

APROXIMACIONES Y PERSPECTIVAS DE DERECHO AMBIENTAL



APROXIMACIONES Y PERSPECTIVAS DE DERECHO AMBIENTAL

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA

Somos una asociación civil sin fines de lucro que, desde su fundación en el año 1986, ha trabajado de manera ininterrumpida en la promoción de políticas y legislación ambiental en el Perú, trabajo que nos ha convertido en una de las organizaciones latinoamericanas, con fines educativos y científicos en materia ambiental, más reconocidas.

Promovemos y facilitamos la efectiva aplicación de políticas y normas ambientales, participando activamente en el diálogo técnico y político e interviniendo en defensa del interés ciudadano en casos singulares. Para apoyar la gestión pública y privada de los problemas ambientales, proponemos el uso de herramientas de planeamiento y gestión específicas e invertimos en programas de educación y capacitación, promoviendo la responsabilidad ambiental y social de las empresas y demás actores sociales, entre otros frentes de actuación vinculados a la articulación eficaz, en el día a día, de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: ambiental, económica y social.

Creemos en el proceso de descentralización y en el importante papel que tienen los gobiernos regionales y municipales en la búsqueda del desarrollo sostenible. Por ello, además de sus oficinas en Lima, la SPDA cuenta con dos oficinas descentralizadas en las regiones Loreto y Madre de Dios.

La SPDA forma parte de La Iniciativa de Acceso (The Access Initiative - TAI por sus siglas en inglés), coalición global de organizaciones de interés público que colaboran para incentivar a nivel nacional, la implementación de compromisos para acceder a la información, participación y justicia en la toma de decisiones ambientales.

Corrección de estilo: Giancarlo Peña Paredes y Roxana Villalba Garcés

Diseño e impresión: NEGRAPATA S.A.C.

Jr. Suecia 1470, Urb. San Rafael, Lima 01

Imágenes usadas bajo licencia de iStock

© **Sociedad Peruana de Derecho Ambiental**

Presidente: Jorge Caillaux

Director ejecutivo: Pedro Solano

Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima

Teléfono: (+511) 612-4700

www.spda.org.pe

www.actualidadambiental.pe

Primera edición, noviembre de 2018

Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-20100

ISBN: 978-612-4261-40-4

Impreso en Perú, febrero de 2019

PRESENTACIÓN

En las últimas décadas, el derecho ambiental se ha consolidado como una de las ciencias jurídicas con mayor avance e innovaciones debido a la relevancia y necesidad que ha tomado la estrecha relación entre el ambiente y de los recursos naturales y las tendencias económicas, sociales y productivas de un mundo globalizado en el que se busca la perpetuidad de la especie humana.

Debido a la compleja naturaleza del ambiente, pretender estudiar esta rama del derecho desde una perspectiva estricta no haría más que limitar su cabal entendimiento por lo que requiere de la intervención de múltiples disciplinas debido a la naturaleza de su estudio, todos relevantes dentro de su determinado campo de estudio o implicancias desde distintos enfoques.

Es a raíz de ello que la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA presenta el libro, “Aproximaciones y Perspectivas de Derecho Ambiental”, título que pretende aportar a dar respuesta a esta complejidad, puesto que como lo hemos mencionado, el estudio multidisciplinario del ambiente, las nociones que asumamos sobre lo que entendemos por ella siempre serán perfectibles y los aportes o aproximaciones que briden tratarán de velar de la mejor manera posible por nuestro ambiente.

Para ello, se parten desde perspectivas distintas elaboradas por diversos autores centradas en 3 grandes ejes, enfocándonos en primer lugar a las consideraciones esenciales del derecho ambiental; prosiguiendo con el tratamiento de los recursos naturales y su vínculo con el desarrollo; para finalmente tratar los instrumentos estratégicos en el derecho ambiental; todos ellos a partir de investigaciones independientes las unas de las otras, pero cuyos objetivos no hacen más que confluir en la protección del ambiente.

