUSIONES. ANEXO. Caso concerniente al proyecto gabcikovo-nagymaros (Hungría/Eslovaquia). Sentencia caso concerniente al proyecto gabcikovo-nagymaros (Hungría /República Eslovaca). Revisión de los procesos y manifestación de los reclamos. Historia del litigio. Cese y abandono de las obras correspondientes al proyecto por parte de Hungría en 1989. Aplicación de la «Variante C» por parte de Checoslovaquia en noviembre de 1991 y su puesta en funcionamiento desde octubre de 1992. Notificación emitida por Hungría el 19 de mayo de 1992 para la finalización del tratado de 1977 y de sus instrumentos afines. Estado de necesidad. Imposibilidad de cumplimiento. Cambio fundamental de circunstancias. Infracción material del tratado. Desarrollo de nuevas normas en el marco de la legislación del medio ambiente internacional disolución de Checoslovaquia consecuencias legales de la sentencia.

I. INTRODUCCIÓN

En septiembre del año 1997, la Corte Internacional de Justicia pronunció sentencia sobre uno de los casos más interesantes sobre temas relativos al Derecho del Medio Ambiente.[2] La sentencia estuvo referida al Caso entre Hungría y la República Eslovaca

[1] Segundo Secretario en la Embajada del Perú en los Países Bajos. Abogado (Universidad Católica), Licenciado en Relaciones Internacionales (Academia Diplomática del Perú). Master en Derecho Internacional (University of Hull, Inglaterra). Master en Política Internacional (Université Libre de Bruxelles, Bélgica). Representante Alterno del Perú ante la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas.

Las opiniones presentadas en el siguiente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor.

[2] En la década de los noventa este es el tercer Caso que resuelve la Corte que incluye propiamente temas ambientales, los dos anteriores son: 1) *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 december 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v.*

por el incumplimiento de obligaciones en relación a un Tratado para el funcionamiento de exclusas en un río compartido y sus afluentes —un río de curso internacional— (el Danubio). El tema es interesante, no sólo por las implicancias ambientales, sino también porque, el área de contención se encuentra geográficamente ubicada en una de las regiones de mayor interés en la actualidad —Europa del Este— y, asimismo, porque el caso contiene elementos del tema de la sucesión de Estados en aquella región y sobre los estándares medioambientales en las llamadas economías en proceso de transición. El artículo que a continuación presentamos pretenderá dar algunas ideas —muy generales sobre todos estos temas— y buscará llamar la atención sobre los procesos de desestructuración o desintegración de una forma económica —que pertenece al pasado— por una nueva, que en una era de un importante proceso de globalización económica[3] y de economización del Derecho, requiere, en nuestra opinión, mantener preguntas e incertidumbres antes que ofrecer soluciones esquemáticas a los problemas medioambientales de las sociedades del presente y del futuro.

El artículo estará dividido en cuatro partes claramente establecidas. En la primera de ellas brindaremos algunos elementos históricos del caso en contención. A continuación en un segundo momento, evaluaremos jurídicamente los aspectos de protección del Medio Ambiente involucrados en el caso y asimismo el importante tema de la Sucesión de Estados, que en el marco de la Unión Europea es de especial interés en los países de Europa del Este. Asimismo, en un breve acápite dentro de la temática política del caso, nos ocuparemos de la visita que realizaron los Jueces de la Corte al área geográfica en debate. Finalmente, presentaremos algunas conclusiones, en nuestro estilo, siempre muy preliminares. En todo caso queremos dejar doble constancia que las ideas presentadas en las próximas líneas son sólo algunas reflexiones generales sobre el caso en cuestión, por lo cual dejamos para el futuro un análisis más profundo sobre el tema. Del mismo modo, en los anexos finales se presentan dos Comunicados de Prensa de la Corte —traducidos al castellano— que presentan los puntos más importantes del caso materia de evaluación.

II. ALGUNOS ELEMENTOS HISTÓRICOS

Por un compromiso conjunto (Tratado de sometimiento a la Corte Internacional de Justicia de La Haya) —firmado en Bruselas el 7 de abril de 1993— Hungría y la República

France) Case (Sentencia del 22 de septiembre de 1995) y 2) *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996).

[3] Sobre el tema de la Globalización económica llamamos la atención sobre los artículos de Ruud Lubbers, quién fuera electo tres veces Primer Ministro de los Países Bajos y quién tiene una interesante perspectiva política sobre el tema que nosotros compartímos en gran parte. Lubbers es Catedrático en la Escuela de Administración de la Universidad de Mastrique (Maastricht en Holandés) y Profesor Visitante de la John F. Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard. Algunos de sus trabajos pueden

Eslovaca solicitaron a la Corte que resuelva el contencioso en cuestión. El pedido se realizó el 2 de julio de 1993. La Corte en sus consideraciones preliminares mencionó este hecho como el origen del caso. Otro punto muy importante a destacar durante el proceso judicial bajo estudio, fue la visita que realizaron algunos miembros (Jueces) de la Corte, a invitación de ambas partes, para apreciar, *in situ*, el área del contencioso.

La historia señala que el 17 de abril de 1977 «Hungría y Checoeslovaquia concluyeron un Tratado (que denominaremos de ahora en adelante el Tratado de 1977) que preveía la construcción de exclusas entre Eslovaquia y Hungría[4] —Tratado 'Relativo a la Construcción y al Funcionamiento del sistema de exclusas de Gakcikavo-Nagymaros'— a fin de producir electricidad, prevenir las inundaciones y mejorar la navegación en el río Danubio. En 1989, Hungría suspendió sus actividades después de abandonar la realización del proyecto con el conocimiento que ello comportaría graves riesgos para el Medio Ambiente en Eslovaquia. La República de Eslovaquia (estado sucesor de la República Checoeslovaca) solicitó que Hungría cumpla las obligaciones que el Tratado de 1977 estipulaba. Eslovaquia sólo puso en servicio sobre su territorio exclusivamente un proyecto de recambio de aguas cuya explotación afectaba el acceso de Hungría a las aguas del Danubio».[5]

Sobre el caso en debate la sentencia de la Corte estableció:

«- Que Hungría no tenía derecho de suspender, ni de abandonar, en 1989, la parte de los trabajos que le correspondían dentro del marco del proyecto de las exclusas, aquellas que estaban determinadas dentro del Tratado firmado en 1977 por Hungría y Checoeslovaquia y de acuerdo a sus instrumentos y anexos.

- Que Checoslovaquia tenía la obligación de llevar a cabo, en noviembre de 1991, los trabajos preparatorios en vista de la puesta en marcha de una solución de recambio provisorio (la llamada 'Variante C'),

- Que la notificación, el 19 de mayo de 1992, por Hungría de la terminación del Tratado de 1977 y de sus instrumentos y anexos no tenían el efecto jurídico de terminación (y que en consecuencia se encontraban en vigor y regulan las relaciones entre las partes);

- Que Eslovaquia, en tanto que estado sucesor de Checoeslovaquia, es parte del Tratado de 1977».[6]

encontrarse en la siguiente dirección de internet: «http://www.globalize.org» (Nota del Autor: Dentro del contexto de este artículo la mayor parte de las fuentes bibliográficas utilizadas serán citadas como fuentes tradicionales (lo que la doctrina anglosajona denomina: *true «hard» sources*) o en otros casos tomadas del Internet).

4 En los siguientes parágrafos abordaremos el tema de la Sucesión de los Estados entre la República Checa y la República Eslovaca.

5 Tomado del Comunicado de Prensa de la Corte Internacional de Justicia, Número 97/10 de 25 de septiembre de 1997. El documento puede encontrarse en la dirección de Internet: «http://www.icj-cij.org».

6 Ibíd., cita número 5.

Y asimismo la Corte concluye:

«- Que Hungría y Eslovaquia deben negociar de buena fe teniendo en cuenta la situación existente y debiendo adoptar todas las medidas necesarias a efectos de asegurar la realización de los objetivos del Tratado de 1977;
- Que, a menos que las partes lo convengan de otra manera, un régimen operacional conjunto para el manejo en territorio Eslovaco debe ser establecido de acuerdo al Tratado de 1977;
- Que cada parte debe indemnizar a la otra por los daños que se han causado recíprocamente;
- (y) que el arreglo de los asuntos concernientes a la construcción y funcionamiento de las obras debe ser efectuado conforme a las disposiciones pertinentes del Tratado de 1977 y de sus instrumentos y anexos».[7]

III. ALGUNOS ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

3.1. El aspecto jurídico-ambiental del caso

Entre otros los temas ambientales son los siguientes:

3.1.1. Aplicación de principios de derecho internacional del medio ambiente

En este punto es importante rescatar la opinión individual del Juez Weeramantry quien hace énfasis en dos aspectos del Derecho Internacional del Medio Ambiente. En primer lugar, el Principio de Desarrollo Sostenible (Sustainable Development en Inglés, Developpement Durable en francés)[8]. Tal cual lo menciona el Juez Weeramantry: «Debemos ocuparnos de una primera cuestión. Se conoce que tanto el Derecho al Desarrollo como el Derecho a la Protección del Medio Ambiente son principios que actualmente son parte del corpus del Derecho Internacional. Estos principios pueden entrar en colisión a menos que algún otro Principio de Derecho Internacional no indique como conciliarlos. Este principio es aquel del Desarrollo Sostenible, que de acuerdo a su contenido, tiene la ventaja de ser un concepto simple y es un principio reconocido en el Derecho Internacional Contemporáneo».[9]

[7] Ibíd.

[8] Al Desarrollo Sostenible también se le ha denominado Desarrollo Sustentable (del inglés *Sustainable Development*) y/o sostenido. Nosotros utilizaremos el término «Desarrollo Sostenible» que se ha impuesto en el uso contemporáneo.

[9] Comunicado de la Corte Internacional de Justicia, Número 97/10bis, p. 13. Las opiniones individuales de los Jueces Weeramantry (de Sri Lanka) —actual Vice-Presidente de la Corte— y del Juez Bedjaoui (de Argelia) —ex-Presidente de la Corte— que a continuación reseñamos se pueden encontrar la direc-

La opinión de Weeramantry continúa así: «Entre los esfuerzos que (la Corte) ha realizado para darle cuerpo a este principio, esta institución deberá aprovechar la experiencia anterior de la humanidad para hacer conciliar el interés milenario que se encuentra en la necesidad de conciliar los Principios del Desarrollo y la Protección del Medio Ambiente. El Desarrollo Sostenible no es un concepto nuevo pues nosotros disponemos, para definirlo hoy en día, de la rica experiencia acumulada en el mundo entero. El es examinado en este sentido en la opinión de un cierto número de civilizaciones antiguas fundadas sobre la irrigación (Weeramantry enfoca el concepto básicamente sobre el caso en cuestión que se refiere, *inter alia*, al manejo y administración de las aguas de ríos internacionales). La Corte en su función de representación de las principales formas (jurídicas) de civilización, debe tomar en cuenta el conocimiento de todas esas culturas, en particular en el dominio del Derecho Internacional que están actualmente en curso de evolución. Entre los principios que se puede obtener de esas culturas, está la guardia tutelar de los recursos terrestres entre otros de los derechos para las generaciones futuras, aquellos de la protección de la fauna y la flora, del respeto al planeta y del uso óptimo de recursos naturales conciliado con la preservación de su capacidad de reconstituir así como la búsqueda del desarrollo y la protección del medio ambiente por igual».[10]

Asimismo sobre el Principio de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), el Juez Weeramantry subraya: «la importancia de Evaluaciones continuas de Impacto Ambiental. El deber de realizar la Evaluación de Impacto Ambiental no termina simplemente al inicio del proyecto. Los estándares a ser aplicados en tales controles continuos son los estándares que deben prevalecer al momento de la evaluación y no aquellos que se encontraban en vigencia al momento del inicio del proyecto».[11]

La opinión individual del Juez Weeramantry merece un comentario especial. En primer lugar, Weeramantry analiza el «Principio del Desarrollo Sostenible», el cual tiene una particular importancia en las actividades contemporáneas de los Estados. En particular, el principal elemento de análisis en el Caso de 1997 entre Hungría y la República Eslovaca se refiere a que las generaciones futuras de Húngaros y Eslovacos no se vean afectados por la falta de cumplimiento de una de las partes en el Tratado de 1977 (N.B.: Como puede aplicarse a cualquier Tratado de Regímenes Fluviales). Aún cuando el concepto de Desarrollo Sostenible que usa el Juez Weeramantry es bastante limitado pues el Juez hace referencia implícita a la definición acuñada por el documento «Nuestro Futuro Común» de 1987 («el Desarrollo Sostenible es el Desa-

ción de Internet ya mencionada en la cita número 5 del presente artículo: «http://www.icj-cij.org». (Nota del Autor: También puede ser de gran interés ver las Declaraciones del Juez-Presidente de la Corte, Schwebel de los Estados Unidos, del Juez Rezek del Brasil y la opinión disidente del Juez Oda del Japón).

10 Ibíd.

11 Ibíd.

rrollo que satisface las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades»)[12] su punto de vista es acertado al aplicarlo al caso en mención. El Desarrollo Sostenible —según la moderna Teoría de los Noventas— es un concepto que es parte de uno más general que está referido a la categoría de desarrollo en general (Desarrollo Global o Desarrollo Humano como lo denomina Naciones Unidas) y que incluye la variable de protección ambiental como una de las más importantes pero asimismo involucra a las variables económicas, sociales y culturales.

El segundo elemento del análisis del Juez Weeramantry se refiere a la «Evaluación del Impacto Ambiental» en la región y el área en contención. Las Evaluaciones de Impacto Ambiental son en la actualidad de la mayor importancia en diversos proyectos. En particular, aquellos referidos a los proyectos de inversión económica, *inter alia*. Ello además en la actualidad es de la mayor importancia, considerando que en términos económicos el mundo transita por caminos tripolares (Estados Unidos, la Unión Europea y el Sudeste Asiático con Japón y China como *pivots* —y donde las mega-economías ya mencionadas parecerían ser el modelo a seguir.[13] En particular, para las poblaciones ribereñas (en este caso la Húngara y la de la República Eslovaca, por ejemplo para la obtención de beneficios económicos a través del comercio, de cánones aduaneros, entre otros).

3.2. El tema de la sucesión de estados

Otro elemento jurídico de importancia a analizar se refiere al tema de la Sucesión de Estados. Originalmente, los países que suscribieron el Tratado de 1977, fueron Hungría y la República Checoeslovaca. La Sucesión de Estados en el Derecho Internacional es un tema que en los últimos años ha comenzado a recuperar importancia. En particular, luego de la aparición de nuevas Repúblicas en el mundo como por ejemplo en el caso de la desintegración de la Ex-Unión Soviética: Repúblicas como Letonia, Lituania, Estonia, Bielorrusia, Ucrania y otras más han aparecido en el escenario internacional. (La doctrina de la sucesión de Estados se ha visto enriquecida reciente-

[12] COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO. *Nuestro Futuro Común*. Bogotá: Alianza Editorial Colombiana, Colegio Verde de Villa de Leyva, 1988, p. 67. Tal cual señala el Informe Brundtland la sostenibilidad es un concepto que atraviesa a las sociedades desarrolladas y a las menos desarrolladas, asimismo a las economías de mercado o a aquellas centralmente planificadas; aunque debemos considerar que durante el período en el que se escribió el Informe Brundtland las tendencias de desestructuración del mundo socialista no eran tan evidentes. En la presente década habría que mencionar que la sostenibilidad es un concepto que también incluye a las economías en transición.

[13] Puede verse sobre el particular el libro de LABARDE, Philippe y Bernard MARIS. *Ah Dieu! Que la guerre économique est jolie!* París: Albin Michel, 1998. Citado por Ignacio Ramonet, *Le Monde Diplomatique*, febrero de 1998.

mente también con los casos de fusión —también absorción— como los de la reunificación de la República de Alemania Federal así como los casos del Yemen en el mundo Arabe y Hong Kong en el Asia el año pasado). Por otro lado, en los últimos años se han dado casos de sucesión automática como por ejemplo en el caso de la Federación de Rusia que es el Estado Sucesor de la Ex-Unión Soviética luego de su reconocimiento inmediato por parte de Naciones Unidas. Además sobre este tema, es menester también tomar en cuenta las Convenciones elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional, en particular las Convenciones Relativas a la Sucesión de Estados en materia de Tratados de 1978 y aquellas Relativas a la Sucesión de Estados en materia de Propiedad Estatal, Archivos y Deudas de 1983 (que aún no se encuentra en vigencia).[14]

Para efectos del caso *sub-litis*, como ya hemos mencionado los Países que suscribieron el Tratado de 1977 fueron Hungría y la República Checoeslovaca. Luego de intensas negociaciones, el Estado Sucesor de las obligaciones de la República Checoeslovaca, en lo que atañe a este tema es la República Eslovaca, la cual puede considerarse también para estos efectos una sucesión automática pues el otro Estado concernido (Hungría) y las Naciones Unidas así lo reconocieron (Teoría del Reconocimiento de Estados) al darle las características de Estado a la República Eslovaca y permitirle participar en un contencioso internacional; que exige cumplir los requisitos de todo Estado —es decir, de acuerdo a la doctrina actual necesariamente poseer: 1. Un territorio. 2. Una población. 3. Una forma estructuada de gobierno y 4. La capacidad para relacionarse internacionalmente.

