

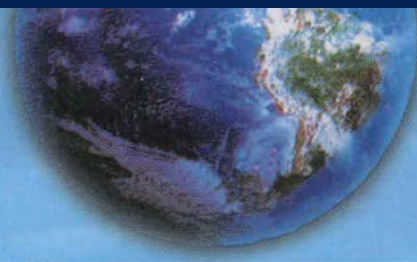
PIERRE FOY VALENCIA (EDITOR)

Fernando de Trazegnies • Pierre Foy • Guillermo Figallo
Eduardo Nieto • Alfredo Bullard y Yashmin Fonseca
Carlos Andaluz • Miguel Donayre • Jessica Morales
Walter Valdez • Luis Bramont-Arias T. y Carmen García C.
Juan Morales • Patricia Iturregui • Germán Vera • Pedro León

DERECHO y AMBIENTE

*Aproximaciones
y estimativas*

Capítulo 12



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO FONDO EDITORIAL 1997



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

DERECHO Y AMBIENTE

Aproximaciones
y estimativas

Primera edición: mayo de 1997

Cubierta: AVA diseños
Cuidado de la edición: Antonio Luya Cierzo
Diagramación: Yoryina León Mejía

Derecho y ambiente. Aproximaciones y estimativas

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel. Apartado 1761, Lima 100, Perú.
Teléf. 462-6390, 462-2540, anexo 220

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

Derechos reservados
ISBN 9972-42-059-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Principios de Derecho ambiental internacional y legislación nacional: apuntes para un debate

PATRICIA ITURREGUI BYRNE

Sumario

1. Principios de Derecho ambiental internacional. 1.1 El principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional. 1.2 El principio de acción preventiva. 1.3 Principio de buena vecindad y cooperación internacional. 1.4 Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas para la protección del ambiente. 1.5 Principio de precaución. 1.6 Principio contaminador-pagador. 1.7 Principio del desarrollo sostenible. 2. Gobernabilidad y reforma del Estado en América latina. 3. Principios que pueden ser integrados a las políticas nacionales. 3.1 El principio del desarrollo sostenible. 3.2 El principio de soberanía responsable. 3.3 El principio de acción preventiva. 3.4 El principio de buena vecindad y cooperación internacional. 3.5 El principio de precaución. 3.6 El principio contaminador-pagador. Reflexiones finales.

El hecho de que los tratados internacionales ratificados por un Estado formen parte de su legislación nacional, es de gran relevancia jurídica. Ello supone tareas concretas de armonización de los acuerdos internacionales con la legislación interna mediante la aprobación de reglamentos específicos y usualmente la activación de mecanismos institucionales nacionales, que en el caso de los tratados ambientales involucra cada vez más al sector privado en la elaboración de estrategias y planes de acción.

No cabe duda de que el creciente número de tratados internacionales ambientales suscritos por la comunidad internacional¹ han generado no sólo una mayor práctica de los Estados sino también el surgimiento y consolidación de principios jurídicos contenidos no sólo en la Declaración de Río, producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) realizada en Río (1992), sino en los tratados antes y después de la CNUMAD 92, como son el Protocolo de Montreal (1987) relativo a las sustancias que deterioran la capa de ozono, el tratado de Diversidad Biológica (1992), Cambios Climáticos (1992) y Desertificación y Sequía(1997).

El objeto del presente artículo es el de dar un pequeño paso en identificar algunos aspectos prácticos de la evolución de estos principios jurídicos internacionales, de tal manera que puedan ser considerados por las políticas legislativas nacionales para perfeccionar las leyes gene-

¹ Desde 1972 hasta 1993 se suscribieron 154 tratados ambientales (mundiales y regionales).

rales del ambiente, así como orientar la aplicación de los compromisos internacionales a nivel nacional y asistir su reglamentación concreta.

Es intención de este documento complementar el enfoque con información «extrajurídica» relativa a los instrumentos de control ambiental, los que no se han encontrado claramente presentes en las legislaciones ambientales de los países en desarrollo.

Para ello se hará:

1. Un breve resumen de los principios de Derecho ambiental internacional.
2. El problema de la gobernabilidad y reforma del Estado.
3. La indicación de qué principios pueden ser integrados a las políticas nacionales a partir del caso peruano.

Antes será necesario aclarar términos y mencionar la distinción teórica que vienen haciendo algunos internacionalistas ingleses² entre Derecho ambiental internacional y Derecho internacional del desarrollo sostenible.

Según Sands, el Derecho internacional para el desarrollo sostenible es más amplio que el Derecho ambiental internacional. Además de las consideraciones ambientales relativas a la protección de atmósfera, océanos, aguas y suelos, el objetivo de desarrollo sostenible incluye aspectos sociales y económicos. El Derecho ambiental internacional es parte del Derecho internacional para el desarrollo sostenible, como puede interpretarse de la Agenda 21 en sus numerales 39.1 y 39.2, así como del principio 27 de la Declaración de Río.

Recordando el informe de la Comisión Brundtland con su concepto de desarrollo sostenible: «desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades», Sands sostiene que la definición devino en un objetivo político mundial que dio origen a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo

² Como es el caso de Philippe SANDS en *Principles of International Environmental Law*, Manchester Press University, 1995, p. 13.