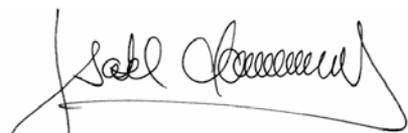
La primera sección, denominada “consideraciones esenciales del derecho ambiental”, desarrolla aspectos comunes para alcanzar la convivencia sostenible, temas trascendentales que exigen propuestas innovadoras, desde el tratamiento de residuos sólidos hasta la aplicación de la justicia ambiental como garante de los derechos ambientales. En esa línea, el Derecho hace uso de varios instrumentos para garantizar su eficacia, los cuales en determinados casos trascienden el ámbito nacional, como son los derechos de acceso, esto es, los derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales, quienes constituyen los ejes centrales del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, plasmado ahora con la adopción del Acuerdo de Escazú, I Acuerdo Regional vinculante que garantiza la aplicación de los derechos de acceso a la información, participación ciudadana y justicia en asuntos ambientales en Latinoamérica y el Caribe.

Estas consideraciones esenciales del derecho ambiental si bien nos permite resguardar y proteger nuestro entorno, no nos hace olvidar que, como toda sociedad, aspira a crecer y desarrollarse, pero ahora sin dejar de lado que nuestra evolución debe de ir de la mano con la sostenibilidad, asumiendo las externalidades negativas que generemos y respetando los derechos de quienes podrían verse afectados.

La segunda sección, denominada “recursos naturales y desarrollo”, amplía el tratamiento del desarrollo sostenible. Así, se enfoca en tratar la importancia que tienen los pueblos indígenas para la preservación de los recursos naturales y su derecho a la consulta previa; la utilidad de los recursos genéticos, la propiedad intelectual y el uso de los conocimientos tradicionales, de los que está demostrado, se encuentran íntimamente asociados a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad; así como de las iniciativas para la protección de diversas zonas de nuestros países, proponiendo alternativas destinadas a su conservación y protección debido a que por su naturaleza, tienen una significancia ambiental alta, ya que pueden generar contribuciones de diversos tipos, como es el caso de la implementación de una red de monumentos naturales en el Perú.

Finalmente, la aplicabilidad de todo lo mencionado anteriormente lo tratamos en la tercera sección, denominado “Instrumentos Estratégicos en el Derecho Ambiental”, que ejemplifica el uso de diversos mecanismos, sean estos técnicos, políticos o sociales, para lograr efectivizar lo que se encuentra plasmado en nuestros marcos normativos, como por ejemplo el uso de la fracturación hidráulica y la evaluación de su conveniencia o no, la delimitación del uso de los informes técnicos sustentatorios en el derecho ambiental, las consideraciones a tomar en cuenta para la consolidación de la descentralización en el ámbito de la gestión ambiental en nuestro país, o el fenómeno de las autonomías de las comunidades campesinas o nativas.

En buena cuenta, la presente publicación demuestra que el derecho ambiental no es más que un reflejo de nuestra realidad multidisciplinaria, pudiendo cada uno de los lectores que se animen a participar de la revisión de los diversos trabajos contenidos en ella, entender del porqué el título de este libro, esto es, aproximaciones y perspectivas de derecho ambiental.



Isabel Calle Valladares

Directora del Programa de Política y Gobernanza Ambiental

CONTENIDO

Sección ①

CONSIDERACIONES ESENCIALES DEL DERECHO AMBIENTAL	7
RESIDUOS Y SOSTENIBILIDAD: EL MODELO EUROPEO LA OPCIÓN POR LA TERMOVALORIZACIÓN <i>Gabriel Real</i>	9
DERECHO AMBIENTAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA ARGENTINA (CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ART 240° Y 241° CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL) <i>Nestor A. Cafferatta</i>	41
DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: DESARROLLOS RECIENTES, BUENAS PRÁCTICAS Y DESAFÍOS <i>Valeria Torres</i>	63
EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO AMBIENTAL: DESAFÍOS PARA EL JUEZ <i>Antonio Benjamin</i>	83

Sección ②

RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO	95
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA <i>Ivan Lanegra</i>	97
ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS, PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL PROTOCOLO DE NAGOYA <i>Manuel Ruiz</i>	113
PROPUESTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA RED DE MONUMENTOS NATURALES EN EL PERÚ <i>Pedro Solano</i>	129