En este sentido también es importante rescatar la opinión del Juez Bedjaoui que señaló en su opinión individual que el Tratado de 1977 (y sus instrumentos anexos incluidos) poseen una triple característica. Sobre el particular, el Tratado de 1977: 1. Es un Tratado Territorial —pues se refiere a territorios y a la administración de ellos—, 2. Es un Tratado cuyas obligaciones pueden ser trasladadas válidamente a la República Eslovaca, esto quiere decir, se refiere a que existe un criterio de legalidad visible en la sucesión; y 3. Es un Tratado actualmente en vigor. En este punto, nos parece pertinente, registrar la diferencia existente entre un Tratado y una Declaración. El Documento de 1977 suscrito entre Hungría y Checoslovaquia (hoy República Eslovaca para los efectos de este análisis jurídico) es un Tratado negociado y formalizado de acuerdo a la costumbre y a la práctica legal internacional (v.g. de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969). En ese sentido, se diferencia claramente de lo que es una declaración en que no tiene fuerza vinculante. Y ello es una distinción muy importante. A este respecto el derecho anglosajón distingue entre lo que es el *soft law* y el *hard law*. La diferencia entre ambos conceptos

[14] Veáse el capítulo décimo sexto de Shaw, M.N. *International Law*, London: Grotius, 1991, pp. 604 y ss.

estriba en que el *soft law* se refiere al derecho que no es de obligatorio cumplimiento (*is not legally binding*) como por ejemplo una declaración. Por el contrario, el *hard law* implica un grado de exigencia internacional y de cumplimiento. Es una obligación entre los Estados contratantes que debe cumplirse (*is legally binding*). Así, el Tratado de 1977 contiene este elemento de obligatoriedad entre los ya mencionados estados de Hungría y la República de Eslovaquia y es vinculante entre ellos.

En consecuencia, puede afirmarse que el tema de la sucesión de estados entre la República Checoslovaca y la nueva República de Eslovaquia es evidente y así es reconocido por las partes concernidas.[15]

IV. ALGUNOS ELEMENTOS POLÍTICOS DE LA SENTENCIA

4.1. La visita que realizaron los jueces de la CIJ al área de contención

Aún cuando el caso Gabcikavo-Nagymaros tiene una mayor relación con los temas de Derecho Internacional del Medio Ambiente (sobre la validez de los principios, *inter alia*, de desarrollo sostenible y de Evaluación de Impacto Ambiental, temas que —como ya hemos mencionado— también han sido debatidos por la Corte en algunas opiniones disidentes de los casos tales como el de los «Ensayos Nucleares Franceses» (1995) y la Opinión Consultiva sobre la «Legalidad del Uso de Armas Nucleares en Caso de Conflicto Armado» (1996) lo que es importante registrar es que mediante la ordenanza de 5 de febrero de 1997 la Corte decidió realizar una visita de reconocimiento *in situ* de la represa en disputa a pedido de ambas partes. Así, tal cual señala la referida ordenanza: «considerando que mediante los términos del protocolo de las partes (se propone) de mutuo acuerdo que la Corte deb(a) efectuar una visita '*in situ* bajo las condiciones establecidas en el acuerdo; y considerando que las condiciones incluían el bosquejo del programa; los datos precisos y detalles de la visita que ser(ían) definidos con posterioridad, después de evaluar la decisión de las partes' (...) esta visita (que se realizó) fue de particular importancia pues tal como señala el Comunicado de Prensa de la Corte del 9 de abril de 1997: 'por primera vez en sus 50 años de historia, la Corte hizo una visita, entre el 1 y el 4 de abril, a las áreas a las cuales se refiere el caso. La visita fue realizada a pedido de ambas partes. A la Corte acompañada por los agentes (que es como se denomina a los representantes de los Estados en contención en el proceso legal) y los asesores técnicos de los dos estados, les fue mostrado un número de ubicaciones en el área bajo estudio entre Bratislava y Budapest. (Las) ubicaciones en Eslovaquia fueron presentadas por la Delegación Eslovaca el 1

[15] Sobre el tema de la Sucesión de Estados puede verse el documento del CENTRO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA. *La Succession d'Etats: La Codification á l'épreuve des Faits*. Publicación de la Biblioteca del Palacio de la Paz, La Haya, 1996.

y el 2 de abril, y la Corte cruzó hacía Hungría para recibir la presentación de la Delegación Húngara el 3 y 4 de abril. Los Jueces de la Corte tuvieron la posibilidad de hacer preguntas sobre hechos a las dos Delegaciones. Mientras en Bratislava, los Jueces de la Corte fueron recibidos por el Primer Ministro de la República Eslovaca, Señor Vladimir Merciar; en Budapest fueron recibidos por el Primer Ministro de la República de Hungría, Señor Gyula Horn'».

La visita que realizaron los miembros de la Corte al área en contención es de particular importancia como puede apreciarse y puede servir de ejemplo, en la hipótesis de futuros casos judiciales presentados ante ella para su solución.

V. CONCLUSIONES

En general, las sentencias de la CIJ si bien es cierto tienen una argumentación jurídica, por lo general, también tienen un alto componente político. En el caso en análisis entre Hungría y la República Eslovaca la aseveración anterior también puede ser aplicada. La Corte aprovechó esta sentencia para reconocer algunos elementos importantes: 1. La calidad de Estado Sucesor —en cuanto a las obligaciones del Tratado de 1977— de la República Eslovaca. 2. El Reconocimiento del Acuerdo entre Hungría y la República Eslovaca para la solución pacífica de esta controversia. Ello implica un acuerdo de un sometimiento de las dos partes a la Corte, en ausencia de sometimiento originario, únicas vías de acceso a la Corte para la Resolución de una controversia. Asimismo, es importante mencionar en este punto que el Acuerdo de Sometimiento debe precisar meridianamente cual es la materia de la Contención y en ello deben estar de acuerdo las dos o más partes en litigio. 3. El reconocimiento de ciertos Derechos o Principios Ambientales, *inter alia*, como el del Desarrollo Sostenible o el de Evaluación de Impacto Ambiental; y finalmente, 4. El aspecto político de la visita de los miembros de la CIJ a las zonas en contención para la realización de una suerte de peritaje *in situ* de los temas y las áreas en discusión. Acto que por primera vez realizaron los miembros de la Corte.

Asimismo, un elemento importante a registrar en este Caso y que merece precisarse es que hay cursos de ríos que son parte de un territorio fluvial, es decir sobre los que hay soberanía estatal de uno de los Estados. Ello es importante de remarcar pues creemos que ello siempre estuvo presente en las negociaciones de los Tratados al respecto entre Hungría y la República Eslovaca. Finalmente, el caso Gavcikavo-Nagymaros, y el cumplimiento del Tratado que le da origen es una muestra de lo que es un modelo de negociación —perfectible— entre dos Estados en cuanto a un régimen de utilización fluvial. Lo importante de este modelo contemporáneo de navegación en los ríos es que contiene dos componentes. En primer lugar, el componente de la contención, ya que ambos Estados no estaban de acuerdo en la forma del cumplimiento del Tratado que los obligaba a realizar una labor común en el curso de un río compartido. En ese sentido, esta forma de solución es un buen modelo a seguir y

sobre todo muestra que en el caso de incumplimiento de una de las partes una solución negociada es la mejor alternativa. El segundo componente, del caso en debate esta referido al interés económico y ecológico. Por un lado el interés económico —los beneficios aduaneros, fiscales y el uso de recursos naturales, *inter alia* —que pueden recibir los pobladores Húngaros y Eslovacos. Y por otro lado, el interés ecológico de la Protección de los Cursos de Agua Internacional, tema que es de la mayor importancia para las generaciones de hoy y de las del futuro, en Europa del Este y en todas las regiones del mundo.[16]

[16] Una visión de conjunto de diversas aproximaciones jurídicas en relación con la cuestión ambiental contemporánea en el Perú puede verse en: FOY VALENCIA, Pierre (Editor), *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y Estimativas*. Fodo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Ambientales, 1997.

Anexo

Comunicado
(...)
De Publicación Inmediata
Número 97/10
25 De setiembre de 1997

CASO CONCERNIENTE AL PROYECTO GABCIKOVO-NAGYMAROS (HUNGRÍA/ESLOVAQUIA)

SENTENCIA

La Haya, 25 de septiembre. La Corte Internacional de Justicia ha emitido el día de hoy la sentencia correspondiente al litigio surgido entre Hungría y la República Eslovaca en relación con la construcción y puesta en funcionamiento de diques sobre el río Danubio, encontrando que ambos estados incumplieron con sus obligaciones legales. La Corte hizo un llamado para que ambos países cumplieran con el Tratado de base firmado entre ellos teniendo en consideración la situación real que se ha estado desarrollando desde 1989.

Hungría y Checoslovaquia suscribieron un Tratado en 1977 para la construcción de diques en la República Eslovaca y Hungría con el fin de producir energía electrica, controlar el caudal del río y facilitar la navegación sobre el río Danubio. En 1989, Hungría cesó y posteriormente abandonó la ejecución del proyecto alegando que este representaba graves riesgos para el Medio Ambiente de Hungría y para el abastecimiento de agua en Budapest. La República Eslovaca (sucesora de Checoslovaquia en el Tratado) rechazó estos argumentos e insistió en que Hungría cumpliera con sus obligaciones respectivas de acuerdo al Tratado suscrito. La República Eslovaca planificó y posteriormente puso en funcionamiento un proyecto alternativo sólo en el territorio Eslovaco, cuya puesta en funcionamiento afectó el acceso al Danubio por parte de Hungría.

En esta sentencia, la Corte sentenció lo siguiente:

- Que Hungría, en 1989, no tenía derecho a cesar y abandonar posteriormente su participación en los trabajos del proyecto de construcción de diques, como lo estipula el Tratado suscrito en 1977 por Hungría y Checoslovaquia y los instrumentos afines;
- Que Checoslovaquia tenía derecho a comenzar, en noviembre de 1991, la preparación de una solución provisoria alternativa (llamada la «Variante C»), pero no para ponerla en marcha en octubre de 1992 como una medida unilateral;

- Que la notificación de Hungría el 19 de mayo de 1992, donde ponía termino al Tratado de 1977 y a los instrumentos afines, no lo hacía de manera legal (y que estos todavía siguen vigentes y rigen la relación entre las partes);
- y que la República Eslovaca, como sucesora de Checoslovaquia, se convirtió en parte del Tratado de 1977.

Como conducta futura de las partes, la Corte solicitó lo siguiente:

- Que Hungría y la República Eslovaca deben negociar de buena fe a la luz de la situación vigente y deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar el logro de los objetivos establecidos en el Tratado de 1977;
- Que a menos que las partes acuerden lo contrario, se debe establecer un régimen operacional conjunto para el dique construido en el territorio Eslovaco de acuerdo con el Tratado de 1977;
- Que cada parte debe compensar a la otra por el daño causado por su respectiva conducta;
- Y que los montos para la construcción y puesta en funcionamiento de los trabajos deben ser estipulados de acuerdo a las cláusulas relevantes del Tratado de 1977 y de sus instrumentos afines.

*

La Corte considera que las recientes regulaciones desarrolladas en el marco de la Legislación de Medio Ambiente son importantes para el cumplimiento del Tratado y que las partes podrían, de mutuo acuerdo, incorporarlas a través de la aplicación de varios de sus artículos. (La Corte) encontró que las partes, con el fin de conciliar el Desarrollo Económico protegiendo el Medio Ambiente, «deberían considerar nuevamente los efectos sobre el Medio Ambiente que causa la puesta en marcha de la planta energética de Gabcíkovo. En particular, ellos deben encontrar una solución satisfactoria para el volumen de agua que debe ser transferido al antiguo cauce del Danubio y a los afluentes de este río».

*

La Corte estuvo integrada de la siguiente manera: Presidente Schwebel; Vice-Presidente Weeramantry; Jueces Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Juez ad hoc Skubiszewski; Greffier Valencia-Ospina.

El Presidente Schwebel y el Juez Rezek anexaron declaraciones a la sentencia de la Corte; el Vicepresidente Weeramantry y los Jueces Bedjaoui y Koroma anexaron

opiniones individuales; los Jueces Oda, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Vereshchetin, Parra-Aranguren y el Juez ad hoc anexaron opiniones disidentes.

Se ofrece un resumen (del caso) y de la sentencia en el comunicado de prensa Número 97/10bis (que se encuentra a continuación). El texto de las declaraciones y un breve resumen se encuentran en el anexo adjunto a este comunicado de prensa.

(...)

El texto completo de la sentencia, así como los Comunicados de prensa, se encuentran disponibles en internet. La dirección de la website de la Corte es: «http://www.icj-cij.org»

*

Comunicado
(...)
De Publicación Inmediata
Número 97/10bis
25 de setiembre de 1997

CASO CONCERNIENTE AL PROYECTO GABCIKOVO-NAGYMAROS (HUNGRÍA/REPÚBLICA ESLOVACA)

Resumen de la Sentencia emitida el 25 de setiembre de 1997

REVISIÓN DE LOS PROCESOS Y MANIFESTACIÓN DE LOS RECLAMOS (P. 1-14)

La Corte empieza haciendo un recuento de los procesos que se entablaron el 2 de julio de 1993 como consecuencia de una notificación conjunta presentada por Hungría y la República Eslovaca sobre un acuerdo especial, suscrito en Bruselas el 7 de abril de 1993. Luego de haber expuesto el texto del acuerdo, la Corte presenta las etapas sucesivas correspondientes a los procesos haciendo referencia, entre otras cosas, a su visita al área por invitación de las partes que tuvo lugar desde el 1 al 4 de abril de 1997. Además, la Corte expone el sometimiento de las partes.

HISTORIA DEL LITIGIO (P. 15-25)

La corte hizo mención al hecho de que el presente caso surgió debido a un Tratado que se firmó entre la República de Hungría y la República de Checoslovaquia el 16 de setiembre de 1977 «concerniente a la construcción y puesta en funcionamiento del sistema de diques Gabcíkovo-Nagymaros (que en adelante se le denominará el 'Tratado de 1977'). Los nombres de los Estados firmantes han sido modificados a lo largo

de los años; por lo tanto, se les denominará en adelante Hungria y Checoslovaquia. El Tratado de 1977 entró en vigencia el 30 de junio de 1978. Este Tratado estipula la construcción y puesta en marcha de un sistema de diques por las partes en la forma de una 'inversión conjunta'. De acuerdo a su preámbulo, el sistema fue diseñado para alcanzar 'la más amplia utilización de los recursos naturales de la sección Bratislava-Budapest del río Danubio para el desarrollo de los recursos hidrográficos, energéticos, del sector transporte, agricultura y otros de la economía nacional de las partes contratantes'». La co-inversión tenía entonces como objetivo la producción de hidroelectricidad, el mejoramiento de la navegación en la sección relevante del Danubio y la protección de las áreas a lo largo de las riberas contra inundaciones. Al mismo tiempo, según los términos del Tratado, las partes contratantes se encargarían de garantizar que la calidad del agua en el Danubio no se viera perjudicada como resultado del proyecto y que se observaría el cumplimiento de las obligaciones, relacionadas con la construcción y puesta en marcha del sistema de diques, en cuanto a la protección del Medio Ambiente natural.

El sector del río Danubio que concierne a este caso es un trecho de aproximadamente 200 kilómetros, entre Bratislava en Eslovaquia y Budapest en Hungría. Debajo de Bratislava, la pendiente del río disminuye marcadamente ocasionando un aluvial lleno de grava y sedimento arenoso. La frontera entre estos dos estados está conformada en gran parte por el canal principal del río. Cunovo y, río abajo, Gabcíkovo, están situados en este sector del río en territorio Eslovaco, Cunovo en la ribera derecha y Gabcíkovo en la izquierda. Siguiendo río abajo y después de la confluencia de varios afluentes, el río ingresa a territorio Húngaro. Nagymaros está situado en un valle angosto en una curva del Danubio, justo antes de que este continúe hacia el sur y encierre la larga isla Szentendre rodeada por el río antes de llegar a Budapest.

El Tratado de 1977 describe los trabajos principales a realizar de acuerdo al proyecto y estipula la construcción de dos series de diques, una en Gabcíkovo (en territorio Checoeslovaco) y la otra en Nagymaros (en territorio húngaro) con el fin de constituir «un sistema operacional y funcional único e indivisible». El Tratado estipuló además que las especificaciones técnicas concernientes al sistema serían incluidas en el «plan contractual conjunto» que sería diseñado de conformidad con el acuerdo firmado el 6 de mayo de 1976 por los dos Gobiernos con esta finalidad. Asimismo, este acuerdo estipuló la construcción, financiamiento y gestión de los trabajos a realizar sobre una base conjunta donde las partes participarían equitativamente.

El plan contractual conjunto, detallaba, en muchos puntos, tanto los objetivos del sistema como las características de los trabajos, además, contenía las «Reglas Preliminares de Operación y Mantenimiento», donde el Artículo 23 especificaba que «las reglas de operación final deberían ser aprobadas en el primer año de la puesta en funcionamiento del sistema».

La Corte observó que el proyecto tendría que haber tomado, por lo tanto, la forma de un proyecto conjunto integrado por las dos partes contratantes sobre una base

equitativa en cuanto a financiamiento, construcción y puesta en funcionamiento de los trabajos. Su naturaleza única e indivisible tendría que haber sido lograda a través del plan contractual conjunto que complementaba el Tratado. En particular, Hungría tendría que haber tenido el control de las exclusas en Dunakiliti y de los trabajos en Nagymaros, mientras que Checoslovaquia tendría que haber controlado los trabajos en Gabcíkovo.

El plan de trabajo había sido establecido por su parte en un acuerdo de ayuda mutua firmado por las dos partes el 16 de septiembre de 1977 simultáneamente con el Tratado de 1977. El acuerdo hizo algunas adaptaciones en cuanto a la asignación de los trabajos entre las partes como lo estipulaba el Tratado. Los trabajos del proyecto comenzaron en 1978. Por iniciativa de Hungría, las dos partes acordaron en primer lugar, mediante dos Protocolos firmados el 10 de octubre de 1983, retrasar el trabajo y posponer la puesta en funcionamiento de las plantas energéticas y luego, mediante un Protocolo firmado el 6 de febrero de 1989, acordaron acelerar el proyecto.