(CNUMAD 92) que sancionó un cuerpo de reglas y principios contenidos en la Agenda 21 que más bien corresponden al Derecho internacional del desarrollo sostenible, tal como se priorizó en el informe Brundtland:

- Modificar la calidad del crecimiento económico.
- Satisfacer las necesidades de trabajo, alimentación, energía, agua y saneamiento.
- Asegurar niveles adecuados de población.
- Conservar e incrementar el suministro de recursos.
- Reorientar la tecnología y manejar los riesgos.
- Integración del ambiente y la economía en las decisiones políticas.

Los cuarenta capítulos de la Agenda 21 se dedican a este tema y sólo catorce de ellos se dedican a cuestiones estrictamente «ambientales».

Hasta antes del Informe Brundtland, pues, el concepto de protección ambiental estaba ligado a la preservación de los recursos naturales, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y fauna y las muestras representativas de los ecosistemas naturales, en beneficio de las generaciones presente y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación.

Vale la pena hacer un análisis un poco más detenido de la doble implicancia del concepto de desarrollo sostenible desarrollado por HARDOY, MITLIN y SATTHERWAITE³ a partir de la mencionada definición del Informe Brundtland:

- a. El componente de sustentabilidad ecológica relativo al uso sostenible de los recursos naturales que significa la minimización del uso de los recursos no renovables y mantenimiento de la capacidad de asimilación del ambiente respecto de los desechos en general (gases de efecto invernadero, químicos persistentes, etc.), y
- b. La satisfacción de las necesidades básicas referida al cumplimiento

³ Ver p. 181 de *Environmental problems in Third World Cities*, Earthscan publications, Londres, 1992.

de las condiciones de acceso a un ambiente saludable, calidad de vida adecuada y participación en la política ambiental.

Si aceptamos la idea de que el Derecho ambiental internacional ha estado más bien centrado en la sustentabilidad ecológica antes que en la satisfacción de necesidades básicas (que fue preocupación de la Conferencia de Río), entonces es entendible el hecho de que los códigos y leyes ambientales de América latina anteriores a Río no incluyan el concepto de desarrollo sostenible. En reacción a ello, la OEA en su reunión especial de la Comisión de Medio Ambiente ha propuesto la inclusión del concepto de desarrollo sostenible en la agenda hemisférica ambiental y en las políticas nacionales ambientales⁴.

Siguiendo con esta distinción teórica, en setiembre de 1995 un grupo de expertos legales ha preparado para la Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas un informe de identificación de los principios de Derecho internacional para el desarrollo sostenible, el que comprende diecinueve principios⁵. Cabe mencionar que no se ha distinguido los principios sustentados en el Derecho consuetudinario internacional de los que no lo son.

Hace falta realizar un análisis teórico, que no es objeto de este artículo, respecto de la validez futura de realizar este fraccionamiento entre Derecho ambiental internacional y Derecho internacional para el desarrollo sostenible, no sólo desde la óptica de los países en desarrollo sino también del objeto mismo de la CNUMAD 92.

1 *Principios de Derecho ambiental internacional*

Phillipe SANDS⁶ –quien ha tratado de sistematizar con posterioridad a la

⁴ Falta la ardua tarea de compatibilizar los proyectos de la OEA, centrados en cuencas hidrográficas y turismo, hacia cuestiones socioeconómicas.

⁵ Ver «Report of the Expert Group Meeting on Identification of Principles of International Law for Sustainable Development», Geneva, Switzerland, setiembre de 1995, en GOPHER: //gopher.un.org:70/00/esc/cn17/1996/backgrnd/law.txt

⁶ *Principles of International Environmental Law*, Philippe SANDS, 1995, Manchester University Press.

CNUMAD de Río 92, desde el enfoque estrictamente ambiental, los principios del Derecho ambiental internacional— encuentra la existencia de siete principios. Estos principios, que tienen amplio apoyo —no universal en algunos casos— y práctica de los Estados, se desprenden de los tratados internacionales y otros documentos internacionales.

Estos principios son:

- 1.1. Principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional.
- 1.2. Principio de acción preventiva.
- 1.3. Principio de buena vecindad y cooperación internacional.
- 1.4. Principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.
- 1.5. Principio de precaución.
- 1.6. Principio contaminador-pagador.
- 1.7. Principio del desarrollo sostenible.

Según Sands, sólo dos de estos principios —el de soberanía responsable sobre recursos naturales y el de buena vecindad y cooperación internacional— forman parte del Derecho consuetudinario internacional y son susceptibles de originar una medida legal de reparación (a través del arbitraje internacional o acción judicial ante la Corte Internacional de Justicia)⁷.

1.1 El principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional

La Declaración de Estocolmo de 1972, producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, incorporó este principio como

⁷ Para constatar un enfoque distinto ver BIRNIE y BOYLE: *Int. Law and the environment*, 1993.

el pilar fundamental del Derecho ambiental, el que fue veinte años después reproducido en la Declaración de Río y al que se le agregó dos polémicas palabras en el principio 2:

«los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional».

La inclusión de esta pequeña variación fue objeto de una gran discrepancia entre los países desarrollados y los países en desarrollo. La visión de algunos países desarrollados fue que se había retrocedido respecto de los acuerdos de Estocolmo y que el Derecho ambiental internacional como rama independiente del Derecho internacional había sido cuestionado⁸.