Sección 3

INSTRUMENTOS ESTRATÉGICOS EN EL DERECHO AMBIENTAL	157
FRACTURACIÓN HIDRÁULICA: ENTRE LA PROHIBICIÓN Y LA EXIGENCIA DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS Y MORATORIA ACONSEJABLE <i>Antonio Embid Irujo y Antonio Embid Tello</i>	159
EL INFORME TÉCNICO SUSTENTARIO Y EL DERECHO AMBIENTAL <i>Vito Verna</i>	193
DESAFÍOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ <i>Martha Aldana</i>	211
¿QUÉ PODEMOS ENTENDER POR AUTONOMÍA PARA EL CASO DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS? TENTANDO UNA RESPUESTA DESDE EL PLURALISMO JURÍDICO <i>Gustavo Zambrano</i>	243

SECCIÓN

1

**CONSIDERACIONES
ESENCIALES DEL
DERECHO AMBIENTAL**

RESIDUOS Y SOSTENIBILIDAD: EL MODELO EUROPEO LA OPCIÓN POR LA TERMOVALORIZACIÓN

Por: Gabriel Real¹

SUMARIO

I. El problema de los residuos y su relación con la sostenibilidad; II. Las estrategias; III. El modelo europeo de gestión. 1. Estrategia europea, responsabilidad nacional. 2. Principios y jerarquía; IV Valorización. 1. Tratamientos según categorización. 2. En particular, la termovalorización; IV. Bibliografía.

RESUMEN

La creciente generación de residuos se ha convertido en un problema global de enorme envergadura; y su adecuada gestión y tratamiento, en un desafío. En el caso de los residuos sólidos urbanos (RSU), el problema desborda lo que antes era meramente local. Desde distintos organismos internacionales, se insta a las autoridades nacionales y locales a adoptar planes integrales de gestión y a implementar soluciones que acaben con los vertederos incontrolados o mal gestionados, origen de impactos altamente negativos en el medio ambiente y la salud humana. En Europa, desde hace más de cien años, se ha practicado la incineración controlada de estos residuos, acumulando experiencia y tecnologías hasta llegar a instalaciones razonablemente limpias y seguras. Actualmente, en la Unión Europea, una legislación exigente, acompañada de tecnologías avanzadas, propicia la recuperación energética de los residuos descartados para el reciclaje potenciando la termovalorización (*waste to energy*) como una solución sostenible para resolver el problema de los RSU, lo que obtiene, adicionalmente, calor y electricidad. Esta opción, con los patrones de exigencia europeos, está siendo adoptada en muchos países y recomendada como solución para algunos de los problemas de las grandes aglomeraciones.

PALABRAS CLAVE

Termovalorización, residuos sólidos urbanos, sostenibilidad, basura, energía, *waste to energy*, Europa.

1 Profesor de la Universidad de Alicante. Doctor Honoris Causa por la Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI - Brasil). Correo electrónico: gabriel.real@ua.es

I. EL PROBLEMA DE LOS RESIDUOS Y SU RELACIÓN CON LA SOSTENIBILIDAD

En su vocación por alcanzar una sociedad global viable, la sostenibilidad, en sus distintas dimensiones, se enfrenta a muy diversos retos de extraordinaria complejidad², uno de ellos, y no el menor, el de posibilitar el acceso de todos a los bienes y servicios que consideramos esenciales para disfrutar de una vida digna. El problema es que todo bien, todo producto, constituye una fase intermedia entre el recurso y el residuo.

Los residuos, pues, son la consecuencia inevitable de nuestra actividad vital. Muchos autores se han referido a esta cuestión, pero Jacobs (1996: 45-ss) lo hace con meridiana claridad, relacionándola con las leyes de la termodinámica, cuestión que en su momento hizo Martín Mateo (1991)³. En virtud de la primera ley de la termodinámica, la actividad económica, es decir, los procesos productivos, transforma recursos en residuos, actuales o futuros. Nos limitamos a transformar materia y energía, nada se crea, nada desaparece. Cuanto ingresa en el sistema productivo deviene, inexorablemente, en residuo en idéntica cantidad, lo que nos lleva, en términos ambientales, a constatar que “cuantos más recursos se usen, más residuos necesitan ser asimilados (por el ecosistema). El agotamiento de recursos y la contaminación son esencialmente el mismo problema [...]” (Jacobs 1996: 58-59). Este proceso, puramente cuantitativo, es además cualitativo en aplicación de la segunda ley, la “ley de la entropía”.