Como resultado de la intensa crítica que el proyecto había ocasionado en Hungría, el 13 de mayo de 1989, el Gobierno Húngaro decidió suspender las obras en Nagymaros hasta que las autoridades competentes finalizaran con la realización de diversos estudios hasta antes del 31 de julio de 1989. El 21 de Julio de 1989, el Gobierno Húngaro amplió el cese de las obras en nagymaros hasta el 31 de octubre de 1989 y además cesó con las obras en Dunakiliti hasta la misma fecha. Finalmente, el 27 de octubre de 1989, Hungría decidió abandonar las obras en nagymaros y mantener el *statu quo* en dunakiliti.

Durante este período, se llevaron a cabo negociaciones entre ambas partes. Checoslovaquia también inició la investigación de soluciones alternativas. Una de ellas, una solución alternativa posteriormente conocida como la «Variante C», implicaba una desviación unilateral del Danubio por parte de Checoslovaquia en su territorio en una extensión de aproximadamente 10 kilómetros río arriba de Dunakiliti. En su etapa final, la variante c incluía la construcción en Cunovo de un dique contra inundaciones y de un malecón que unía el dique con la ribera sur del canal de desviación. Se creó una disposición para trabajos auxiliares.

El 23 de julio de 1991, el Gobierno Eslovaco decidió «comenzar en setiembre de 1991 la construcción para poner en funcionamiento el proyecto de Gabcíkovo según la solución provisoria». El trabajo según la variante c comenzó en noviembre de 1991. Las discusiones continuaron entre las dos partes pero en vano, y, el 19 de mayo de 1992, el Gobierno Húngaro transmitió al Gobierno Checoslovaco una nota verbal donde ponía fin al Tratado de 1977 a partir del 25 de mayo de 1992. El 15 de octubre de 1992, Checoslovaquia comenzó con los trabajos para habilitar el cierre del Danubio y, a partir del 23 de octubre, procedió a represar el río.

Finalmente, la Corte toma nota del hecho de que el 1 de enero de 1993, Eslovaquia se convierte en un Estado independiente, de que en el acuerdo especial firmado más adelante entre Hungría y Eslovaquia, las partes acordaron establecer y poner en marcha un régimen temporal para el manejo hidrográfico del Danubio; y de que finalmente ellos firmaron un acuerdo al respecto el 19 de abril de 1995, que finalizaría 14 días

después de la Sentencia de la Corte. Asimismo, la Corte observa que no sólo el Tratado de 1977, pero también los «instrumentos afines» están cubiertos en el preámbulo del acuerdo especial y que las partes, al concentrar su razonamiento en el tratado de 1977, parecen haber extendido sus argumentos a los «instrumentos afines».

CESE Y ABANDONO DE LAS OBRAS CORRESPONDIENTES AL PROYECTO POR PARTE DE HUNGRÍA EN 1989 (P. 27-59)

En términos del Artículo 2, párrafo 1 (a) del acuerdo especial, se le solicitó a la Corte que decida primero:

> «Si la República de Hungría tenía derecho a cesar y posteriormente abandonar en 1989 las obras del proyecto de Nagymaros y de la parte del Proyecto de Gabcíkovo, para las cuales el Tratado le atribuía responsabilidad a la República de Hungría».

La Corte observa que en este caso no hay necesidad de explayarse en la pregunta de la aplicabilidad o no aplicabilidad de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, como argumentaron ambas partes. Solamente hay que tener presente el hecho de que varias veces se ha podido comprobar que algunas de las normas estipuladas en esta convención podrían ser consideradas como una codificación de las leyes consuetudinarias ya existentes. La Corte es de la opinión que en muchos aspectos esto se aplica a las disposiciones de la Convención de Viena concernientes al termino y suspensión de la vigencia de tratados, mencionados en los artículos 60 hasta el 62. La Corte tampoco ha dejado de observar el hecho de que la Convención de Viena es en todo caso aplicable al Protocolo del 6 de febrero de 1989, donde Hungría y Checoslovaquia acordaron acelerar la ejecución de los trabajos correspondientes al Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros.

La Corte tampoco necesita explayarse en la pregunta de la relación entre el Derecho de los Tratados y el Derecho de la responsabilidad de los Estados, sobre la cual las partes dedicaron extensos argumentos, puesto que ambas ramas del Derecho Internacional obviamente tienen un campo de aplicación que es bien determinado. Una resolución de si un convenio es o no vigente y si ha sido o no suspendido o denunciado apropiadamente debe decidirse de acuerdo al Derecho de los Tratados. Por otro lado, una evaluación del alcance de la suspensión o denuncia de un acuerdo, vista como incompatible con el Derecho de los Tratados, involucra la responsabilidad del estado del cual procede y debe realizarse bajo el Derecho de Responsabilidad de los Estados.

La Corte no puede aceptar el argumento de Hungría al efecto que, en 1989, al cesar y posteriormente abandonar los trabajos bajo su responsabilidad en Nagymaros y Dunakiliti, Hungría no suspendió la aplicación del Tratado de 1977 en sí o lo rechazó posteriormente. La conducta de Hungría en ese entonces puede ser interpretada

solamente como una manifestación de mala voluntad para cumplir por lo menos con algunas de las disposiciones del Tratado y del Protocolo del 6 de febrero de 1989, como está especificado en el plan contractual conjunto. El efecto de la conducta de Hungría fue imposibilitar la ejecución del sistema de trabajos que el tratado explícitamente lo describía como «único e indivisible».

La corte considera luego la pregunta si es que hubo en 1989 un «estado de necesidad» que le hubiera permitido a Hungría, sin incurrir en responsabilidad internacional, cesar y abandonar los trabajos que fueron encargados para su realización según el Tratado de 1977 y sus instrumentos afines.

La Corte observa, en primer lugar, que el estado de necesidad es una razón reconocida por el Derecho Consuetudinario Internacional que excluye la ilegalidad de un acto no conforme a una obligación internacional. Además considera que tal razón para exclusión de la ilegalidad sólo puede ser aceptada considerando una base excepcional. Las siguientes condiciones básicas enunciadas en el artículo 33 del Proyecto de Código para la Responsabilidad Internacional de los Estados elaborado por la Comisión de Derecho Internacional son relevantes en el presente caso: tuvo que haber sido causado por un «interés fundamental» del estado que es autor del acto en conflicto con una de sus obligaciones internacionales; este interés tiene que haber sido amenazado por un «grave e inminente peligro»; el acto que está siendo recusado tiene que haber sido el «único medio» para salvaguardar ese interés; este acto no tiene que «perjudicar (o haber perjudicado) seriamente un interés fundamental» del Estado hacia el cual existió la obligación; y el Estado que es el autor de este acto no tiene que haber «contribuido al surgimiento del estado de necesidad». Estas condiciones están reflejadas en el Derecho Consuetudinaria Internacional.

La Corte no tiene dificultad en reconocer que los motivos expresados por Hungría sobre el daño que causa el proyecto Gabcíkovo-Nagymaros a su Medio Ambiente natural en la región hacen referencia a un «interés fundamental» de este Estado.

Sin embargo, está a la vista que en cuanto a Nagymaros y Gabcíkovo, los peligros invocados por Hungría, sin prejuzgar su posible gravedad, no fueron suficientemente establecidos en 1989, y tampoco eran «inminentes»; y que Hungría en ese entonces disponía de medios para hacer frente a los peligros en lugar de proceder al cese y abandono de los trabajos que se le habían encargado. Y además, estaban en curso las negociaciones que hubieran conducido a una revisión del proyecto y a la prolongación de algunas de sus fechas límites sin necesidad de abandonarlo.

Además, la Corte observa que Hungría, cuando decidió concluir el Tratado de 1977, probablemente estaba consciente de la situación que estaba ocurriendo; y que la necesidad de garantizar la protección del Medio Ambiente no escapaba al interés de las dos partes. Tampoco puede dejar de observar las actitudes tomadas por Hungría después de la puesta en vigor del Tratado de 1977. Lentamente, estas se aceleraron. La Corte deduce que, en el presente caso, aún si se hubiera establecido o hubiera habido en 1989 un estado de necesidad vinculado al cumplimiento del Tratado de

1977, Hungría no estaba autorizada para basarse en este estado de necesidad y justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ya que esto contribuyó por acto u omisión a que esto ocurriera.

A la luz de las conclusiones arriba mencionadas, la Corte encuentra que Hungría no tenía derecho a cesar y posteriormente abandonar en 1989 los trabajos correspondientes al proyecto Nagymaros y de la parte correspondiente al proyecto Gabcíkovo para los cuales el Tratado de 1977 y los instrumentos afines le atribuyeron responsabilidad.

APLICACIÓN DE LA «VARIANTE C» POR PARTE DE CHECOSLOVAQUIA EN NOVIEMBRE DE 1991 Y SU PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DESDE OCTUBRE DE 1992 (P. 60 - 88)

Según los términos del Artículo 2, párrafo 1 (b), de este acuerdo especial, se le pide a la Corte que decida en segundo lugar

> «(b) Si la República Federal Checa y Eslovaca tenían derecho de proceder en noviembre de 1991 con la 'solución provisoria' y de poner en funcionamiento este sistema desde octubre de 1992».

Checoslovaquia ha sostenido que proceder con la variante c y ponerla en funcionamiento no constituyen actos ilícitos en el ámbito internacional; Eslovaquia tambien adoptó este argumento. Durante los procesos ante la Corte, Eslovaquia sostuvo que la decisión de Hungría de cesar y abandonar posteriormente la ejecución de los trabajos en Dunakiliti hizo imposible que Checoslovaquia llevara a cabo los trabajos que se contemplaron inicialmente en el tratado de 1977 y que esta tenía derecho, por lo tanto, a proceder con una solución que era lo más cercana posible al proyecto original. Eslovaquia recurrió a lo que describió como un «principio de aplicación aproximada» para justificar la construcción y puesta en funcionamiento de la Variante C. Explicó que era la única posibilidad que le quedaba para «cumplir no sólo con los objetivos del Tratado de 1977 sino también con la obligación que de él se desprende para ponerlos en funcionamiento de buena fe».

La Corte observa que no es necesario determinar si es que se trata de un principio de Derecho Internacional o un Principio General de Ley de «aplicación aproximada» porque, aun cuando tal principio existiera, sólo podría ser empleado por definición dentro de los límites del tratado en cuestión. En la opinión de la Corte, la variante c no cumple la condición cardinal en lo que al Tratado de 1977 se refiere.

Como ya lo observó la corte, la característica básica del Tratado de 1977 es, de acuerdo al artículo 1, estipular la construcción del sistema de diques Gabcíkovo-Nagymaros en la forma de una inversión conjunta constituyendo un sistema de trabajos operacional único e indivisible. Este elemento se ve igualmente reflejado en los artículos 8 y 10 del Tratado que estipulan una copropiedad de los trabajos más im-

portantes del proyecto Gabcíkovo-Nagymaros y la puesta en funcionamiento de esta co-propiedad como una entidad única y coordinada. Por definición, todo esto no podría ser llevado a cabo por una acción unilateral. A pesar de tener cierta similitud física externa con el proyecto original, la variante c se diferenció mucho de este en sus características legales. Por consiguiente, la Corte concluye que Checoslovaquia, al poner en funcionamiento la Variante C, no estaba aplicando el Tratado de 1977 sino, por el contrario, violando ciertas disposiciones explícitas y que al hacerlo estaba cometiendo un acto ilícito a nivel internacional.

La Corte observa que entre noviembre de 1991 y octubre de 1992, Checoslovaquia se limitó a la ejecución, en su propio territorio, de los trabajos que eran necesarios para la puesta en marcha de la Variante C, la cual, sin embargo, podría haber sido cesada si se hubiera llegado a algún acuerdo entre las partes y no hubiera predeterminado, por esta razón, a que se tomara la decisión final. En tanto, que el Danubio no haya sido represado unilateralmente, la variante c no ha sido aplicada realmente. Una situación de esta naturaleza es común en Derecho Internacional o, en tal caso, en Derecho Nacional. Un acto ilícito o contravención es precedido por acciones preparatorias, que no deben ser confundidas con el mismo acto o contravención. Conviene distinguir entre la comisión actual de un acto ilícito (ya sea instantáneo o continúo) y la conducta previa al acto, que es de carácter preparatorio y que «no se califica como un acto ilícito».

Eslovaquia también sostuvo que por el deber de mitigar daños procedió con la ejecución de la variante c. Afirmó que «es un Principio General del Derecho Internacional que una parte perjudicada por el no cumplimiento de la otra parte contractual deba buscar mitigar el daño que esta ha causado». Pero la Corte observa que, mientras que, por un lado, este principio podría suministrar una base para el cálculo de los daños, por el otro, no podría justificar otro acto que sea ilícito. Además, la Corte considera que la desviación del Danubio llevada a cabo por Checoslovaquia no fue una contramedida lícita porque no fue proporcional.

A la luz de las conclusiones anteriormente mencionadas, la Corte encuentra que Checoslovaquia tenía derecho para proceder en noviembre de 1991 a la variante c en tanto que se limitó a encargarse de los trabajos que no predeterminaban la decisión final a ser tomada por ella. Por el otro lado, Checoslovaquia no tenía derecho a poner en funcionamiento esta variante a partir de 1992.

NOTIFICACIÓN EMITIDA POR HUNGRÍA EL 19 DE MAYO DE 1992 PARA LA FINALIZACIÓN DEL TRATADO DE 1977 Y DE SUS INSTRUMENTOS AFINES (P. 89-115)

Según los términos del Artículo 2, párrafo 1 (c) del acuerdo especial, se le pidió a la Corte, en tercer lugar, que determinara:

«Cuáles son los efectos legales de la notificación emitida el 19 de mayo de 1992 sobre le finalización del Tratado por parte de la República de Hungría».

Durante los procesos, Hungría presentó cinco argumentos que confirman la legitimidad y, por lo tanto, la efectividad de su notificación para la finalización del Tratado. Estos eran la existencia de un estado de necesidad, la imposibilidad de cumplir con el tratado, la presencia de un cambio fundamental de circunstancias, la infracción material del tratado por parte de Checoslovaquia, y finalmente, el desarrollo de nuevas normas en el marco de la Legislación de Medio Ambiente Internacional. Eslovaquia impugnó cada una de estas razones.

- ESTADO DE NECESIDAD

La Corte observa que, aun cuando se compruebe que existe un Estado de Necesidad, este no es motivo para la finalización del Tratado. Solamente puede recurrirse a él para exonerar de su responsabilidad a un Estado que no ha cumplido con la ejecución de un tratado.

- IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

La Corte encuentra que no es necesario determinar si el termino «objeto» en el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969 sobre la Derecho de Tratados (que habla de «desaparición permanente o destrucción de un objeto indispensable para la ejecución del tratado» como una razón para finalizar o retirarse de él) puede también ser entendido como adoptar un régimen legal porque en cualquier circunstancia, aún cuando este fuera el caso, tendría que concluirse que en esta instancia ese régimen no ha dejado de existir definitivamente. El Tratado de 1977 —y en particular sus artículos 15, 19 y 20— pone realmente a disposición de las partes los medios necesarios para proceder en cualquier momento de la negociación a realizar los reajustes necesarios entre los imperativos económicos y los imperativos ecológicos.

- CAMBIO FUNDAMENTAL DE CIRCUNSTANCIAS

Según la opinión de la Corte, las condiciones políticas reinantes no estaban tan estrechamente vinculadas al objeto y propósito del Tratado para que estas constituyeran una base esencial del consenso de las partes, por el contrario, ellas alteraron radicalmente el alcance de las obligaciones que aún habían que cumplir. Lo mismo es válido para el sistema económico vigente al momento de la firma del Tratado de 1977. La Corte tampoco considera que puede decirse que los nuevos desarrollos del nivel de conocimiento en cuanto a medio ambiente y de la Legislación del Medio Ambiente eran completamente imprevistos. Además, la formulación de los artículos 15, 19 y 20

está diseñada para adaptar cambios. El cambio de las circunstancias propugnado por Hungría no era entonces, en opinión de la Corte, ni de naturaleza individual ni colectiva, para que su efecto pudiera transformar radicalmente el alcance de las obligaciones que aún quedaban por cumplir con el fin de finalizar el proyecto.

- INFRACCIÓN MATERIAL DEL TRATADO

El argumento principal de Hungría para recurrir a un incumplimiento material del Tratado fue la construcción y puesta en funcionamiento de la variante c. La Corte remarcó que ya se había comprobado que Checoslovaquia había violado el Tratado solamente cuando desvió las aguas del Danubio al canal de desviación en octubre de 1992. Al ejecutar las obras que conducirían a la puesta en funcionamiento de la variante c, Checoslovaquia no actuó de manera ilícita. Según la Corte, por lo tanto, la notificación para la finalización del Tratado por parte de Hungría emitida el 19 de mayo de 1992 fue prematura. No se ha dado lugar a ningún incumplimiento del Tratado por parte de Checoslovaquia y, en consecuencia, Hungría no tenía derecho a recurrir a ningún incumplimiento del Tratado como una razón o motivo de la finalización que este Estado llevó a cabo.