El efecto práctico de reiterar el principio citado es que los derechos de soberanía acarrearán obligaciones irrevocables, tales como:

- La obligación de ejercer los derechos de soberanía sobre los recursos naturales para el interés del desarrollo nacional y el bienestar de la población.
- La obligación de cuidar el ambiente y tener el debido cuidado respecto del ambiente de otros Estados así como de las zonas fuera de la jurisdicción nacional.

La soberanía sobre los recursos naturales implica, pues, un ejercicio del derecho de forma ambientalmente responsable. Ello ha sido ratificado por tratados internacionales, como el Convenio de Basilea sobre movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su elimina-

⁸ Ver los enfoques discrepantes en los artículos de Marc PALLEMAERTS e Ileana PORRAS, en *Greening International Law*, pp. 1 a 35. Earthscan Publications, 1993. Editor P. Sands.

ción (1985), la Convención del Derecho del Mar (1982: arts. 192, 193 y 194), Diversidad Biológica (1992: art. 3) y la Convención Marco de Cambio Climático (1992: Preámbulo), incluso el Tratado de Cooperación Amazónica (1978: art. IV)⁹.

1.2 El principio de acción preventiva

El principio anterior se centra en el daño, antes que en la conducta del Estado para prevenir los daños; por ello este principio está muy relacionado al principio de soberanía responsable, aunque opera a nivel nacional. La obligación de prevenir daños al ambiente implica también el reducir, limitar y controlar las actividades que pueden causar daños al ambiente. Se trata de un principio clave en el Derecho ambiental, dado que la conservación del ambiente es más efectiva a través de medidas anticipadas para prevenir el daño, antes que de esfuerzos posteriores para la reparación del mismo. Puede ser imposible reparar el daño ambiental una vez que éste haya ocurrido, como es el caso de la extinción de especies. En cualquier caso, es mucho más oneroso reparar el daño ambiental que prevenirlo.

Este principio comprende en estricto políticas *nacionales* de prevención dentro de la propia jurisdicción. Ejemplos típicos de ello son los sistemas de evaluación de impacto ambiental y los controles directos sobre la contaminación, como son los estándares de emisión, y licencias ambientales. Lo encontramos en el principio 11 y 17 de la Declaración de Río y en muchos tratados internacionales, como son la Convención del Mar (1982, art. 194.1), la Convención de Bonn (art. III, 4b), la Convención de Viena sobre sustancias que agotan la capa de ozono (1985, art. 2.2b), Protocolo de Montreal (1987, Preámbulo), la Convención de Diversidad Biológica (art. 1) y la Convención de Cambio Climático (art. 2), entre otros.

⁹ El Código peruano (1990) en su art. 1, inc. 9, incluye este principio más la obligación del Estado de velar por que las actividades que se lleven a cabo en zonas donde no ejerce soberanía ni jurisdicción no afecten el equilibrio ecológico del país.

1.3 *Principio de buena vecindad y cooperación internacional*

Tal como se manifestaba en la Declaración de Estocolmo, los crecientes problemas ambientales requieren de la cooperación de las naciones. Por ello, el Preámbulo de la Declaración de Río reclama una nueva alianza mundial equitativa que cree nuevos niveles de cooperación no sólo entre los Estados, sino también entre los sectores claves de la sociedad.

El principio de buena vecindad (*sic utere tuo, ut alienum non laedas*) proviene del Derecho internacional y en materia ambiental es más que una declaración lírica. Dos principios se derivan de éste: la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación y el daño ambiental, y la obligación de cooperar en la mitigación de riesgos ambientales y emergencias¹⁰.

El requisito de consulta previa basada en una adecuada información tiene varios antecedentes internacionales, como es el caso de la Convención de Basilea (1985) y es una natural consecuencia del principio de utilización equitativa de los recursos compartidos.

1.4 *Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas para la protección del ambiente*

Este principio se deriva del principio de equidad en el Derecho internacional general, que, aplicado a las obligaciones ambientales, significa el reconocimiento explícito de que es apropiado asumir estándares diferentes, plazos de cumplimiento distintos y compromisos menos exigentes para los países en desarrollo. El principio 7 de la Declaración de Río establece que:

«Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial, para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del

¹⁰ Para una ampliación de estos principios ver *International Law and the Environment*, pp. 89 y ss., de Patricia BIRNIE y Alan E. BOYLE, Clarendon Press, Oxford, 1993.

medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.»

Lenguaje similar existe en el Tratado de Cambio Climático (1992, art. 3.1) –que, como se sabe, establece compromisos para los países desarrollados para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero para el año 2000 a los niveles existentes en 1990– y en la Convención de Diversidad Biológica (art. 20).

Más aún, los países en desarrollo no pueden ser exigidos al cumplimiento de sus compromisos internacionales en tratados específicos –Cambio Climático, Protocolo de Montreal y Diversidad Biológica– si es que los países desarrollados no cumplen con aportar los fondos necesarios para su cumplimiento.

1.5 *Principio de precaución*

El principio de precaución implica que la falta de certeza científica no constituye razón para posponer acciones dirigidas a evitar daños potencialmente serios o irreversibles al ambiente.

Obviamente, las medidas a ser consideradas dependen de la posibilidad de prevenir el daño y de qué tan grave puede ser éste. El principio como tal surge en 1987 a nivel internacional, con el Protocolo de Montreal (1987: Preámbulo) relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, aunque tiene antecedentes de legislación nacional en Alemania Occidental¹¹ y ¹².

¹¹ Ver SANDS, p. 208.