- DESARROLLO DE NUEVAS NORMAS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE INTERNACIONAL

La corte observa que ninguna de las partes rebatió el hecho de que han surgido nuevas normas perentorias en el marco de la Legislación de Medio Ambiente desde la firma del Tratado de 1977 y que, en consecuencia, no se le pedirá a la corte que examine el alcance del artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (el cual trata la invalidez y finalización de un Tratado por el surgimiento de una nueva norma obligatoria del Derecho Internacional General (*Jus Cogens*). Por otro lado, la Corte desea señalar que las disposiciones desarrolladas recientemente son importantes para el cumplimiento del Tratado y que las partes podrían, según acuerdo, incorporarlas mediante la aplicación de los artículos 15, 19 y 20 del tratado. Estos artículos no contienen obligaciones específicas para el cumplimiento del Tratado pero demanda de las partes que al cumplir sus obligaciones garanticen que la calidad del agua del río Danubio no se vea perjudicada, que protejan el Medio Ambiente y que consideren las nuevas normas Medioambientales al ponerse de acuerdo sobre los medios a especificarse en el plan contractual conjunto. Al insertar estas disposiciones en evolución dentro del Tratado, las partes reconocieron la necesidad potencial de adaptar el proyecto. En consecuencia, el Tratado no es estático y está abierto para adaptarse a regulaciones que surgen en el ámbito del Derecho Internacional. Mediante los artículos 15 y 19, las nuevas regulaciones Medioambientales pueden ser incorporadas en el plan contractual conjunto. El conocimiento de la vul-

nerabilidad del Medio Ambiente y el reconocimiento de que los riesgos a los que está expuesto el Medio Ambiente tienen que ser evaluados continuamente, se han intensificado a lo largo de los años desde la firma del Tratado. Estos nuevos aspectos han intensificado la importancia de los artículos 15, 19 y 20. La Corte reconoce que ambas partes coinciden en la necesidad de considerar seriamente los asuntos Medioambientales y de tomar las medidas de precaución (Principio Precautorio) necesarias pero fundamentalmente están en desacuerdo en las consecuencias que esto pueda significar para el proyecto conjunto. En tal caso, sería de gran ayuda que se involucrara una tercera parte ya que serviría de instrumento para encontrar una solución, siempre que las partes adopten una posición flexible.

Finalmente, la Corte es de la opinión que a pesar de que se haya encontrado que tanto Hungría como Checoslovaquia incumplieron con sus obligaciones estipuladas en el Tratado de 1977, esta conducta ilícita recíproca no puso termino al tratado, ni tampoco lo justificó.

A la luz de las conclusiones mencionadas anteriormente, la Corte encuentra que la notificación para el término del Tratado por parte de Hungría emitida el 19 de mayo de 1992, no tuvo el efecto legal para terminar con el Tratado de 1977 y con sus instrumentos afines.

DISOLUCIÓN DE CHECOSLOVAQUIA (P. 117-124)

La Corte retomó luego la pregunta si Eslovaquia se convirtió en una parte del Tratado de 1977 como Estado sucesor de Checoslovaquia. Como un argumento alternativo, Hungría impugnó que, aun cuando el Tratado continuaba vigente a la notificación de finalización, en ningún momento dejó de estar en vigor como el Tratado del 31 de diciembre de 1992, como el resultado de la «desaparición de una de las partes». En esa fecha, Checoslovaquia dejó de existir como una entidad legal y el 1 de enero de 1993 nacieron la República Checa y la República Eslovaca.

La Corte no encuentra necesario, para los fines del presente caso, entrar en una discusión sobre si el artículo 34 de la Convención de Viena de 1978 sobre la Sucesión de Estados en el marco de los Tratados (donde se estipula una reglamentación de sucesión automática para todos los Tratados) refleja o no el estado actual del Derecho Internacional Consuetudinario. De mayor importancia para su análisis actual es la naturaleza y carácter particular del Tratado de 1977. Un estudio de este Tratado confirma que aparte de su naturaleza indiscutible de inversión conjunta, sus elementos principales eran la construcción planificada y la puesta en funcionamiento en forma conjunta de un gran complejo de estructuras e instalaciones integradas e indivisibles en sus partes específicas, situadas en los respectivos territorios de Hungría y Checoslovaquia a lo largo del Danubio. Asimismo, el Tratado también establece el régimen de navegación para un sector importante de un canal navegable internacional, en particular la reubicación de la ruta principal de navegación internacional hacia el canal de

desviación. Es así como ineludiblemente se creó una situación donde los intereses de los otros usuarios del Danubio se vieron afectados. Además, los intereses de estados terceros fueron explícitamente reconocidos en el artículo 18, donde las partes se encargan de garantizar una «navegación segura e ininterrumpida en el canal internacional» de acuerdo a sus obligaciones estipuladas bajo la Convención del 18 de agosto de 1948 concerniente al régimen de navegación sobre el Danubio.

A continuación, la Corte hace referencia al Artículo 12 de la Convención de Viena de 1978 sobre la Sucesión de Estados en cuanto a los tratados, el cual refleja el principio de que aquellos tratados que tienen un carácter territorial han sido considerados, tanto dentro de una doctrina tradicional como dentro del punto de vista moderno, como no afectados por una Sucesión de Estados. La Corte considera que el Artículo 12 refleja una norma de Derecho Internacional Consuetudinario y observa que ninguna de las partes lo disputa. Concluye que el contenido del Tratado de 1977 indica que este debe ser considerado como establecedor de un régimen territorial en el sentido del Artículo 12 de la Convención de Viena de 1978. Creó derechos y obligaciones «pertenecientes» a los sectores del Danubio en cuestión; por lo tanto, el Tratado mismo no podría ser afectado por una Sucesión de Estados. Por tal razón, la Corte concluye que el Tratado de 1977 obtuvo carácter de obligatoriedad para Eslovaquia el 1 de enero de 1993.

CONSECUENCIAS LEGALES DE LA SENTENCIA (P. 125 -154)

La Corte observa que la parte de su sentencia que responde a las preguntas en el Artículo 2, párrafo 1, del acuerdo especial tiene un carácter declarativo. Trata de la conducta anterior de las partes y determina la legitimidad o ilegitimidad de esta conducta entre 1989 y 1992, así como sus efectos sobre la existencia del Tratado. Ahora la Corte, en base a los anteriores descubrimientos, tiene que determinar cuál debe ser la conducta futura de las partes. Esta parte de la sentencia es más prescriptiva que declarativa, puesto que determina cuáles son los derechos y obligaciones de las partes. Las partes tendrán que buscar un consenso en las modalidades de la ejecución de la sentencia a la luz de esta determinación así como ellos acordaron hacerlo en el Artículo 5 del acuerdo especial.

Con respecto a esto, es de importancia cardinal que la Corte haya encontrado que el Tratado de 1977 todavía sigue vigente y que, en consecuencia, gobierna las relaciones entre las partes. Esta relación también está determinada por las reglamentaciones de otros acuerdos relevantes, donde los dos estados forman parte, por las reglamentaciones del Derecho Internacional y, en particular en este caso, por las regulaciones de la Responsabilidad de Estado; pero es regida, sobre todas estas cosas, por las reglamentaciones aplicables del Tratado de 1977 como una *lex specialis*. La corte observa que, sin embargo, no puede hacer caso omiso al hecho de que el Tratado no ha sido cumplido totalmente por ninguna de las partes por años y que, en efecto, sus actos de

comisión y omisión han contribuido a crear la situación que ahora existe. Tampoco puede pasar por alto esta situación actual —o las posibilidades e imposibilidades prácticas de su surgimiento— al decidir las condiciones legales para la futura conducta de las partes. Lo que es esencial, por lo tanto, es que la situación actual, como se ha desarrollado desde 1989, sea ubicada dentro del contexto de la relación mantenida y desarrollada en el marco del Tratado, con el fin de lograr su objetivo y propósito en tanto sea posible hacerlo. Para ello solamente es necesario que se pueda remediar el estado irregular de los acontecimientos que existe como resultado del incumplimiento de las obligaciones en el marco del Tratado por ambas partes.

La Corte señala que el Tratado de 1977 no solamente es un proyecto de inversión conjunto para la producción de energía sino que fue diseñado para alcanzar otros objetivos como: mejoramiento de la navegabilidad del Danubio, control de inundaciones y regulación de la descarga de hielo, y la protección del Medio Ambiente natural. Con la finalidad de alcanzar estos objetivos, las partes aceptaron cumplir con obligaciones de conducta, obligaciones de realización y obligaciones de resultado. La Corte es de la opinión que las partes se encuentran bajo una obligación legal, durante las negociaciones a realizarse en virtud del artículo 5 del acuerdo especial, de considerar, dentro del contexto del Tratado de 1977, cuál sería la mejor manera de alcanzar los múltiples objetivos del tratado teniendo en mente que todos ellos deberían cumplirse.

Es evidente que el impacto del proyecto y sus consecuencias para el Medio Ambiente son necesariamente un aspecto clave. Con la finalidad de evaluar los riesgos medioambientales, se deben tener en consideración los parámetros actuales en esta campo. Esto no sólo lo permiten los términos de los artículos 15 y 19 sino que están prescritos a tal punto que estos artículos imponen una obligación continuada —y por lo tanto necesariamente en evolución— para las partes con el fin de que conserven la calidad del agua del Danubio y para que protejan el medio ambiente natural. La Corte está consciente de que en el campo de la protección del medio ambiente, son necesarias supervisión y prevención por motivo del carácter perjudicial y muchas veces irreversible que se causa al Medio Ambiente y de las limitaciones inherentes en el mismo mecanismo de reparación de este tipo de daño. Se han desarrollado nuevas normas y patrones, que se han enunciado en un gran número de instrumentos a lo largo de las dos últimas décadas. Este tipo de normas tiene que ser tomadas en consideración y a estos nuevos parámetros darles la importancia debida no solamente cuando ciertos estados proyectan nuevas actividades, sino también cuando se continúan con actividades iniciadas en el pasado. Para los propósitos del presente caso, esto quiere decir que las partes deben considerar nuevamente los efectos producidos en el Medio Ambiente por la puesta en funcionamiento de la planta energética de Gabcíkovo. En particular, ellos deben encontrar una solución satisfactoria para el volumen de agua que tiene que ser transferidos al antiguo cauce del Danubio y a sus afluentes en ambas partes del río.

Lo que se requiere en el presente caso según la norma del *pacta sunt servanda*, como está reflejado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 en el marco del Derecho de los Tratados, es que las partes encuentren una solución negociada dentro del contexto cooperativo del Tratado. El artículo 26 combina dos elementos, que son de igual importancia. Este artículo estipula que «cada Tratado vigente tiene carácter obligatorio para las partes con respecto a él y debe ser cumplido por ellas en buena fe». Este último elemento, según la opinión de la Corte, implica que, en este caso, es el propósito del Tratado, y las intenciones de las partes al firmarlo, las que deberán prevalecer sobre su aplicación literal. El principio de la buena fe obliga a las partes a aplicarlo de una manera razonable y de tal manera que pueda cumplir con su propósito.

El Tratado de 1977 no solamente contiene un programa de inversión conjunta, sino que también establece un régimen. De acuerdo al Tratado, las estructuras principales del sistema de diques son co-propiedad de las partes; su puesta en funcionamiento tomará la forma de una entidad única y coordinada y los beneficios del proyecto serán compartidos de manera equitativa. Desde que la Corte ha encontrado que el Tratado sigue en vigencia y que, bajo sus términos, el régimen conjunto es un elemento básico, ella considera que a menos que las partes acuerden lo contrario, un régimen de esa naturaleza debería ser restablecido. La Corte es de la opinión que los trabajos en Cunovo deberían ser una unidad operada conjuntamente en el sentido del artículo 10, párrafo 1, en vista de su rol central en la puesta en funcionamiento de lo que queda del proyecto y para el régimen del manejo hidrográfico. El dique en Cunovo ha adoptado la función que fue originalmente destinada para los trabajos en Dunakiliti y, por ello, debería tener un estatus similar. Asimismo, la Corte también concluye que la variante c, que según su opinión opera en una manera incompatible a lo estipulado en el Tratado, debería ser adaptada de acuerdo a este. La Corte observa que el restablecimiento del régimen conjunto también reflejará de manera óptima el concepto de utilización común de los recursos hidrográficos compartidos con el fin de alcanzar los diversos objetivos mencionados en el Tratado.

Habiendo entonces indicado ampliamente cuáles serían los efectos, según la opinión de la Corte, del hecho de que el Tratado de 1977 aún sigue vigente, la Corte retoma las consecuencias legales de los actos internacionalmente ilícitos cometidos por las partes, ya que ambas partes solicitaron a la Corte que determine las consecuencias de la sentencia, puesto que conciernen al pago de los daños causados.

No se le ha pedido a la corte en esta fase que determine el monto por concepto de daños a pagar pero sí que indique cuál es la base sobre la que debe ser resarcido. Ambas partes reclaman haber sufrido considerables pérdidas financieras y ambas reclaman compensación pecuniaria.

En la sentencia, la Corte concluyó que ambas partes cometieron actos internacionalmente ilícitos y ha observado que estos actos ocasionaron el daño que sostienen las partes. En consecuencia, tanto Hungría como Eslovaquia están en la obligación de

pagar compensación y tienen derecho a percibir compensación. La corte observa que, sin embargo, dado el hecho de que hubieron faltas cometidas por las partes que se intersectaron, la cuestión de la compensación puede ser resuelta satisfactoriamente en el marco de un arreglo global, si cada una de las partes renunciaran o cancelaran todos los reclamos financieros y re-convenciones. Al mismo tiempo, la Corte desea señalar que el arreglo sobre los montos para la construcción de los trabajos es diferente de la materia de compensación y que a este arreglo debe llegarse en conformidad con lo estipulado en el Tratado de 1977 y sus instrumentos afines. «Si Hungría es coparticipante en la puesta en funcionamiento y obtención de beneficios del complejo de Cunovo, entonces deberá pagar una parte proporcional de su construcción y de los gastos de explotación».

VII. Documentos ambientales

Declaración Ministerial de Malmö del Primer Foro Global del Medio Ambiente (31 de mayo de 2000)

Malmö, Suecia, 31 de mayo de 2000. Patrocinado por el PNUMA, y con el Gobierno de Suecia como anfitrión, se celebró el «Primer Foro Global Ministerial de Medio Ambiente» del 29 al 31 de mayo de 2000, en Malmö, Suecia. Más de 100 ministros del medio ambiente de todo el mundo, incluyendo a 9 ministros y viceministros de América Latina y el Caribe, se reunieron para revisar importantes temas ambientales emergentes, y para contribuir a definir la agenda global para el medio ambiente y desarrollo sostenible del siglo XXI.

Uno de los resultados más importantes del Foro es la Declaración de Malmö, que contiene información sobre varios asuntos clave abordados durante el Foro, entre los cuales destaca la identificación de importantes retos ambientales para el siglo XXI. Los Ministros identificaron la alarmante discrepancia entre los compromisos y las acciones de la comunidad internacional con respecto al desarrollo sostenible. Asimismo, estuvieron de acuerdo en prestar una especial atención al consumo no sostenible entre los sectores más ricos en todos los países, particularmente en países desarrollados. Además, los Ministros declararon que para poder confrontar las causas subyacentes de la degradación ambiental y la pobreza, primero deben integrar consideraciones ambientales en la corriente principal de la toma de decisiones. El texto completo de la declaración se ofrece enseguida.