¹² El Protocolo menciona que las partes están «observando las medidas de precaución para la protección de la capa de ozono que se han venido realizando».

Este principio ha significado un cambio importante en la medida en que tratados más antiguos, como la Convención de París (1974) para la prevención de la contaminación marina por fuentes terrestres, permitían a las partes tomar medidas adicionales «si la evidencia científica ha establecido que un serio peligro ha sido creado en el área marítima por una sustancia y si una acción urgente es necesaria».

El principio en sí ha generado discrepancias respecto de su aplicación, ya que, por una parte, unos consideran que debe aplicarse para el caso de casos muy graves de amenaza al ambiente, como es el cambio climático o deterioro de la capa de ozono, y otros manifiestan su oposición rotunda por la posibilidad de sobreregular y limitar la actividad humana.

El hecho es que la formulación del principio no es idéntica en los siete tratados internacionales en que se ha incluido, siendo el Convenio de Diversidad Biológica (1992: Preambulo) y el de Cambio Climático (1992: art. 3.3) los dos convenios en los que se tratan asuntos de interés mundial y que se aplican a casi todas las actividades humanas. Asimismo, el Convenio de Washington (1995) sobre la pesca de peces transzonales y altamente migratorios incluye el enfoque precautorio para conservación y manejo de los recursos pesqueros. Nueva Zelandia invocó el principio de precaución en su sustentación ante la Corte Internacional de Justicia para revisar la decisión de Francia de reiniciar las pruebas nucleares en Mururoa.

Los más proclives a defender este principio han manifestado que ello significa invertir la carga de la prueba, no siendo necesario demostrar los peligros de la contaminación en un contexto de riesgo; por el contrario, se debe probar que las actividades a realizarse no constituyen peligro.

1.6 Principio contaminador-pagador

Hay coincidencia entre los tratadistas en que éste es un principio aún abierto a interpretación¹³ y que, sin negar sus implicancias para el

¹³ SANDS, p. 213, y BIRNIE y BOYLE, p. 109. Ver también en: *Memorias del Seminario*

desarrollo del Derecho internacional ambiental, como sostienen Birnie y Boyle, se trata más bien de un postulado de política económica antes que de un principio de Derecho.

El concepto fue introducido en 1972 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), no para hacer recaer sobre los responsables de la contaminación la obligación de cargar con el resarcimiento de los perjuicios provocados. Se refiere solamente a que los *costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen*, y así se asegure:

- que el ambiente se encuentra en estado aceptable, y
- que los costos de tales medidas se reflejen en el precio de los bienes y servicios que causan contaminación en la producción y en el consumo. Las medidas de incorporar costos ambientales no deben estar subsidiadas causando distorsiones al comercio internacional y la inversión.

Como señalan Birnie y Boyle, el objeto principal no es ambiental, sino económico: la eliminación de subsidios ocultos es parte necesaria del proceso de liberalización económica y libre comercio en los países industrializados.

El principio 16 de la Declaración de Río establece que:

«las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales».

De la redacción quedaría meridianamente claro que se asume el principio contaminador-pagador como criterio económico antes que

Nacional de Derecho Ambiental. CEPAL/F. Ebert, p. 23, el artículo de Rafael VALENZUELA: «Nociones acerca del principio "el que contamina paga"».

jurídico.

Es preciso indicar que el texto de Río es menos específico que algunos de la Unión Europea, y como la redacción sugiere, puede interpretarse como un asunto de *política nacional* antes que del Derecho internacional. En la legislación comparada se han establecido mecanismos de resarcimiento a través de seguros o establecimiento de fondos de garantía. Tal es el caso del superfondo de los Estados Unidos para residuos tóxicos, el fondo atmosférico de Japón y Holanda o los fondos de contaminación marina por hidrocarburos.

Por lo general, es difícil en muchos casos identificar a los causantes de daños ambientales. Algunas veces los daños se producen muchos años después de producidas las emisiones; en otros casos es difícil individualizar al causante, como en el caso de la contaminación atmosférica.

Considerando estos argumentos no es casual el hecho de que el reciente reporte del grupo de expertos que ha elaborado los principios jurídicos del Derecho internacional para el desarrollo sostenible haya omitido entre sus diecinueve principios el principio contaminador-pagador.

No puede dejar de mencionarse, sin embargo, la influencia del principio contaminador-pagador en tratados internacionales vinculados a responsabilidad civil por daños ambientales producidos por actividades riesgosas. Tal es el caso de las convenciones relativas a responsabilidad civil por daño nuclear, como son la Convención de París (1960) y la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963), actualmente obsoletas. Otro caso es el de la Convención de Bruselas (1971) para el establecimiento del fondo internacional para compensación por daños producidos por hidrocarburos.

1.7 Principio del desarrollo sostenible

Según Sands, el principio de desarrollo sostenible se encuentra presente a través de cuatro componentes en los acuerdos internacionales:

- La necesidad de preservar los recursos naturales para las generaciones futuras (principio de equidad intergeneracional).
- El objetivo de explotar los recursos naturales de manera sostenible (uso sostenible).
- El uso equitativo de recursos naturales que implica que un Estado debe tener en consideración las necesidades de otros Estados (uso equitativo o equidad intrageneracional).
- La necesidad de asegurar que las consideraciones ambientales estén integradas a los planes económicos, así como programas y proyectos en general (principio de la integración).

Los cuatro componentes están estrechamente entrelazados y muchas veces se usan combinadamente.

Cabe mencionar algunos vacíos en la Declaración de Río, cuya subsanación hubiera orientado mejor el actual desarrollo del Derecho ambiental internacional o Derecho internacional para el desarrollo sostenible. Además de las conocidas ausencias respecto de desechos radiactivos y peligrosos en general, la Declaración de Río no incorporó el principio de *no discriminación*, que implica el otorgar tratamiento igual a los efectos de actividades contaminantes ya sea a nivel doméstico o transfronterizo. Los causantes de contaminación transfronteriza deben estar sujetos a estándares legales no menos severos a los que se hubieran aplicado a nivel doméstico solamente. Este principio ha sido plenamente incorporado en el preámbulo de la Convención de Helsinki relativa a accidentes industriales (1992), que aún no ha entrado en vigor.

2 *Gobernabilidad y reforma del Estado en América Latina*

Antes de tocar el tema específico de cómo integrar los principios jurídicos a las legislaciones ambientales, es necesario señalar las limitaciones que los países en desarrollo tenemos respecto del cumplimiento no sólo de los compromisos internacionales suscritos, sino también de cumplir nuestras propias leyes internas.

Como Arnaldo José GABALDÓN dice: la Agenda 21 en sí misma supone Estados democráticos y modernos¹⁴, y la cuestión es: ¿están nuestros Estados interesados en hacer todos los cambios necesarios para la Agenda 21? ¿Hasta qué punto tales cambios presuponen cambios previos y profundos que califiquen a los gobiernos para ejecutar el desarrollo sostenible?

Gabalión enfatiza el hecho de que los Estados latinoamericanos no han sido diseñados para el desarrollo sostenible y que los problemas que están deteniendo las reformas se basan en razones políticas para mantener la actual relación entre Estado y sociedad.

En el comienzo de la década de los ochenta, en la medida en que los países en desarrollo tuvieron un movimiento hacia atrás en términos de crecimiento, el problema de gobernabilidad en los países en desarrollo devino en un asunto importante; era claro que cualquier inversión o préstamo sólo podía ser ejecutado según sus objetivos dentro de una apropiada base política.

A manera de ilustración, el Banco Mundial en un folleto establece que:

«... el Banco frecuentemente ha promovido que los prestatarios introduzcan nuevas leyes y reglamentos (por ejemplo, comercio y legislación para inversión), sin considerar nunca si el sistema legal en su conjunto era operativo y si las leyes podían ser implementadas efectivamente. Esta situación ha cambiado rápidamente en los años recientes. El trabajo del Banco en el manejo del sector público ha sido ampliado, del fortalecimiento de agencias relacionadas a proyectos, a la reforma del servicio civil y paraestatal; cambios similares también se están tomando ahora en otros aspectos de gobernabilidad y asuntos relacionados...»¹⁵.

Por ello, algunas importantes reformas han sido introducidas para

¹⁴ Arnaldo José GABALDÓN, enero 1994. *Desarrollo sostenible y reforma del Estado*. Caracas.

¹⁵ BANCO MUNDIAL, 1992. *Governance and Development*, p. 48.

hacer la administración pública eficiente para los programas de ajuste estructural y crecimiento económico. Dos instrumentos importantes fueron usados en los últimos años para ejecutarlo: la desregulación y la privatización.

A este punto debemos notar que la gobernabilidad tiene tres aspectos:

- La forma del régimen político.
- Los procesos por los cuales la autoridad se ejerce y la administración de los recursos económicos y sociales de un país.
- La capacidad de los gobiernos para diseñar, formular e implementar políticas y en general para desarrollar funciones de gobierno.

El Banco Mundial, centrándose en los dos últimos, considera cuatro dimensiones de la gobernabilidad:

- i. *Capacidad y eficiencia del sector público para manejar la economía y los servicios públicos*: significa el mejoramiento de la programación de la inversión pública, la reforma del servicio civil y paraestatal, la privatización, reestructuración y liquidación de empresas públicas según sea apropiado.
- ii. *Responsabilidad, en el sentido que los empleados públicos sean responsables por sus acciones*: ello implica claras delegaciones de autoridad, ejercicio confiado y discrecionalidad por parte de los subordinados, y castigo bajo la regla del derecho por abuso de autoridad.
- iii. *Predictibilidad y base legal apropiada*: significa reglas de juego suficientemente estables para los factores económicos que puedan evaluar los riesgos de la actividad económica. Para este propósito cinco elementos críticos deben ser considerados:
 - Legislación conocida con anticipación.
 - Legislación que realmente se aplique.
 - Mecanismos que aseguren la aplicación de la legislación.
 - Conflictos resueltos a través de decisiones obligatorias y con un Poder Judicial independiente.

- Procedimientos para modificar la legislación cuando ya no es útil para el propósito por el que fue dictada.
- iv. *La información es requerida para una economía de mercado competitiva*, con el objeto de establecer que los actores económicos tengan acceso a información relevante oportuna y periódica. La información tiene que funcionar en tres áreas: eficiencia económica, transparencia como medio de prevenir la corrupción, y la información en el análisis, articulación y aceptación de opciones de política.

Pero para otros, como BANURI y HOLMBERG, el significado de gobernabilidad «incluye no solamente la calidad y efectividad de las instituciones formales de gobierno, sino también las instituciones descentralizadas de autogobierno de las comunidades locales»¹⁶.