DECLARACIÓN MINISTERIAL DE MALMÖ

Nosotros, Ministros del Medio Ambiente y oficiales de delegación que nos reunimos en Malmo, Suecia del 29 al 31 de mayo del 2000, en el marco del Primer Foro Mundial de Ministros del Medio Ambiente, en cumplimiento de la resolución 53/242 establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1999 con el propósito de promover las reuniones ministeriales para revisar nuevos e importantes tópicos ambientales y dilucidar el panorama futuro

Teniendo presente la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano y la Declaración de Río de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la Declaración de Barbados sobre el Desarrollo Sostenible en los Pequeños Estados Isleños en Desarrollo, así como la Declaración de Nairobi sobre el Papel y el Mandato del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente,

Profundamente conscientes de que, a pesar de constantes y exitosos esfuerzos de la comunidad internacional desde la Conferencia de Estocolmo, así como el progreso alcanzado, el medio ambiente y los recursos naturales que sostienen la vida en el planeta continúan deteriorándose a una velocidad alarmante,

Reafirmando la relevancia de una rápida implementación de compromisos políticos y legales enfatizada por la comunidad internacional y, de manera especial, por la Conferencia de Río,

Convencidos de la urgente necesidad de esfuerzos renovados por parte de los países unidos por un espíritu de solidaridad internacional y reconociendo el principio de responsabilidad común pero diferenciada indicado en los Principios de la Cumbre de Río para el manejo ambiental, así como para promover el desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones actuales y futuras,

Conscientes de que las principales causas del deterioro ambiental en el mundo tienen su raíz en/ son intrínsecas a/ están estrechamente ligadas a/ derivan de/ los problemas sociales y económicos tales como extrema pobreza, producción insostenible y patrones de consumo, desigualdad en la distribución de la riqueza, y el obstáculo de las deudas,

Conscientes de que el éxito de la lucha contra el deterioro ambiental depende enteramente de la participación de todos los actores sociales, de una población informada y consciente, del respeto a los valores éticos y espirituales de la diversidad cultural y la preservación del legado/conocimiento indígena,

Teniendo en cuenta que la minuciosa elaboración durante 10 años de la Agenda 21 y su puesta en marcha a partir del año 2002 ofrecerá a la comunidad internacional una oportunidad para llevar a la práctica sus compromisos y fortalecer la cooperación internacional, cuya necesidad es urgente para enfrentar los desafíos del desarrollo sostenible en el siglo XXI,

Convencidos de la capacidad del Congreso del Milenio establecido en la 55-a sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de proveer el espacio indicado para resaltar en el alto nivel la relevancia del papel de las Naciones Unidas en el campo del desarrollo sostenible, y tomando en cuenta las propuestas del Secretario General de las Naciones Unidas contenidas en su informe titulado: «Nosotros, los pueblos: el papel de la Naciones Unidas en el siglo XXI», que constituye el documento fundamental del Congreso,

Decididos a enfrentar este desafío histórico desde una perspectiva ambiental, y habiendo solicitado al Presidente del Consejo Administrativo hacer llegar estas preocupaciones a la 55-a sesión de la Asamblea General, Asamblea del Milenio,

DECLARAMOS QUE:

Los principales desafíos ambientales para el siglo XXI

1. El año 2000 marca un momento definitivo en los esfuerzos de la comunidad internacional por asegurar que las crecientes tendencias de deterioro ambiental que amenaza la sostenibilidad del planeta sean detenidas y revertidas.
2. Existe una alarmante discordancia entre los compromisos y las acciones. Las metas y los objetivos establecidos por la comunidad internacional con relación al desarrollo sostenible, tales como la adopción de estrategias nacionales para el desarrollo sostenible y el incremento en la ayuda a los países en desarrollo, deben de ponerse en práctica lo más pronto posible. La movilización de recursos nacionales e internacionales, incluyendo la ayuda para el desarrollo, superando el nivel actual, constituyen acciones vitales para enfrentar este desafío.
3. El comprometido papel del derecho ambiental internacional y el desarrollo del derecho nacional ofrecen una base sólida para enfrentar las amenazas ambientales del presente. Asimismo debemos de reconocer la central importancia del cumplimiento y ejecución de obligaciones ambientales, promoviendo la observancia de una vía preventiva establecida por los Principios de Río, así como de otras herramientas políticas y del fortalecimiento de la capacidad constructiva.
4. El Informe sobre las Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2000 (GEO, por sus siglas en inglés) ofrece una evaluación que revela la procedencia de las amenazas ambientales que enfrenta la comunidad internacional. Los patrones de consumo insostenible entre los segmentos altos de la población, especialmente en países en desarrollo son un tema que requiere particular atención. El manejo ambiental va rezagado con respecto al desarrollo económico social y la cada vez más creciente población afecta/ejerce presión sobre el medio ambiente
5. Las amenazas ambientales derivadas de las crecientes tendencias de urbanización y el desarrollo de las megalópolis, los severos riesgos del cambio climático, la crítica situación del agua dulce y sus consecuencias para la seguridad alimenticia y el medio ambiente, la explotación insostenible y el agotamiento de los recursos biológicos, la sequía y la desertificación, la deforestación incontrolada, la frecuencia de las emergencias ambientales, los químicos peligrosos y sus consecuencias sobre la salud humana y el medio ambiente y las fuentes de contaminación procedentes de actividades terrestres, todos estos son problemas que deben ser atendidos.
6. Sin embargo, existen posibilidades para revertir esta situación. La innovación tecnológica y el surgimiento de nuevas y eficientes tecnologías, donde los sectores privados desempeñen un papel cada vez más importante, constituyen una fuente de gran esperanza y crecientes oportunidades para evitar las viejas prácticas destructoras del ambiente mediante tecnologías limpias.
7. Para enfrentar las mencionadas causas de pobreza y deterioro ambiental, debemos de integrar las consideraciones ambientales como parte central del proceso de la toma de decisiones. También debemos de intensificar nuestros esfuerzos en el

desarrollo de acciones preventivas y de una respuesta integrada, incluyendo planes de manejo ambiental nacional y de derecho internacional, toma de conciencia y educación, así como el aprovechamiento del poder de la tecnología informativa para lograr este fin. Todos los actores involucrados deben de trabajar de manera conjunta por el interés de un futuro sostenible.

8. Es necesario integrar la perspectiva ambiental tanto en el diseño y la evaluación de políticas macroeconómicas, como en actividades de prestaciones gubernamentales y multilaterales e instituciones de crédito tales como agencias de crédito para exportación.
9. Las tendencias globalizadoras de la economía mundial con consecuentes oportunidades y riesgos ambientales, requieren de la adopción por parte de instituciones internacionales de nuevas medidas que permitan un mejor aprovechamiento de los actores centrales del proceso de la globalización. Debemos de impulsar una coexistencia armoniosa e integrada entre el comercio y las políticas ambientales en busca del desarrollo sostenible, de acuerdo con la decisión de la octava sesión de la Comisión para el Desarrollo Sostenible.
10. Emanados de los Principios de la Cumbre de Río, el papel y la responsabilidad de las naciones y de los actores principales como los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, debe ser considerado primordial en el enfrentamiento de los desafíos ambientales en el siglo 21. Los gobiernos son agentes centrales dentro de este proceso y sus acciones son de importancia vital para la implementación por las Naciones Unidas de estrategias ambientales desde Estocolmo, el fortalecimiento institucional y el reforzamiento de la cooperación internacional.

El sector privado y el medio ambiente

11. El sector privado ha emergido como un actor mundial con un impacto significativo sobre las tendencias ambientales mediante la inversión y las decisiones tecnológicas. A este respecto, los gobiernos desempeñan un papel fundamental en la creación de un medio ambiente viable. Las capacidades institucionales y regulativas de los gobiernos para interactuar con el sector privado deben ser fortalecidas. Un mayor compromiso por parte del sector privado debe ser impulsado con el propósito de crear una nueva cultura de responsabilidad ambiental mediante la aplicación de normas de impuestos a los contaminantes, indicadores e informes ambientales y el establecimiento de una vía preventiva en la inversión y las decisiones tecnológicas. Este acceso debe estar ligado al desarrollo de tecnologías más limpias y de recursos más eficientes para permitir la economía del ciclo vital y facilitar la transferencia de tecnologías ambientalmente estables.

12. El potencial de nueva economía de contribuir al desarrollo sostenible debe ser alcanzado, especialmente en las áreas de tecnología informativa, biología y biotecnología. Las implicaciones éticas y sociales deben ser tomadas en cuenta.
13. El Acuerdo Mundial establecido por el Secretario General de las Naciones Unidas con el sector privado ofrece un excelente mecanismo para el desarrollo de una colaboración/unión exitosa con el sector privado. El PNUMA seguirá fortaleciendo esta unión y colaboración con el sector privado y continuará tomando en cuenta la relación entre la inversión extranjera directa y el medio ambiente, con el propósito de minimizar las implicaciones negativas ambientalmente.

La sociedad civil y el medio ambiente

14. La sociedad civil juega un papel de importancia crítica en la solución de los problemas ambientales. El desempeño, las capacidades y el involucramiento de las organizaciones de sociedades civiles se han visto substancialmente incrementadas en los últimos años, lo cual destaca la necesidad que tienen los gobiernos, PNUMA y las organizaciones internacionales de fortalecer su compromiso de trabajar en los problemas ambientales.
15. La sociedad civil ha encontrado nuevos y efectivos modos de expresar los sentimientos y preocupaciones populares, constituyéndose como un agente poderoso en promover tanto propósitos como valores ambientales. La sociedad civil juega un papel importante en centrar la atención de quienes formulan políticas en los nuevos temas ambientales, despertando la conciencia pública, promoviendo ideas y avances innovadores, así como la transparencia y evitando actividades corruptas en la toma de decisiones ambientales.
16. El papel de la sociedad civil debe fortalecerse a todos los niveles mediante la libertad de acceso a la información ambiental, una amplia participación en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en los temas ambientales. Los gobiernos deben de ofrecer condiciones necesarias para facilitar el derecho de todos los estratos sociales de tener voz y jugar un papel activo en la construcción de un futuro sostenible.
17. La ciencia constituye la base para la toma de decisiones ambientales. Existe una necesidad imperante de mayores investigaciones, de un mayor compromiso de la comunidad científica y de una creciente cooperación científica en torno a los nuevos tópicos ambientales, así como de vías de comunicación mejoradas entre la sociedad científica, quienes toman las decisiones y otros interesados en la problemática.
18. Debemos poner especial atención en las amenazas a la diversidad cultural y el conocimiento tradicional, sobre todo de las comunidades indígenas y locales, causadas por la globalización. En este contexto le damos la bienvenida al año 2001, declarado por la Asamblea General de las Naciones Unidas como el Año Internacional de Diálogo entre las Civilizaciones.

19. Mayor énfasis debe ser puesto en la perspectiva de género dentro del proceso de la toma de decisiones en cuanto al manejo ambiental y de recursos naturales.
20. Existe una necesidad de medios de comunicación independientes y objetivos en todos los niveles para fortalecer la conciencia y unificar los valores ambientales en una sociedad global. Los medios pueden servir a la causa del desarrollo sostenible identificando temas nuevos, despertando la conciencia y promoviendo acciones viables.

Revisión del 2002 de la CNUMAD

21. La revisión del 2002 de la puesta en marcha de los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) debe ser llevada a cabo por una conferencia internacional a nivel cumbre. Su objetivo no debe sólo consistir en reestructurar Agenda 21, que sigue siendo válido, sino impulsar un nuevo espíritu de cooperación y necesidad basado en acciones acordadas a lo largo de la búsqueda común del desarrollo sostenible. A este respecto, la ratificación de convenios y protocolos ambientales, es especial, los relacionados con el clima, la desertificación, la bioseguridad y los químicos, deben ser urgentemente atendidos por los gobiernos.
22. Los gobiernos y el PNUMA necesitan desempeñar un papel de mayor importancia en la preparación de la revisión del 2002 de la CNUMAD a niveles regional y mundial así como asegurar que la dimensión ambiental del desarrollo sostenible sea completamente incorporada dentro de la amplia evaluación del estado del medio ambiente mundial. Los preparativos de la conferencia deben ser precipitados.
23. La conferencia del 2002 debe tener como meta enfrentar los mayores desafíos del desarrollo sostenible, y en particular, los efectos devastadores de la pobreza que afecta a una gran parte de los habitantes del planeta, contrastando con el consumo excesivo y desgastante, así como un uso inadecuado de recursos que mantienen y perpetúan el círculo vicioso del deterioro ambiental y la creciente pobreza.
24. La conferencia del 2002 debe revisar los requerimientos para un mayor fortalecimiento institucional para manejo ambiental internacional basado en una evaluación de necesidades futuras para implementar una estructura institucional capaz de enfrentar de manera efectiva las amenazas ambientales a gran escala que afectan al mundo globalizado. El papel del PNUMA en este sentido debe ser fortalecido y su infraestructura financiera volverse más amplia y mejor planificada.

CONCLUSIÓN

25. En aras de este nuevo siglo, tenemos a nuestra disposición recursos materiales y humanos para alcanzar el desarrollo sostenible, ya no como un concepto abstracto, sino como una realidad concreta. Avances sin precedentes en la producción y en

las tecnologías informativas, el surgimiento de una generación joven con un claro sentido de optimismo, solidaridad y valores, mujeres cada vez más conscientes y con un papel fuerte y activo dentro de la sociedad, todo esto apunta hacia el nacimiento de una nueva conciencia. Para el 2015 podemos disminuir al doble la pobreza sin afectar el medio ambiente, podemos implementar la seguridad ambiental a partir de la alerta temprana, podemos lograr una mejor integración del tema ambiental en las políticas económicas, alcanzar una mejor coordinación de los instrumentos legales, en nuestras manos está el lograr un mundo sin barrios bajos. Nos comprometemos a hacer realidad este sueño común.

Adoptada por el Foro Mundial de los Ministros del Medio Ambiente - Sexta Sesión Especial del Consejo Administrativo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) Quinta reunión plenaria.

31 de mayo de 2000

Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente (12 de febrero de 1999)

PRÓLOGO DEL DIPUTADO GENERAL DE BIZKAIA

Del 10 al 13 de febrero de 1999 se trabajó intensamente en el Palacio de Euskalduna de Bilbao para concluir lo que la comunidad internacional conoce ya como La Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Ambiente.

El grupo de expertos convocado por la Diputación Foral de Bizkaia, el Instituto Vasco de Administración Pública y UNESCO Etxea-Centro UNESCO de Euskal Herria, en colaboración con el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, y el patrocinio de la UNESCO y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, abordó una materia compleja. Compleja porque el ambiente está relacionado íntimamente con casi todos los ámbitos de la vida. Está relacionado, sobre todo, con la vida misma y con la esencia profunda del ser humano, de sus valores, de su actividad, de sus relaciones y de sus proyectos de libertad y desarrollo, tanto individuales como colectivos.

Sin duda, el derecho al ambiente desborda o cuestiona en varios aspectos las concepciones clásicas que todos tenemos de los derechos humanos básicos. Por tanto, el ambiente solo puede ser eficazmente protegido si entendemos este derecho desde una clave más colectiva que individual, si profundizamos en la consideración del mismo como un derecho y un deber al mismo tiempo y si tenemos en cuenta la necesidad de salvaguardar hoy los intereses legítimos que en este campo tendrán las generaciones futuras.

Cuando la Diputación Foral de Bizkaia realizó, el 2 de junio de 1998, su Declaración Institucional a favor del reconocimiento del Ambiente como un nuevo Derecho Humano, manifestó con toda claridad que éste ha de basarse en el respeto a la dignidad inherente a la persona humana, atendiendo la necesidad de asegurar la propia pervivencia de la Humanidad.

Individuo y comunidad son extensiones inequívocas del concepto esencial de la vida. La naturaleza diversa, la cultura, el progreso de los hombres y de los pueblos, su identidad histórica y su derecho al futuro son derivaciones del propio hecho existencial. El ambiente es, por tanto, sinónimo de vida.

Si respetamos el ambiente, respetamos la vida. Si protegemos el ambiente, protegemos la vida. Si dañamos el ambiente, dañamos la vida. Y si resolvemos los problemas que sufre el ambiente, resolvemos problemas que hacen sufrir a la vida. Dicho de otra manera, ponemos remedio a los males de un enfermo que configura el eje de nuestra propia existencia.

La comunidad internacional avanza inexorablemente hacia la creación de nuevos espacios de compromiso y de responsabilidad compartida que tienen como fundamento el respeto a la vida de las generaciones actuales y de las futuras.

La Conferencia General de la UNESCO aprobó, en 1997, dos importantes declaraciones: la del Genoma y los Derechos Humanos y la de los Derechos de las Generaciones Venideras. Sin duda, ambas están muy relacionadas con la materia que se debatió en Bilbao y con la propuesta final que allí se realizó. El genoma orienta la expresión actual de la dignidad de la persona humana. Las generaciones futuras son un referente insoslayable de exigencia para todos.

La defensa de la existencia de un derecho humano a disponer de un ambiente adecuado es hoy, en consecuencia, un paso necesario para una lectura actual del respeto a la dignidad de las personas y un crédito de garantía para nuestros hijos y nietos.

Como Diputado General de Bizkaia, entiendo que es necesario impulsar una nueva ética internacional que asuma, entre otros aspectos, una ética de la Naturaleza.

Creo que, desde la solidaridad, hemos de articular programas de acción en los que los ciudadanos se sientan interesados y movilizados. La adhesión de los individuos a un nuevo código ético ambiental puede y debe ser alentada, estimulada y promovida tanto por las instituciones públicas como por los movimientos sociales.

En esta línea, quiero aprovechar la oportunidad de este prólogo para, en nombre de la Diputación Foral de Bizkaia, hacer una serie de llamamientos.

Llamo, en primer lugar, a los individuos, para que tomen conciencia de la realidad ambiental del planeta y de las consecuencias globales de su actuar local. Les requiero para que participen activamente en la labor de respeto del medio en el que vivimos; a respaldar las iniciativas de los movimientos sociales e instituciones públicas en este ámbito y a denunciar las violaciones del derecho humano al ambiente allí donde se produzcan.

En segundo lugar requiero al movimiento asociativo, para que participe responsablemente en una política global de defensa de la Naturaleza. Les requiero a estructurarse de forma democrática, para constituirse en cauces de participación de los individuos y para formar la conciencia social adecuada a través de las labores complementarias de información, denuncia responsable y sensibilización.

Reclamo, en tercer lugar, a las instituciones públicas nacionales y estatales, para que respeten y fomenten la participación de la sociedad en la definición de las políticas ambientales, evolucionando así hacia la constitución de sociedades democráticas avanzadas. Les animo a desarrollar políticas activas de educación, sensibilización y prevención sobre la realidad ambiental local y global; a reprimir con objetividad y atención los atentados contra el ambiente de todos y a impulsar el reconocimiento internacional de las necesidades ambientales del planeta a través de su participación en las organizaciones y foros internacionales.

Por último, hago un llamamiento a las Organizaciones Internacionales, para que faciliten el debate entre los Estados y los Pueblos de la Tierra, a fin de asegurar el

respeto del órden ambiental global. Les exhorto a impulsar decididamente la definición positiva de un derecho humano y de los pueblos al ambiente que garantice la aceptación del mismo a escala universal.