Para ello, los poderes del Estado tienen que ser redefinidos, estando el problema situado más allá de un conflicto entre el mercado y el Estado. Ellos creen que el Estado tiene que desempeñar un rol para facilitar, más que para intervenir o tener un rol de intervención directa:

«Tal cambio del rol del Estado puede llevar a éste a considerar y tratar otras instituciones sociales como sus asociados y así el invertir en la delegación de autoridad a ellos.»

Banuri y Holmberg creen que el interés primordial está en asegurar que los empleados públicos actúen en función del interés público. Sin embargo, la solución principal es que el gobierno local debe tener poderes de policía, para hacer decisiones económicas y sociales, para establecer tributación y para gastar. Estos poderes deben estar protegidos por arreglos cuasi constitucionales, o por disposiciones cuasi constitucionales.

Entonces, habría que concluir que gobernabilidad y reforma del

¹⁶ Tariq BANURI and Johan HOLMBERG. 1992. *Governance for sustainable development a southern perspective*. London IIED. (Traducción de la autora.)

Estado están estrechamente ligados. Nuestra Propia Agenda¹⁷ enfatiza cuatro obstáculos principales para el desarrollo sostenible en América latina y el Caribe:

- i. El autoritarismo y la incapacidad para interpretar las señales o símbolos emanados del cuerpo social.
- ii. Representación política inadecuada.
- iii. Ausencia de plenas garantías para un Estado de Derecho y fracaso en combatir la corrupción y otros delitos con mano firme.
- iv. Las carreras públicas no están profesionalizadas.
- v. No existen provisiones para formular o monitorear políticas de mediano y largo plazo.

Por ello, Nuestra Propia Agenda diseña una reforma del Estado de la siguiente manera:

- Mejoramiento de la calidad de la representación y participación ciudadana en el manejo ambiental.
- Descentralización territorial.
- Fortalecimiento del Estado constitucional.
- Profesionalización del servicio público.

Gabaldón está de acuerdo con esta propuesta y él agrega la promoción de la ciencia y la tecnología como otra prioridad objetiva para engrandecer las capacidades de América latina para el desarrollo sostenible.

Por todas estas razones, en América latina y el Caribe el objetivo del desarrollo sostenible y la reforma del Estado deben considerarse estrechamente ligados.

La reforma del Estado y el buen gobierno son temas complejos y las opiniones que ya hemos mostrado no toman en consideración de

¹⁷ COMISIÓN DE DESARROLLO Y MEDIO AMBIENTE DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, (1991), *Nuestra propia agenda sobre desarrollo y medio ambiente*, BID-PNUD-Fondo de Cultura Económica. México.

manera específica otros tres factores que también juegan un rol muy importante:

- i. El sector informal, como una expresión de pobreza, de la debilidad e inaplicabilidad de la ley.
- ii. La ausencia de planificación concertada.
- iii. La integración económica entre los Estados latinoamericanos y caribeños, como un instrumento de desarrollo.

La integración concebida para ejecutar estrategias comunes para el desarrollo tiene enormes ventajas, tales como la estabilidad macro-económica y reglas de juego comunes para el comercio internacional; pero, también, las posibilidades mayores de ejecutar una política ambiental única para la región, mejoramiento de la salud pública, abastecimiento de agua potable y energía, comunicaciones, educación e investigación. Es claro que los procesos de integración impactan en la estructura del Estado, ya que siempre requieren de una cierta redefinición de la soberanía de la región y de modificar la jerarquía de las normas.

Los mencionados problemas de gobernabilidad tendrán que ser, pues, seriamente considerados en la inclusión de los principios jurídicos de Derecho ambiental internacional mencionados en la primera parte de este trabajo, máxime si se trata, según la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, que para el año 2005 deberán concluirse las negociaciones del «Área de Libre Comercio de las Américas».

3 Principios que pueden ser integrados a las políticas nacionales

Los siete principios señalados en la primera parte de este artículo pueden ser plenamente incorporados a las legislaciones nacionales. A continuación se hará, por razones de espacio, sólo un breve análisis del caso peruano.

3.1 *El principio del desarrollo sostenible*

La Constitución de 1993 establece en su artículo 67 que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Los recursos naturales son patrimonio de la nación. El concepto de desarrollo sostenible, como tal, sólo está mencionado para la Amazonía en el artículo 69.

Está en la agenda parlamentaria la aprobación de una ley orgánica de recursos naturales que oriente la política de aprovechamiento de los recursos en general, aunque paralelamente existen propuestas de una nueva ley general de aguas y un proyecto de ley forestal. Ambas propuestas han generado polémica, siendo que algunos plantean que el proceso se vería facilitado por una ley general de recursos naturales.

La Amazonía no es objeto de una ley especial, aunque existen algunos anteproyectos y propuestas que están en proceso de maduración.

Por su parte, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (1990), si bien no menciona el desarrollo sostenible como tal, contiene un concepto semejante al de la Comisión Brundtland en su artículo 1.1, definiendo como política ambiental:

«la conservación del medio ambiente y los recursos naturales para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las presentes y futuras generaciones. El Estado promueve el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico, la conservación y el uso sostenido del ambiente y los recursos naturales»¹⁸.

Hace falta un análisis legal minucioso del régimen legal del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú, donde, para el caso de la pesca, la extracción de anchoveta y sardina —que han hecho del

¹⁸ Chile, en su ley de Bases del Medio Ambiente de 1994, define en su art. 2 el desarrollo sustentable como «el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras».

Perú el primer productor mundial de harina de pescado—, no existe pago al Estado por su captura. Al respecto, el Código peruano no pudo establecer reglas específicas dadas las circunstancias políticas en que se vinculaba el pago por la explotación de los recursos naturales con la polémica respecto de la descentralización y sus recursos económicos.

3.2 El principio de soberanía responsable

Ha sido incorporado en el artículo 1, inciso 9, del Código, aunque se podría incorporar en la legislación específica sobre pesca o aguas la obligación de ejercer los derechos de soberanía sobre los recursos en armonía con el desarrollo nacional y el bienestar de la población, así como obligar a los beneficiarios de recursos naturales a asumir el debido cuidado de respetar el ambiente de otros Estados así como las zonas fuera de la jurisdicción nacional.

3.3 El principio de acción preventiva

Según las técnicas del Derecho ambiental, los mecanismos de control ambiental más comunes son cuatro:

- Medidas preventivas (estándares, evaluación de impacto ambiental, restricciones y licencias).
- Medidas de implementación (vigilancia, monitoreo y reportes).
- Mecanismos económicos y de mercado.
- Medidas restitutivas o de remediación.

Obviamente, el cuarto mecanismo no está propiamente ubicado dentro de una acción preventiva.

La necesidad de contar con claros instrumentos de control directo (estándares, licencias y evaluación de impacto ambiental) ha sido plenamente incorporada por diversas disposiciones del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Sin embargo, en razón de que el Perú no contaba hasta hace unos meses con una autoridad

ambiental operativa, no existe un sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, aunque existen algunas exigencias aisladas por parte del sector Energía y Minas, Pesquería y, en menor medida, Transportes.

Por otra parte, el Código no propuso una estrategia para la aprobación de los demás mecanismos de control ambiental. El Código establece disposiciones generales que más bien se refieren a estándares de calidad¹⁹:

La ley marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (D. L.757-91) sí contiene políticas más específicas para todos los sectores productivos y establece que la autoridad sectorial competente (cada ministerio) tiene dos funciones:

- Determinación de las actividades que por su riesgo ambiental pudieran exceder los estándares tolerables de contaminación o deterioro del medio ambiente, que requerirán la elaboración de estudios de impacto ambiental previos al desarrollo de dichas actividades; y
- La aprobación de los límites permisibles, con implícita referencia a los estándares de emisión.

Estas normas han sido parcialmente modificadas por la ley de creación del Consejo Nacional del Ambiente (ley 26410), que establece como función del CONAM el establecer los criterios y patrones de calidad ambiental, siendo que la fijación de los límites permisibles también son aprobados por el CONAM en coordinación con los sectores. El CONAM está iniciando los estudios para un sistema nacional de control ambiental, incluyendo un sistema nacional de evaluación de impacto ambiental.

¹⁹ Por ejemplo, que las investigaciones científicas identificarán indicadores de calidad ambiental (art. 25), o que el ordenamiento ambiental deberá considerar la capacidad asimilativa del área (art. 7, inc. 6). La única referencia a estándares de emisión se encuentra en el art. 63 del Código, que fuera sustituido por el Dec. Leg. 708, art. 50. Éste se refiere específicamente a los desechos minero-metalúrgicos, donde se consideraban condiciones técnicamente aceptables los estándares internacionales establecidos por las Naciones Unidas, sin mayor precisión.

A consecuencia de una falta de medidas preventivas las medidas de implementación son bastante escasas, como son los protocolos de monitoreo de los efluentes y desechos en general (sólo para el caso de la actividad minera existen protocolos de monitoreo para los efluentes líquidos).

Respecto de los mecanismos económicos y de mercado, se trata de un tema a ser desarrollado y que sólo puede realizarse a partir de una integración real de política ambiental y decisiones para el desarrollo económico.

3.4 *El principio de buena vecindad y cooperación internacional*

El Perú ha participado activamente en los foros internacionales ratificando y suscribiendo importantes tratados internacionales vinculados a la protección ambiental, incluyendo seis tratados de carácter regional en el marco de la participación en la Comisión Permanente del Pacífico Sur. Cabe destacar el hecho de que el área del Pacífico sudeste es la única que integra países en desarrollo que cuenten con un tratado respecto de prevenir la contaminación de fuentes terrestres, como es el Protocolo de Quito de 1983. Ello ha servido de una importante base institucional para participar en las negociaciones del Plan Mundial de Washington (1995) para combatir la contaminación marina de fuentes terrestres. Hace falta, sin embargo, reglamentar a nivel nacional la reducción, control y eliminación de los contaminantes identificados²⁰.

Por otro lado, existe un plan nacional de contingencia para el caso de accidentes por derrame de hidrocarburos, según lo establecido por el Convenio para prevenir la contaminación por buques (MARPOL 73/78).

²⁰ Las sustancias a eliminar son: compuestos organohalogenados, organofosforados, compuestos orgánicos del estaño, mercurio y sus compuestos, cadmio y sus compuestos, aceites lubricantes usados, materiales sintéticos persistentes, sustancias cancerígenas, sustancias radiactivas, incluidos sus desechos.

3.5 *El principio de precaución*

Nuestra legislación no ha incorporado el principio referido a que la falta de certeza científica no constituye razón para posponer acciones dirigidas a evitar daños potencialmente serios o irreversibles al ambiente. Como se ha mencionado antes, este principio fue incorporado en la legislación alemana.