Josu Bergara Etxebarría
Diputado General del Territorio Histórico de Bizkaia

DECLARACIÓN DE BIZKAIA SOBRE EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

El Seminario Internacional sobre el derecho al Medio Ambiente, celebrado en Bilbao del 10 al 13 de febrero de 1999 bajo los auspicios de la UNESCO y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

CONSIDERANDO que ya en 1972, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, proclamó que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras,

CONSIDERANDO que posteriormente la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, señaló que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y que tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza,

CONSIDERANDO que instrumentos de carácter regional, tales como la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 y el Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública en la toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Cuestiones Medioambientales, adoptado por la Cuarta Conferencia Ministerial para el Medio Ambiente en Europa celebrada en Dinamarca del 23-25 de junio de 1998, también han desarrollado el principio así planteado,

CONSIDERANDO asimismo la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave y/o Desertificación, en particular en África de 1994, y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 en países independientes de 1989,

CONSIDERANDO que la Resolución 45/94, adoptada el 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, declara que toda persona

tiene derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para garantizar su salud y su bienestar,

CONSIDERANDO que el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Estrasburgo en 1997, declaró que «todo ser humano tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano»,

CONSIDERANDO que cada vez más Constituciones nacionales proclaman el derecho al medio ambiente,

SUBRAYANDO que el derecho al medio ambiente es inherente a la dignidad de toda persona, y que está necesariamente vinculado con la garantía de los demás derechos humanos, incluyendo, en particular, el derecho al desarrollo,

SUBRAYANDO la universidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos,

RECONOCIENDO que el derecho al medio ambiente puede ejercerse, tanto a título individual como en asociación con otras personas, exigible ante los poderes públicos y que ha de ser protegido mediante la acción solidaria de todos los protagonistas de la vida social: individuos, comunidades, poderes públicos y entidades privadas,

CONSIDERANDO que no se puede ejercer el derecho al medio ambiente si no se dispone de información en cantidad y calidad suficiente,

SUBRAYANDO la necesidad de que el derecho humano al medio ambiente sea reconocido en un instrumento jurídico de alcance universal,

PROPONE por lo tanto, a la Comunidad Internacional, y en especial, a las Naciones Unidas y Organizaciones de carácter mundial y regional, que examinen la Declaración de Bizkaia sobre el derecho al Medio Ambiente y, en su caso, adopten las medidas oportunas para el reconocimiento efectivo de dicho derecho,

ARTÍCULO 1. DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

1. Toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
2. El derecho al medio ambiente puede ejercerse ante los poderes públicos y entidades privadas, sea cual sea su estatuto jurídico en virtud del Derecho nacional e internacional.
3. El derecho al medio ambiente se ha de ejercer de forma compatible con los demás derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo.
4. Toda persona tiene derecho al medio ambiente sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole.

ARTÍCULO 2. DEBER DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. Toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el deber de proteger el medio ambiente y de fomentar dicha protección en el ámbito nacional e internacional.

2. Los poderes públicos y las organizaciones internacionales tienen la responsabilidad de proteger y, en su caso, restaurar el medio ambiente por todos los medios que entren en el ámbito de su competencia. Esta responsabilidad se llevará a cabo, en particular, mediante:
   a) La protección, conservación, eventual restauración, y prevención del deterioro de la biosfera, geosfera, hidrosfera y atmósfera.
   b) El uso racional y sostenible de los recursos naturales.
   c) La promoción de modelos de producción y consumo que contribuyan al desarrollo sostenible.
   d) La integración de las exigencias para la protección del medio ambiente en las políticas públicas y en las actividades privadas, teniendo en cuenta el principio de no discriminación.
3. Todos los Estados y, en particular, los Estados vecinos, deberán cooperar entre sí en la defensa del medio ambiente y en la lucha contra la contaminación sea cual fuere su origen.
4. Los Estados velarán para que no se introduzcan modificaciones desfavorables e irreversibles del medio ambiente que puedan atentar contra la salud de las personas y el bienestar colectivo.

ARTÍCULO 3. DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LAS GENERACIONES FUTURAS

1. Las generaciones futuras tienen derecho a heredar un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
2. El Estado tiene la obligación de vigilar la calidad y la diversidad del medio ambiente y, en particular, de evaluar anticipadamente las consecuencias a largo plazo para el medio ambiente de la realización o ejecución de grandes proyectos.

ARTÍCULO 4. TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA MEDIO AMBIENTAL

1. Los procedimientos de decisión de los poderes públicos y de los organismos internacionales sobre los asuntos que tienen relación con el medio ambiente, se regirán por el principio de transparencia. Este principio exige el reconocimiento de los derechos de participación, acceso a la información y a ser informado.
2. Toda persona tiene el derecho, por sí, en asociación con otras o a través de sus representantes, a participar en la elaboración de las políticas públicas y de cualquier medida relativa al medio ambiente.

3. Asimismo, cualquier persona tiene derecho a acceder a la información sobre el medio ambiente sin necesidad de acreditar un interés determinado. Este derecho solamente podrá ser limitado por motivos justificados y establecidos legalmente.
4. El derecho a ser informado será garantizado, además, mediante la publicación y difusión de informes periódicos sobre el estado del medio ambiente.

ARTÍCULO 5. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Toda persona o grupo de personas cuyo derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado haya sido violado, o que posean información sobre dicha violación, deberán tener un recurso efectivo ante una instancia nacional e internacional.

ARTÍCULO 6. DERECHO A LA REPARACIÓN

Cualquier persona o grupo de personas cuyo derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado haya sido violado y hayan sufrido daño ambiental, tendrá derecho a exigir y obtener la reparación correspondiente, sin perjuicio de la restauración del medio ambiente.

ARTÍCULO 7. EDUCACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

1. La educación y la sensibilización, en todos sus niveles y por todos los medios, deben capacitar a las personas para desempeñar un papel útil en la protección del medio ambiente.
2. Los Estados y las organizaciones internacionales deberían adoptar las medidas educativas necesarias para asegurar el respeto y la protección del derecho de las personas a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
3. Las medidas señaladas en el apartado anterior deberían incluir programas de enseñanza y de educación, con la colaboración de las organizaciones no gubernamentales.

ARTÍCULO 8. RESPONSABILIDAD COMPARTIDA

En consonancia con los principios de solidaridad internacional y responsabilidad compartida pero diferenciada sobre la protección del medio ambiente, los países desarrollados deberían fortalecer la cooperación con los países en vías de desarrollo.

ARTÍCULO 9. APLICACIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

1. Los Estados y las organizaciones internacionales deberían adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado reconocido en esta Declaración.
2. Los poderes públicos deberían elaborar y mantener actualizada la información sobre el medio ambiente que les concierna, estableciendo sistemas para su recopilación y clasificación. Asimismo, dicha información se referirá a actividades existentes o en proyecto que puedan afectar al medio ambiente.
3. Igualmente, los Estados y las organizaciones internacionales deberían, apoyándose en la cooperación y solidaridad internacionales, erradicar la pobreza, por su íntima vinculación con el derecho al medio ambiente, adoptando las medidas necesarias y adecuadas para lograr este objetivo.
4. En la ejecución de las medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al medio ambiente, se debería prestar una especial atención a las personas y los grupos vulnerables.

Hecha en Bilbao en el día 12 de febrero de 1999

RESOLUCIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE BIZKAIA SOBRE EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

En el Seminario de expertos sobre El Derecho al Medio ambiente, celebrado del 10 al 13 de febrero de 1999 en Bilbao, bajo los auspicios de la UNESCO y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,

CONSIDERANDO que es necesario un seguimiento apropiado de la Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio ambiente adoptada en el día 12 de febrero de 1999,

Las entidades organizadoras: Diputación Foral de Bizkaia, Instituto Vasco de Administración Pública, UNESCO Etxea-Centro UNESCO Euskal Herria y el Instituto Pedro Arrupe de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto,

RECOMIENDAN llevar a cabo las siguientes iniciativas y medidas referentes al seguimiento de la Declaración de Bizkaia sobre El Derecho al Medio Ambiente:

A. EN EL PLANO DEL ESTADO ESPAÑOL

1. Ayuntamientos, Juntas generales y Diputaciones Forales deberían adoptar la Declaración de Bizkaia sobre El Derecho al Medio Ambiente.
2. El Gobierno y el Parlamento Vasco deberían adoptar la Declaración de Bizkaia y proponer que lo sea igualmente por parte de los órganos competentes de las demás Comunidades Autónomas.

3. Las autoridades del País Vasco podrían proponer que la Declaración de Bizkaia sea examinada por las Cortes Generales y otras instituciones a fin de que la misma sea plasmada en instrumentos legislativos y reglamentarios.

B. EN EL PLANO EUROPEO

1. La Declaración de Bizkaia se remitirá a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa con el fin de que se incorpore el derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado en los instrumentos jurídicos correspondientes.
2. La Declaración de Bizkaia se remitirá a todas las instituciones de la Unión Europea, competentes en materia de medio ambiente. En particular, el Parlamento Europeo podría examinar si la Declaracion de Bizkaia puede ser transformada en un texto de Derecho comunitario.

C. EN EL PLANO INTERNACIONAL

1. La Declaración de Bizkaia sobre El Derecho al Medio Ambiente se remitirá a la Unión Interparlamentaria con el fin de que pongan en marcha los mecanismos oportunos para la adopción de la declaración, asi como a la Organización de Estados Americanos y a la Organización para la Unidad Africana.
2. La Declaración será presentada al Director General de la UNESCO y a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para que se inicien los trámites que se estimen oportunos para el reconocimiento del Derecho al Medio Ambiente como un derecho humano.
3. La Declaracion de Bizkaia será remitida igualmente a otros organismos especializados de las Naciones Unidas para su posible aplicación en el ámbito de sus competencias.

En Bilbao, en el día 13 de febrero del año 1999

Principios éticos básicos propuestos por la Iglesia Católica a la Conferencia de las Naciones Unidas para su inclusión en la Declaración de Río (1992)

1. El primer principio fundamental, que tiene una relación directa con el cuidado del medio ambiente, es que hay un orden en el universo que se debe respetar. La teología, la filosofía y la ciencia convergen al reconocer la existencia de ese orden. En efecto, el universo entero y cuanto contiene han sido dotados por su Creador de una integridad y un equilibrio interno dinámico propios. Este principio no sólo fija límites a la interferencia humana en el medio ambiente, sino que también dirige la actividad humana hacia una exploración y utilización respetuosa y cuidadosa de la tierra y de todos sus sistemas.
2. La persona humana ocupa un lugar único y central en el mundo. Creada por un Dios a su imagen, está dotada de una dignidad inalienable. La promoción de la dignidad de todas las personas sin distinción es «la norma fundamental inspiradora de un sano progreso económico, industrial y científico... la contaminación o destrucción del ambiente son fruto de una visión reductiva y antinatural, que configura a veces un verdadero desprecio del hombre». (*Ibíd.*, Nº 7).
3. A pesar de la fragilidad humana, sólo la persona individual tiene la capacidad de buscar y conocer libremente el bien, reconocer y rechazar el mal, elegir la verdad y oponerse al error (Juan Pablo II, *Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, 1991*, N° 1). La persona por lo tanto es responsable de las consecuencias positivas o negativas de sus actos. Esa responsabilidad es fuente de deberes precisos para con el medio ambiente. El cuidado del medio ambiente no es una cuestión de elección sino más bien un deber moral.
4. A la vez, la persona humana se encuentra e una relación especial con el resto de la creación, que no es sólo de responsabilidad sino también de mutua dependencia. El mundo natural exige respeto.

   Así pues, conviene tener en cuenta la naturaleza de cada ser —animales, plantas, elementos naturales— y su mutua conexión en un mundo ordenado. Del mismo modo, los recursos naturales limitados no pueden ser usados con dominio absoluto, como si fuera inagotables (véase Juan Pablo II, Carta Encíclica *Sollicitudo rei socialis*, N° 34).
5. Los bienes de la tierra —incluidos los producidos por la actividad humana— son para beneficio de todos, no de algunos, porque Dios, cuando creó todas las cosas, «destinó la Tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos» (Concilio Vaticano II, Const. *Gaudium et spes*, 69) «Todos los demás derecho,

sean los que sean, comprendidos en ellos los de propiedad y comercio libre, a ello están subordinados» (Pablo VI, Carta Encíclica *Populorum progressio*, N° 22).

Por consiguiente, todos los pueblos y países deben tener acceso a aquellos bienes —naturales, tecnológicos, intelectuales, espirituales— que puedan asegurar su desarrollo integral, es decir, un desarrollo, que promueva «a todos los hombres y a todo el hombre» (*Ibíd.*, N° 14). Es una cuestión de justicia.

6. El deber de promover el desarrollo integral de todos exige una solidaridad correspondiente al procurar promover una calidad de vida cada vez mejor para todos, así como la protección del medio ambiente que sostiene esa vida.

   Ese deber de solidaridad es de carácter universal. Se extiende a todos los pueblos y regiones. Se aplica a los países industrializados y a los países en desarrollo, así como a las relaciones entre ambas categorías de países y entre los países de una misma categoría. Sin embargo, la equidad exige que las responsabilidades derivadas de ese deber universal se diferencien y complementen según las necesidades y las capacidades de cada uno.

7. Los pueblos o Estados más débiles tienen **un derecho moral especial a la solidaridad de los demás**. Los países más fuertes y más favorecidos económicamente tienen el deber de ayudar a los países menos desarrollados o desfavorecidos económicamente a asegurar que el desarrollo integral de sus pueblos —social, cultural, religioso u político, así como económico— pueda tener lugar en armonía con una política ambiental racional (véase Pablo VI, *Mensaje a la Conferencia de las Naciones Unidad sobre el Medio Humano, 1972*).

8. La ciencia y la tecnología están al servicio de la persona humana y no son un fin en sí mismas. Esta es la norma ética fundamental para todas las investigaciones científicas o tecnológicas y sus aplicaciones. Esta norma limita estrictamente el desarrollo de aquellas en ciertos campos (entre ellos la transformación genética humana), a la vez que lo fomenta en los campos que benefician al desarrollo armonioso de la sociedad humana (como, por ejemplo, la medicina u la agricultura).

9. La responsabilidad de la utilización de los recursos de la Tierra para el beneficio de todos reviste tanto un aspecto temporal como un aspecto especial. El daño al medio ambiente afecta no sólo a las generaciones actuales sino también a las futuras. Por lo tanto, en todas las acciones que afecten al medio ambiente se deben considerar el bien de las generaciones futuras.

10. El principio del bien común —que comprende el bien de las futuras generaciones— exige que se pese debidamente el factor riesgo, que incluye la seguridad ambiental y la salud del productor y el usuario, así como el efecto a largo plazo de las acciones individuales y colectivas, cuyas repercusiones sólo se manifiestan con el tiempo. Proceder con cautela y moderación ante lo desconocido es un deber que incumbe a todos.

    Las actividades que causan daño irreversible al medio ambiente son claramente contrarias al bien común.

Iglesia Católica y Medio Ambiente
Mensaje de Su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz
(8 de diciembre de 1989)

PAZ CON DIOS CREADOR, PAZ CON TODA LA CREACIÓN

INTRODUCCIÓN

1. En nuestros días aumenta cada vez más la convicción de que la paz mundial está amenazada, además de la carrera armamentista, por los conflictos regionales y las injusticias aún existentes en los pueblos y entre las naciones, así como por la falta del *debido respeto a la naturaleza*, la explotación desordenada de sus recursos y el deterioro progresivo de la calidad de la vida. Esta situación provoca una sensación de inestabilidad e inseguridad que a su vez favorece formas de egoísmo colectivo, acaparamiento y prevaricación.

   Ante el extendido deterioro ambiental la humanidad se da cuenta de que no se puede seguir usando los bienes de la tierra como en el pasado. La opinión pública y los responsables políticos están preocupados por ello, y los estudiosos de las más variadas disciplinas examinan sus causas. Se está formando así una *conciencia ecológica*, que no debe ser obstaculizada, sino más bien favorecida, de manera que se desarrolle y madure encontrando una adecuada expresión en programas e iniciativas concretas.

2. No pocos valores éticos, de importancia fundamental para el desarrollo de una *sociedad pacífica*, tienen una relación directa con la cuestión ambiental. La interdependencia de los muchos desafíos que el mundo actual debe afrontar, confirma la necesidad de soluciones coordinadas, basadas en una coherente visión moral del mundo.

   Para el cristiano tal visión se basa en las convicciones religiosas sacadas de la Revelación. Por eso, al comienzo de este Mensaje, deseo recordar la narración bíblica de la creación, confiando que aquellos que no comparten nuestras convicciones religiosas puedan encontrar igualmente elementos útiles para una línea común de reflexión y de acción.

I. «Y VIO DIOS QUE ERA BUENO»

3. En las páginas del *Génesis*, en las cuales se recoge la autorrevelación de Dios a la humanidad (*Gén.* 1-3), se repiten como un estribillo las palabras: «*Y vio Dios que*

era bueno». Pero cuando Dios, una vez creado el cielo y el mar, la tierra y todo lo que ella contiene, crea al hombre y a la mujer, la expresión cambia notablemente: «Vio Dios cuanto había hecho, y todo era *muy bueno*» (*Gén.* 1, 31). Dios confió al hombre y a la mujer todo el resto de la creación, y entonces —como leemos— «pudo descansar de toda la obra creadora» (*Gén.* 2, 3).

La llamada a Adán y Eva, para participar en la ejecución del plan de Dios sobre la creación, avivaba aquellas capacidades y aquellos dones que distinguen a la persona humana de cualquier otra criatura y, al mismo tiempo, establecía una relación ordenada entre los hombres y la creación entera. Creados a imagen y semejanza de Dios, Adán y Eva debían ejercer su dominio sobre la tierra (*Gén.* 1, 28) con sabiduría y amor. Ellos, en cambio, con su pecado destruyeron la armonía existente, *poniéndose deliberadamente contra el designio del Creador*. Esto llevó no sólo a la alienación del hombre mismo, a la muerte y al fratricidio, sino también a una especie de rebelión de la tierra contra él (cfr. *Gén.* 3, 17-19; 4, 12). Toda la creación se vio sometida a la caducidad, y desde entonces espera, de modo misterioso, ser liberada para entrar en la libertad gloriosa con todos los hijos de Dios (cfr. *Rom.* 8, 20-21).