Asimismo, la legislación colombiana de 1993, en su artículo 1, inciso 6, ha adoptado el mencionado principio²¹.

La aplicación de este principio a nivel de una ley especial para prohibir, por ejemplo, la importación de desechos o sustancias peligrosas, sería absolutamente justificable.

3.6 *El principio contaminador-pagador*

Nuestro Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales ha establecido como lineamiento de política ambiental:

«efectuar las acciones de control de la contaminación ambiental, debiendo ser realizadas, principalmente, en las fuentes emisoras. Los costos de la prevención, vigilancia recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio» (art. 1, inc. 6).

Como puede verse, el Código adopta el principio contaminador pagador, con dos componentes:

- Los causantes de la contaminación deben pagar los costos de

²¹ El texto dice: «La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista el peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.»

prevención, vigilancia y control; y

- Éstos deben pagar la recuperación y compensación del deterioro ambiental.

Sin embargo, analizando estos componentes se presentan ciertas dificultades importantes. La prevención, vigilancia y control de la contaminación que debe ser costeadada por los causantes es contradicha por el artículo 24, que establece que «la vigilancia y control de las actividades que generen riesgo contra el ambiente serán financiadas *con los recursos que provea el Estado* para tal fin y con los que recaude por aplicación de sanciones la autoridad competente».

En tal sentido, sólo la política fiscalizadora sería la fuente de financiamiento y no como originalmente lo introdujo la OCDE, esto es, que los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen.

Respecto de las obligaciones compensatorias por daños ambientales, se requiere de un mayor desarrollo legislativo, regulando con más detalle la responsabilidad extracontractual. Se requiere suponer que «el que contamina paga» implica un sistema de responsabilidad objetiva, esto es, que no interesa la conducta del sujeto y que lo que importa es el daño producido, siendo el individuo siempre responsable.

Al respecto, nuestro Código Civil (1984) sólo ha reconocido de manera parcial la responsabilidad objetiva. La norma general es la responsabilidad subjetiva y sólo para el caso de actividades riesgosas que nuestra legislación no ha precisado no es necesario probar la culpabilidad del agente causante.

La ley colombiana (ley 99-93) ha incorporado el principio en términos económicos, esto es, la incorporación de los costos ambientales para la conservación de los recursos naturales²².

²² El texto del art. 1, inc. 7, es el siguiente: «El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables.»

Reflexiones finales

1. Los elementos constitutivos de una política nacional ambiental exitosa son:

- Decisión política del Estado para ejecutar una política ambiental expresada en lo siguiente: un plan nacional ambiental, marco jurídico ambiental, mecanismos de control ambiental, institucionalidad ambiental y recursos financieros.
- Conciencia ambiental ciudadana fruto de un proceso constante de información y participación directa en la gestión ambiental.
- Sistemas de contabilidad ambiental y económica integrados.
- Política de descentralización y acondicionamiento territorial definidos.

2. En el caso peruano, respecto de la decisión política del Estado contamos con lo siguiente:

El plan nacional ambiental está en proceso de elaboración: tenemos ya un marco jurídico general y hace falta la reglamentación de instrumentos de control ambiental; se cuenta desde hace unos meses con una autoridad ambiental operativa –como es el Consejo Nacional del Ambiente– y hace falta la habilitación de recursos financieros, para lo que se encuentra lista para el debate parlamentario una reestructuración del FONANPE.

En cuanto a la conciencia ambiental, queda un amplio camino a ser recorrido y que se relaciona estrechamente con el desarrollo de lo anterior.

Asimismo, se requiere sistemas de contabilidad ambiental, como de una política de descentralización más definida.

3. La legislación ambiental constituye sólo uno de los varios instrumentos de política y control ambiental. Otros instrumentos necesarios son los mecanismos de mercado, las políticas fiscales, la educación ambiental y los programas voluntarios de descontaminación.

4. Uno de los retos más importantes para hacer realidad los compromisos internacionales asumidos es contar con un sistema nacional de gestión ambiental que incorpore verdaderos instrumentos de control, expresados en los estándares, evaluación de impacto ambiental

y mecanismos económicos, así como programas de educación ambiental y programas voluntarios.

5. En el caso específico del control de la contaminación, la falta de estándares y mecanismos económicos parece ser un asunto de alta especialización técnica y científica; sin embargo, se trata de un asunto de alto contenido político: hasta dónde una autoridad ambiental puede exigir a las actividades económicas que modifiquen su tecnología y accedan a un proceso de descontaminación progresiva.

6. Modificar el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales no parece ser la tarea más importante en el caso peruano; se trata de poner en práctica un plan de acción ambiental de cuyos resultados habrá que realizar importantes modificaciones legales, entre ellas una ley orgánica de recursos naturales, y dentro del marco de ésta, regulación del acceso a los recursos genéticos, ley de aguas, ley forestal, la reglamentación necesaria para combatir la contaminación marina de fuentes terrestres, manejo de sustancias y desechos peligrosos, y una ley de acondicionamiento territorial.

7. Es necesario considerar a futuro en la legislación ambiental específica el hacer mención expresa al concepto de desarrollo sostenible, que incorpore no sólo los elementos de sustentabilidad ecológica, sino también la satisfacción de necesidades básicas, tal como lo propuso la Comisión Brundtland.