4. Los cristianos profesan que en la muerte y resurrección de Cristo se ha realizado la obra de reconciliación de la humanidad con el Padre, a quien plugo «reconciliar por él y para él *todas las cosas*, pacificando, mediante la sangre de su cruz, lo que hay en la tierra y en los cielos» (*Col.* 1, 20). Así la creación ha sido renovada (cfr. *Ap.* 21, 5), y sobre ella, sometida antes a la «servidumbre» de la muerte y de la corrupción (cf. *Rm.* 8, 21), se ha derramado una nueva vida, mientras nosotros «esperamos... nuevos cielos y nueva tierra, en los que habite la justicia» (2 *Pe.* 3, 13). De este modo el Padre nos ha dado a «conocer el misterio de su voluntad según el benévolo designio que en él se propuso de antemano, para realizarlo en la plenitud de los tiempos: hacer que *todo* tenga a Cristo por Cabeza» (*Ef.* 1, 9-10).

5. Estas reflexiones bíblicas iluminan mejor la *relación entre la actuación humana y la integridad de la creación*. El hombre, cuando se aleja del designio de Dios creador, provoca un desorden que repercute inevitablemente en el resto de la creación. Si el hombre no está en paz con Dios la tierra misma tampoco está en paz: «Por eso, la tierra está en duelo, y se marchita cuanto en ella habita, con las bestias del campo y las aves del cielo: y hasta los peces del mar desaparecen» (*Os.* 4, 3).

   La experiencia de este «sufrimiento» de la tierra es común también a aquellos que no comparten nuestra fe en Dios. En efecto, a la vista de todos están las crecientes devastaciones causadas en la naturaleza por el comportamiento de hombres indiferentes a las exigencias recónditas —y sin embargo claramente perceptibles— del orden y de la armonía que la sostienen.

   Y así, se pregunta con ansia si aún puede ponerse remedio a los daños provocados. Es evidente que una solución adecuada no puede consistir simplemente en una gestión mejor o en un uso menos irracional de los recursos de la tierra. Aun

reconociendo la utilidad práctica de tales medios, parece necesario remontarse hasta los orígenes y afrontar en su conjunto la profunda crisis moral, *de la que el deterioro ambiental es uno de los aspectos más preocupantes.*

II. LA CRISIS ECOLÓGICA: UN PROBLEMA MORAL

6. Algunos elementos de la presente crisis ecológica revelan de modo evidente su carácter moral. Entre ellos hay que incluir, en primer lugar, *la aplicación indiscriminada de los adelantos científicos y tecnológicos*. Muchos descubrimientos recientes han producido innegables beneficios a la humanidad; es más, ellos manifiestan cuán noble es la vocación del hombre a participar *responsablemente* en la acción creadora de Dios en el mundo. Sin embargo, se ha constatado que la aplicación de algunos descubrimientos en el campo industrial y agrícola produce, a largo plazo, efectos negativos. Todo esto ha demostrado crudamente cómo *toda intervención en un área del ecosistema debe considerar sus consecuencias en otras áreas y, en general, en el bienestar de las generaciones futuras.*

   La disminución gradual de la capa de ozono y el consecuente «efecto invernadero» han alcanzado ya dimensiones críticas debido a la creciente difusión de las industrias, de las grandes concentraciones urbanas y del consumo energético. Los residuos industriales, los gases producidos por la combustión de carburantes fósiles, la deforestación incontrolada, el uso de algunos tipos de herbicidas, de refrigerantes y propulsores: todo esto, como es bien sabido, deteriora la atmósfera y el medio ambiente. De ello se han seguido múltiples cambios meteorológicos y atmosféricos cuyos efectos van desde los daños a la salud hasta el posible sumergimiento futuro de las tierras bajas.

   Mientras en algunos casos el daño es ya quizás irreversible, en otros muchos aún puede detenerse. Por consiguiente, es un deber que toda la comunidad humana —individuos, Estados y Organizaciones internacionales— asuman seriamente sus responsabilidades.

7. Pero el signo más profundo y grave de las implicaciones morales, inherentes a la cuestión ecológica, es la falta de *respeto a la vida*, como se ve en muchos comportamientos contaminantes.

   Las razones de la producción prevalecen a menudo sobre la dignidad del trabajador, y los intereses económicos se anteponen al bien de cada persona, o incluso al de poblaciones enteras. En estos casos, la contaminación o la destrucción del ambiente son fruto de una visión reductiva y antinatural, que configura a veces un verdadero y propio desprecio del hombre. Asimismo, los delicados equilibrios ecológicos son alterados por una destrucción incontrolada de las especies animales y vegetales o por una incauta explotación de los recursos; y todo esto —conviene recordarlo— aunque se haga en nombre del progreso y del bienestar, no redunda ciertamente en provecho de la humanidad.

Finalmente, se han de mirar con profunda inquietud las incalculables posibilidades de la investigación biológica. Tal vez no se ha llegado aún a calcular las alteraciones provocadas en la naturaleza por una indiscriminada manipulación genética y por el desarrollo irreflexivo de nuevas especies de plantas y formas de vida animal, por no hablar de inaceptables intervenciones sobre los orígenes de la misma vida humana. A nadie escapa cómo en un sector tan delicado, la indiferencia o el rechazo de las normas éticas fundamentales lleven al hombre al borde mismo de la autodestrucción.

Es el respeto a la vida y, en primer lugar, a la dignidad de la persona humana la norma fundamental inspiradora de un sano progreso económico, industrial y científico.

Es evidente a todos la complejidad del problema ecológico. Sin embargo, hay algunos principios básicos que, respetando la legítima autonomía y la competencia específica de cuantos están comprometidos en ello, pueden orientar la investigación hacia soluciones idóneas y duraderas. Se trata de principios esenciales para construir una sociedad pacífica, *la cual no puede ignorar el respeto a la vida, ni el sentido de la integridad de la creación.*

III. EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN

8. La teología, la filosofía y la ciencia concuerdan en la visión de un universo armónico, o sea, un verdadero «cosmos», dotado de una integridad propia y de un equilibrio interno y dinámico. *Este orden debe ser respetado*: la humanidad está llamada a explorarlo y a descubrirlo con prudente cautela, así como a hacer uso de él salvaguardando su integridad.

   Por otra parte, la tierra es esencialmente *una herencia común, cuyos frutos deben ser para beneficio de todos.* «Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todo el género humano», ha afirmado el Concilio Vaticano II (Constitución pastoral *Gaudium et spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, 69). Esto tiene implicaciones directas para nuestro problema. Es injusto que pocos privilegiados sigan acumulando bienes superfluos, despilfarrando los recursos disponibles, cuando una gran multitud de personas vive en condiciones de miseria, en el más bajo nivel de supervivencia. Y es la misma dimensión dramática del desequilibrio ecológico la que nos enseña ahora cómo la avidez y el egoísmo, individual y colectivo, son contrarios al orden de la creación, que implica también la mutua interdependencia.
9. Los conceptos de orden del universo y de herencia común ponen de relieve la necesidad de *un sistema de gestión de los recursos de la tierra, mejor coordinado a nivel internacional.* Las dimensiones de los problemas ambientales sobrepasan en muchos casos las fronteras de cada Estado. Su solución, pues, no puede hallarse

sólo a nivel nacional. Recientemente se han dado algunos pasos prometedores hacia esta deseada acción internacional, pero los instrumentos y los organismos existentes son todavía inadecuados para el desarrollo de un plan coordinado de intervención. Obstáculos políticos, formas de nacionalismo exagerado e intereses económicos —por mencionar sólo algunos factores—, frenan o incluso impiden la cooperación internacional y la adopción de iniciativas eficaces a largo plazo.

La mencionada necesidad de una acción concertada a nivel internacional no comporta ciertamente *una disminución de la responsabilidad de cada Estado.* Estos, en efecto, no sólo deben aplicar las normas aprobadas junto con las autoridades de otros Estados, sino favorecer también internamente un adecuado orden socio-económico, atendiendo particularmente a los sectores más vulnerables de la sociedad. Corresponde a cada Estado, en el ámbito del propio territorio, la función de prevenir el deterioro de la atmósfera y de la biosfera, controlando atentamente, entre otras cosas, los efectos de los nuevos descubrimientos tecnológicos o científicos, y ofreciendo a los propios ciudadanos la garantía de no verse expuestos a agentes contaminantes o a residuos tóxicos. Hoy se habla cada vez con mayor insistencia del *derecho a un ambiente seguro*, como un derecho que debería incluirse en la Carta de derechos del hombre puesta al día.

IV. URGENCIA DE UNA NUEVA SOLIDARIDAD

10. La crisis ecológica pone en evidencia *la urgente necesidad moral de una nueva solidaridad*, especialmente en las relaciones entre los países en vías de desarrollo y los países altamente industrializados. Los Estados deben mostrarse cada vez más solidarios y complementarios entre sí en promover el desarrollo de un ambiente natural y social pacífico y saludable. No se puede pedir, por ejemplo, a los países recientemente industrializados que apliquen a sus incipientes industrias ciertas normas ambientales restrictivas si los Estados industrializados no se las aplican primero a sí mismos. Por su parte, los países en vías de industrialización no pueden moralmente repetir los errores cometidos por otros países en el pasado, continuando el deterioro del ambiente con productos contaminantes, deforestación excesiva o explotación ilimitada de los recursos que se agotan. En este mismo contexto es urgente encontrar una solución al problema del tratamiento y eliminación de los residuos tóxicos.

Sin embargo, ningún plan, ninguna organización podrá llevar a cabo los cambios apuntados si los responsables de las naciones de todo el mundo no se convencen firmemente de la absoluta necesidad de esta nueva solidaridad que la crisis ecológica requiere y que es esencial para la paz. *Esta exigencia ofrecerá ocasiones propicias para consolidar las relaciones pacíficas entre los Estados.*

11. Es preciso añadir también que no se logrará el justo equilibrio ecológico si no se *afrontan directamente las formas estructurales de pobreza* existentes en el mundo. Por ejemplo, en muchos países la pobreza rural y la distribución de la tierra han llevado a una agricultura de mera subsistencia así como al empobrecimiento de los terrenos. Cuando la tierra ya no produce, muchos campesinos se mudan a otras zonas —incrementando con frecuencia el proceso de deforestación incontrolada— o bien se establecen en centros urbanos que carecen de estructuras y servicios. Además, algunos países con una fuerte deuda están destruyendo su patrimonio natural ocasionando irremediables desequilibrios ecológicos, con tal de obtener nuevos productos de exportación. No obstante, frente a tales situaciones sería un modo inaceptable de valorar la responsabilidad acusar solamente a los pobres por las consecuencias ambientales negativas provocadas por ellos. Es necesario más bien ayudar a los pobres —a quienes la tierra ha sido confiada como a todos los demás— a superar su pobreza y esto exige una decidida reforma de las estructuras y nuevos esquemas en las relaciones entre los Estados y los pueblos.

12. Pero existe otro peligro que nos amenaza: *la guerra*. La ciencia moderna tiene ya, por desgracia, la capacidad de modificar el ambiente con fines hostiles, y esta manipulación podría tener a largo plazo efectos imprevisibles y más graves aún. A pesar de que determinados acuerdos internacionales prohíban la guerra química, bacteriológica y biológica, de hecho en los laboratorios se sigue investigando para el desarrollo de nuevas armas ofensivas, capaces de alterar los equilibrios naturales.

    Hoy cualquier forma de guerra a escala mundial causaría daños ecológicos incalculables. Pero incluso las guerras locales o regionales, por limitadas que sean, no sólo destruyen las vidas humanas y las estructuras de la sociedad, sino que dañan la tierra, destruyendo las cosechas y la vegetación, envenenando los terrenos y las aguas. Los supervivientes de estas guerras se encuentran obligados a iniciar una nueva vida en condiciones naturales muy difíciles, lo cual crea a su vez situaciones de grave malestar social, con consecuencias negativas incluso a nivel ambiental.

13. La sociedad actual no hallará una solución al problema ecológico si no *revisa seriamente su estilo de vida*. En muchas partes del mundo esta misma sociedad se inclina al hedonismo y al consumismo, pero permanece indiferente a los daños que éstos causan. Como ya he señalado, la gravedad de la situación ecológica demuestra cuán profunda es la crisis moral del hombre. Si falta el sentido del valor de la persona y de la vida humana, aumenta el desinterés por los demás y por la tierra. La austeridad, la templanza, la autodisciplina y el espíritu de sacrificio deben conformar la vida de cada día a fin de que la mayoría no tenga que sufrir las consecuencias negativas de la negligencia de unos pocos.

    Hay pues una urgente necesidad de *educar en la responsabilidad ecológica*: responsabilidad con nosotros mismos y con los demás, responsabilidad con el ambiente. Es una educación que no puede basarse simplemente en el sentimiento

o en una veleidad indefinida. Su fin no debe ser ideológico ni político, y su planteamiento no puede fundamentarse en el rechazo del mundo moderno o en el deseo vago de un retorno al «paraíso perdido». La verdadera educación de la responsabilidad conlleva una conversión auténtica en la manera de pensar y en el comportamiento. A este respecto, las Iglesias y las demás Instituciones religiosas, los Organismos gubernamentales, más aún, todos los miembros de la sociedad tienen un cometido preciso que desarrollar. La primera educadora, de todos modos, es la familia, en la que el niño aprende a respetar al prójimo y amar la naturaleza.

14. *No se debe descuidar tampoco el valor estético de la creación.* El contacto con la naturaleza es de por sí profundamente regenerador, así como la contemplación de su esplendor de paz y serenidad. La Biblia habla a menudo de la bondad y de la belleza de la creación, llamada a dar gloria a Dios (cfr., por ejemplo, *Gén* 1, 4 ss.; *Sal.* 8, 2; 104, 1 ss..; *Sab.* 13, 3-5; *Ecl.* 39, 16. 33; 43, 1. 9). Quizás más difícil, pero no menos intensa, puede ser la contemplación de las obras del ingenio humano. También las ciudades pueden tener una belleza particular, que debe impulsar a las personas a tutelar el ambiente de su alrededor. Una buena planificación urbana es un aspecto importante de la protección ambiental, y el respeto por las características morfológicas de la tierra es un requisito indispensable para cada instalación ecológicamente correcta. Por último, no debe descuidarse la relación que hay entre una adecuada educación estética y la preservación de un ambiente sano.

V. LA CUESTIÓN ECOLÓGICA: UNA RESPONSABILIDAD DE TODOS

15. Hoy la cuestión ecológica ha tomado tales dimensiones que implica la *responsabilidad de todos*. Los verdaderos aspectos de la misma, que he ilustrado, indican la necesidad de esfuerzos concordados, a fin de establecer los respectivos deberes y los compromisos de cada uno: de los pueblos, de los Estados y de la Comunidad internacional. Esto no sólo coincide con los esfuerzos por construir la verdadera paz, sino que objetivamente los confirma y los afianza. Incluyendo la cuestión ecológica en el más amplio contexto de la *causa de la paz* en la sociedad humana, uno se da cuenta mejor de cuán importante es prestar atención a lo que nos revelan la tierra y la atmósfera: en el universo existe un orden que debe respetarse; la persona humana, dotada de la posibilidad de libre elección, tiene una grave responsabilidad en la conservación de este orden, incluso con miras al bienestar de las futuras generaciones. *La crisis ecológica* —repito una vez más— *es un problema moral.*

Incluso los hombres y las mujeres que no tienen particulares convicciones religiosas, por el sentido de sus propias responsabilidades ante el bien común, reconocen su deber de contribuir al saneamiento del ambiente. Con mayor razón aún, los que creen en Dios creador, y, por tanto, están convencidos de que en el mundo existe

un orden bien definido y orientado a un fin, deben sentirse llamados a interesarse por este problema. Los cristianos, en particular, descubren que su cometido dentro de la creación, así como sus deberes con la naturaleza y el Creador forman parte de su fe. Ellos, por tanto, son conscientes del amplio campo de cooperación ecuménica e interreligiosa que se abre a sus ojos.

16. Al final de este Mensaje deseo dirigirme directamente a mis hermanos y hermanas de la Iglesia católica para recordarles la importante obligación de cuidar de toda la creación. El compromiso del creyente por un ambiente sano nace directamente de su fe en Dios creador, de la valoración de los efectos del pecado original y de los pecados personales, así como de la certeza de haber sido redimido por Cristo. El respeto por la vida y por la dignidad de la persona humana incluye también el respeto y el cuidado de la creación, que está llamada a unirse al hombre para glorificar a Dios (cfr. *Sal.* 148 y 96).

San Francisco de Asís, al que he proclamado Patrono celestial de los ecologistas en el año 1979 (cfr. Carta Apostólica *Inter sanctos*: AAS 71 (1979), 1509 s.), ofrece a los cristianos el ejemplo de un respeto auténtico y pleno por la integridad de la creación. Amigo de los pobres, amado por las criaturas de Dios, invitó a todos —animales, plantas, fuerzas naturales, incluso al hermano Sol y a la hermana Luna— a honrar y alabar al Señor. El pobre de Asís nos da testimonio de que estando en paz con Dios podemos dedicarnos mejor a construir la paz con toda la creación, la cual es inseparable de la paz entre los pueblos.

Deseo que su inspiración nos ayude a conservar siempre vivo el sentido de la «fraternidad» con todas las cosas —creadas buenas y bellas por Dios Todopoderoso— y nos recuerde el grave deber de respetarlas y custodiarlas con particular cuidado, en el ámbito de la más amplia y más alta fraternidad humana.

Vaticano, 8 de diciembre de 1989.

Joannes Paulus pp II

Declaración Universal de los Derechos del Animal (15 de octubre de 1978)

Texto definitivo de la Declaración Universal de los Derechos del Animal, aprobado por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales afiliadas después de la 3ª Reunión sobre los Derechos del Animal, celebrada en Londres del 21 al 27 de septiembre de 1977.

Esta declaración fue proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y por las personas físicas que se asocien a ellas, fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

PREÁMBULO

- Considerando que todos los animales poseen derechos,
- Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de estos derechos han llevado y llevan al hombre a cometer atentados contra la naturaleza y contra los animales,
- Considerando que el reconocimiento por la especie humana del derecho a la existencia otras especies animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies de todo el mundo,
- Considerando que los genocidios son perpetrados por el hombre y amenazan con seguir produciéndose,
- Considerando que el respeto a los animales por el hombre es vinculante al propio respeto entre los hombres,
- Considerando que la educación ha de proporcionar en la infancia la observación, comprensión, respeto y afecto con respecto a los animales.

SE PROCLAMA LO SIGUIENTE

Artículo 1

Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia.

Artículo 2

a) Todo animal tiene derecho al respeto.

b) El hombre, en tanto que es especie animal, no puede atribuirse al derecho de exterminar a los otros animales o de explotarlos violando ese derecho. Tiene obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales.

c) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección de parte del hombre.

Artículo 3

a) Ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles.

b) Si es necesario la muerte de un animal, esta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia.

Artículo 4

a) Todo animal perteneciente a una especia salvaje tiene derecho a vivir, a ser libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo, acuático y a reproducirse.

b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho.

Artículo 5

a) Todo animal perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el contorno del hombre tiene derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias a su especie.

b) Toda modificación de dicho ritmo o dichas condiciones que fueran impuestas por el hombre con fines mercantiles es contraria a dicho derecho.

Artículo 6

a) Todo animal que el hombre ha escogido como compañero tiene derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural.

b) El abandono de un animal es un acto cruel y degradante.

Artículo 7

Todo animal de carga tiene derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad del trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.

Artículo 8

a) La experimentación animal que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal, tanto si se trata de experimentaciones médicas, científicas y comerciales como toda otra forma de experimentación.

b) Las técnicas de alternativas deben ser utilizadas y desarrolladas.

Artículo 9

Cuando un animal es criado para la alimentación debe ser nutrido instalado y transportado, así como sacrificado, sin que resulte para el animal motivo de ansiedad o dolor.

Artículo 10

a) Ningún animal debe ser explotado para esparcimiento o diversión del hombre.

b) Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de animales son compatibles con la dignidad del animal.

Artículo 11

Todo acto que implique la muerte de un gran número de animales salvajes es un genocidio, es decir un crimen contra la especie.

Artículo 12

La contaminación y la destrucción del ambiente natural conducen a genocidio.

Artículo 13

a) Un animal muerto debe ser tratado con respeto.

b) Las escenas de violencias en las cuales los animales son víctimas deben ser prohibidas en el cine y en la televisión, salvo si ellas tienen como fin el dar muestra de los atentados contra los derechos del animal.

Artículo 14

a) Los organismos de protección y salvaguarda de los animales deben ser representados a nivel gubernamental.

b) Los derechos del animal deben ser defendidos por la Ley, como lo son los derechos del hombre.

De los autores

De los autores

En estricto orden alfabético

Susana Bokobo Moiche

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), en 1996. Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Directora del Curso Práctico de Derecho Ambiental UAM/ Comisión Europea. Miembro del Consejo del departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Facultad de Derecho de la UAM. Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Financiero y Tributario. Ha participado en diversos trabajos colectivos como el Manual Práctico de Legislación Ambiental (Ed. Praxis, 1998). Entre sus artículos recientes cuenta con «Aplicación del IVA a determinadas operaciones efectuadas por las entidades que gestionan los sistemas integrados de gestión de envases usados y residuos de envases y por otros agentes económicos». (Noticias Ambientales).

Elar Bolaños Ramírez

Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la PUCP. En la actualidad ejerce su profesión como Director Ejecutivo de Normas Ambientales para la Salud del Instituto Nacional de Protección del Medio Ambiente para la Salud (INAPMAS). Miembro fundador de la Asociación para el Desarrollo Sostenible (ADESSE), en la que se encuentra a cargo del Area de Proyectos en Política y Normativa Ambiental.

Carlos Caro Coria

Nació en Lima, el año 1970. Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (1987-1993). Se tituló de Abogado el año 1994 con la tesis «La descriminalización de las infracciones delictivas ambientales» 2 ts. Obteniendo la máxima calificación (sobresaliente). Realizó estudios en la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP (1995). Becario Mutis de la Agencia Española de Cooperación Internacional (1995-1998). Estudios doctorales de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca-España (1995-1997). Curso de Postgrado de la Universidad de Salamanca con especialización en Derecho Constitucional (1997). Estancia de Investigación en el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafecht, de Freiburg im Bresigau-Alemania (1997).

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (1998), con tesis de Derecho penal calificada con la máxima mención «Apto Cum Laude» por unanimidad y reconocida con premio extraordinario (1988). Profesor de Derecho Penal en la

PUCP desde 1995, en la Academia de la Magistratura desde e1998 y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas desde 1999.Profesor visitante en la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (1998-1999). Ha publicado una treintena de artículos de Derecho Penal y dos libros, La Protección Penal del Ambiente (Lima, BM&U, 1995) U y recientemente el libro Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación (Lima, 1999). Abogado miembro del Estudio Benites, Mercado & Ugaz.

Pierre Claudio Foy Valencia

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializado en Derecho Ambiental. Egresado de la Maestría de Derecho de la PUCP, con mención en Derecho Constitucional. Estudios de Maestría en Derecho Ambiental (Universidad del País Vasco). Catedrático de Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho y de Humanidades de la PUCP y de los cursos de especialización sobre legislación y calidad ambiental. Miembro y responsable en Derecho Ambiental del Instituto de Estudios Ambientales de la PUCP (IDEA-PUCP). Catedrático en la Universidad Particular San Martín de Porres y en la Universidad Nacional Agraria (UNA), en Derecho y Legislación Ambiental (Cursos de Postgrado en la Maestría de Ciencias Ambientales y el Programa de Especialización de Gestión de la Calidad Ambiental, PEGA, así como en la Facultad de Ingeniería Ambiental. Profesor de dicha materia en curso de Postgrado en la Universidad Particular Cayetano Heredia. Ha sido docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima (Derecho Penal y Criminología).

Asesor, consultor e investigador en temas de derecho ambiental y conexos. Ha publicado y editado diversos trabajos y artículos en su especialidad, tales como «En busca del Derecho Ambiental (I)» en la obra colectiva Derecho y Ambiente: Aproximaciones y Estimativas (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e IDEA-PUCP, Lima, 1997); «Consideraciones ambientales sobre el área de conflicto entre Perú y Ecuador», en la obra colectiva Perú Ecuador: entre la guerra y la paz (Desco, Lima, 1998); Prólogo y Edición al libro de Germán Vera Esquivel «Negociando Nuestro Futuro Común. El derecho internacional y el medio ambiente en el umbral del nuevo milenio» (FCE-IDEA PUCP, 1998). Introducción («Camino a la Agenda 21»), Presentación y Edición de la Agenda 21 (IDEA PUCP, 1997). De próxima aparición la obra individual Ambiente y Recursos Naturales: Comentarios a la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. En elaboración Manual de Legislación Ambiental Peruana.

Gisella Zulema La Torre Ugarte

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1986). Ha realizado diversos trabajos de investigación en el área de género, derechos humanos

y medio ambiente. Desempeñó el cargo de Asistente Legal en PROTERRA, participando asimismo en el Proyecto «Defensa y Capacitación Legal Ambiental» y en el Proyecto «Manejo Integrado de Cuencas». Actualmente se desempeña como Especialista en Derecho en la Dirección General de Telecomunicaciones, en el Proyecto «Control del Espectro Radioeléctrico» dirigido al uso eficiente de dicho recurso natural, del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Demetrio Loperena Rota

Doctor en Derecho de nacionalidad española. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco. Director —conjuntamente con D. Ramón Martín Mateo— del Master a distancia interactiva en Derecho Ambiental (MIDA) promovido por la Universidad del País Vasco,. Autor de diversos trabajos sobre Derecho ambiental, entre los que destaca Los principios del Derecho Ambiental (1998), El Derecho al medio ambiente adecuado (1996), Balance de la Conferencia de Río sobre medio ambiente y desarrollo (1993), entre otros.

Monika Ludescher

Doctora en Derecho por la Universidad de Innsbruck, Austria. Postgrado (Diploma) en la Academia Diplomática de Viena. Participó en programas de asistencia legal y titulación de tierras de Comunidades Nativas en instituciones peruanas (SEPAS, ACOTEPA), en convenio con las Direcciones Regionales del Ministerio de Agricultura de Junín y Ucayali. Actualmente realiza una investigación en derecho público auspiciada por el Fonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung (FWF) y la Kommission für Entwicklungsfragen bei der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, de Viena (Austria). Tiene publicaciones sobre derecho agrario, de recursos naturales y pueblos indígenas.

Iván Ormachea Choque

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Relaciones Internacionales con especialización en Resolución de Conflictos en la Universidad de Syracuse, Nueva York (1994-1995). Ha seguido estudios de especialización en Resolución de Conflictos en la Universidad de Oslo, Noruega; la Universidad de Uppsala, Suecia; y la Universidad de Naciones Unidas y Pontificia Universidad Javeriana de Colombia Ha seguido cursos y talleres de capacitación en negociación y mediación en temas sobre conflictos étnicos, comunitarios, interpersonales, organizacionales y de divorcio.

Actualmente es Profesor de pregrado y postgrado del curso Teoría de la Negociación en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor Visitante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura para el dictado de los cursos Medios Alternativos de Resolución

de Conflictos, y Mediación y Conciliación. Ha llevado a cabo cursos de capacitación en negociación, conciliación y resolución de conflictos con ejecutivos de empresas, magistrados, operadores jurídicos, promotores de ONGs, dirigentes comunales, representantes de poblaciones culturalmente diferenciadas, estudiantes y público en general dentro como fuera del país.

Es autor de los libros *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial* y *Retos y Posibilidades de la Conciliación en el Perú: Primer Estudio Cualitativo*. Tiene varias publicaciones sobre estas materias y actualmente se desempeña como Consultor en Resolución de Conflictos, Negociación y Conciliación y Director del Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación (IPRECON). A su vez realiza consultorías para instituciones privadas como gubernamentales.

Germán Núñez Palomino

Nació en el Callao, Perú en 1956. Cursó Derecho y Educación en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Maestría en Leyes en la Universidad de Tulane, en Estados Unidos. Obtuvo el Doctorado en Derecho por la Universidad Agraria de Wageningen (Holanda), en donde estudió en el Departamento de Derecho Agraria. Es autor de numerosos artículos sobre Derecho Agrario, Historia Legal, Educación y de libros como Pensamiento Político Peruano Siglo XX, Derecho y Comunidades Campesinas, entre otros. Actualmente es profesor universitario y se desempeña como Notario Público del Distrito de la Perla, Callao.

Antonio Peña Jumpa

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene estudios de postgrado en antropología por la misma Universidad y del Refugee Studies Programme de la Universidad de Oxford, Inglaterra sobre migración forzada y del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España. Es asesor y consultor, en materias legales y multidisciplinarias, de instituciones públicas y privadas, y profesor de los cursos de Proyección Social de Derecho (PROSODE), Sociología del Derecho e Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la PUCP, habiendo tenido a su cargo la dirección de Proyección Social de Derecho en dicha Facultad.

Luis Ramírez Daza

Abogado por la UNMSM, Graduado del Programa (CEI) Graduate Institute of International Studies (1993-95) y (CEI) del Institut Universitaire des Etudes du Devéloppement (1995-96) de Ginebra, Suiza. Egresado del Programa (DES) Universidad de Ginebra con mención en Derecho Internacional Económico. Se ha desempeñado como attaché por la Misión de Honduras ante la Organización Mundial de Comercio durante el periodo 1994-96. Abogado en ejercicio y consultor.

Manuel Ruiz Müller

Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desde 1993 trabaja en el Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Se ha especializado en materia de diversidad biológica y ha sido consultor y asesor de instituciones nacionales y extranjeras y ha participado como conferencista en diversas reuniones internacionales sobre el tema en Ecuador, Chile, Suiza, Inglaterra, Indonesia, India, Sud Africa entre otros países. En 1998 fue becado por el Jardín Botánico de Kew en Londres para realizar una investigación en materia de diversidad biológica y repatriación de información.

Carlos Antonio Martín Soria Dall'Orso

Nació en Lima el año 1964. Bachiller en Derecho (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989), Abogado (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998), Maestro en Ciencias Sociales con mención en Estudios Amazónicos (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Sede Ecuador, 1993), candidato a Ph. D. en Estudios Latinoamericanos con mención en Políticas Ambientales (The Flinders University of South Australia, 2000).

Ha trabajado como consultor en políticas ambientales en Perú y Ecuador (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental 1988-91, Tratado de Cooperación Amazónica 1992, GTZ-KfW 1992-93, Comisión Ecuatoriana de Derecho y Ecología 1993). En Perú fue miembro de la Comisión Técnica del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del Perú (Lima, 1990) y asesor de la Comisión de Amazonía, Ecología y Medio Ambiente del Senado de la República del Perú (Lima, 1990). En Ecuador fue asesor de la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica - COICA (Quito, 1993). Ha realizado investigación en Australia, Chile, Ecuador, Estados Unidos de Norteamérica y Perú. Le interesan temas de política y derecho ambiental, derecho indígena, sociología del derecho y desarrollo. Actualmente se desempeña como Oficial de Política Ambiental del World Wildlife Fund (WWF), Oficina del Programa Perú.

Walter Valdez Muñoz

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico. Actualmente se desempeña como Director Técnico de PROTERRA y coordinador del Proyecto «Defensa y Capacitación Legal Ambiental». Ha ejercido la Vice-Presidencia de la Comisión de Estudio de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de Lima. Asimismo es miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza - UICN, y Fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental. Actualmente es Profesor Asociado del Programa de Post-Grado en Gestión Ambiental y Desa-

rrollo del Centro de Estudios Regionales Andino - CERA «Bartolomé de las Casas». Ha publicado libros y numerosos artículos especializados de Derecho Ambiental.

Talía Vela Vargas

Nació en Lima el año 1970. Bachiller en Derecho el año 1994 por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Se graduó de Abogado el año 1997 en la PUCP, con la Tesis «El problema de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos en el Convenio de Basilea y su aplicación en el Perú». Master in Arts (Development Studies) (1998), Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Lima, Perú Asistente Legal, Proterra, Lima, Perú (1992-1996). Becaria, de la Oficina Regional para América del Sur de la UICN Unión Mundial para la Naturaleza, Quito, Ecuador, 1994. Asesora Técnica, Presidencia de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República del Perú (1996-1997). Ha participado en seminarios, cursos y eventos relacionados con los temas de Derecho ambiental y desarrollo en el Perú fuera del país desde 1991.

Germán Vera Esquivel

Abogado (PUCP). Licenciado en Relaciones Internacionales (Academia Diplomática del Perú). Abogado (PUCP). Máster en Derecho Internacional (The University of Hull, Inglaterra). Candidato Doctoral (The University of Rotterdam, The Netherlands). Diplomático de Carrera. Representante Alterno Del Perú ante la Comisión Preparatoria de la Organización para la Prohibición de Armas Químicas. Como Segundo Secretario ha estado en la Embajada del Perú en los Países Bajos. Ha obtenido los premios «Academia Diplomática del Perú» y «Ministerio de Relaciones Exteriores» (1991). Ha participado como ponente invitado en la Escuela de Administración de Negocios de la Universidad Erasmus de Rotterdam (Holanda), el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España) y la Maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP (Lima). Ha publicado el libro El Nuevo Derecho Internacional Del Medio Ambiente (Lima: Fundación Academia Diplomática, 1992), Amazonía a test case for international environmental Law. Hull: University of Hull, 1994 y Negociando Nuestro Futuro Común. El derecho internacional y el medio ambiente en el umbral del nuevo milenio (Fondo de Cultura Económica - IDEA).

La Facultad de Derecho es la unidad académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, destinada a proporcionar formación académica y profesional en la especialidad de Derecho.

Acorde con su tradición de asumir los desafíos de su tiempo, nuestra Facultad acoge con profundo interés la preocupación de vincular el Derecho con las cuestiones ambientales.

El Instituto de Estudios Ambientales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEA-PUCP) es la unidad dedicada a la investigación, capacitación y asesoramiento en temas de implicancia ambiental desde una perspectiva multidisciplinaria. Su objetivo es promover, apoyar y desarrollar acciones de capacitación ambiental dirigidas a distintos sectores sociales. Se busca contribuir con la formación académica de los alumnos y con los servicios de extensión universitaria a diferentes niveles: pregrado, grado, posgrado, actualización y perfeccionamiento profesional en temas ambientales y afines.

También desarrolla acciones de estudio e investigación a través de equipos interdisciplinarios, asesoría y prestaciones de servicios en temas ambientales, así como producción de material y documentación ambiental en general.

Para la realización de estos fines, el IDEA-PUCP cuenta con el concurso de destacadas profesionales con experiencia en problemas ambientales en las mencionadas áreas, así como con las facilidades de instrumentación y equipo propio.

Finalmente, en lo que respecta al Derecho ambiental, el IDEA-PUCP igualmente impulsa diversas acciones: investigación, asesoría en proyectos de normas jurídicas, publicaciones, apoyo en actividades interdisciplinarias, eventos, entre otras.



FOTO: CORTESÍA GRUPO PUCP