La entropía tiene que ver con el caos, con el desorden, con el grado de utilidad-inutilidad que materia y energía tienen para cumplir funciones. Según este segundo principio, en un sistema sin nuevos *inputs* energéticos, todo proceso tiende a aumentar el nivel de entropía. Materia y energía, en el tránsito de recurso a residuo, incrementan su entropía (Jacobs 1996: 59)⁴, es decir su desorden, y devienen inútiles.

Es una cuestión de física. Cuantos más productos generemos, más recursos utilizaremos y más residuos revertiremos, en distintas formas de contaminación y con altos grados de entropía, al ecosistema. En la disparatada y consumista sociedad actual, nos bombardean para que consumamos más y más nuevos productos o, gracias a la sistemática utilización de la obsolescencia programada⁵ que aplican los productores, nos vemos abocados a sustituir —y, consecuentemente, convertir en residuo— múltiples bienes

2 Acerca de la noción de sostenibilidad y de sus dimensiones existe una vasta bibliografía. Mi particular visión puede verse, entre otros trabajos, en Perrot (2012): “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho; o, en colaboración con Cruz (2015): “Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos”.

3 Véase su monumental obra “Tratado de Derecho Ambiental” en cuatro volúmenes.

4 Jacobs pone el siguiente ejemplo: “un pedazo de carbón tiene baja entropía: está concentrado en su forma y la energía que contiene está disponible para su uso. Pero una vez quemado, el carbón tiene alta entropía al disiparse el calor y el dióxido de carbono, ninguno de los cuales queda disponible para su uso”.

5 Sobre la que se plantea su consideración como delito (Hellman 2016).

que podrían durar más⁶. Pero, aun cuando redujésemos significativamente nuestro desbocado consumo y los productos duraran lo que la tecnología permite, la necesidad de abastecer a 8, 9 o 10 mil millones de personas de los bienes necesarios mantendría la relación recurso-producto-residuo y la adecuada gestión de estos últimos en una cuestión central de la sostenibilidad, de su dimensión ambiental, por supuesto, pero también de la económica y de la social.

Evidentemente, todo esto es bien conocido. Hace quince años, en el *Informe del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas*, preparatorio de la Conferencia de Johannesburgo, se afirmó que “la tasa de producción de desechos de los países desarrollados y de los países en desarrollo aumenta a un ritmo sin precedentes. Lo que era antes una labor sencilla para los ayuntamientos se ha convertido en un problema ambiental de gran envergadura” (Naciones Unidas 2001)⁷. En efecto, lo que era percibido como un problema local de solución relativamente sencilla y, en todo caso, de efectos limitados al entorno próximo, es hoy abiertamente considerado como una cuestión de alcance mundial. No se trata únicamente —lo cual ya es en sí muy importante— de la salud de las comunidades en las que no se gestionan adecuadamente los recursos, o de la grave contaminación del suelo, de las aguas superficiales y subterráneas o la contaminación atmosférica local, es que, además, los residuos mal tratados afectan a los mares⁸ y ya eran responsables en el 2010 de nada menos que entre el 3% y el 5% de las emisiones mundiales de efecto invernadero causantes del cambio climático⁹, aunque

-
- 6 Sobre la cuestión, existe abundantísima bibliografía. Una interesante aproximación se encuentra en el excelente trabajo de Leonard (2011), *A História das Coisas, da natureza ao lixo. O que acontece com tudo o que consumimos*, versión en portugués del original *The Story of Stuff: How Our Obsession with Stuff is Trashing the Planet, Our Communities, and our Health - and a Vision for Change*. Existe también una versión en español publicada por Fondo de Cultura Económica de España en el 2010. Puede, igualmente, verse el documental realizado por la autora (Leonard 2011). Sobre estas materias, es de gran interés una reciente tesis doctoral de Flores (FALTA AÑO), especialmente, en este punto, su capítulo 3 “Eclipse civilizatório: do Consumo ao Descarte”.
- 7 Un repertorio enorme de datos sobre los residuos sólidos en el mundo puede encontrarse en el mapa interactivo *Waste Atlas* (s.f.).
- 8 Cada año, aproximadamente 10 millones de toneladas de basura van a parar a los mares y océanos del mundo, especialmente plásticos, que son responsables, por su efecto acumulativo, de las enormes “islas de basura” o “sopas de plástico” que se encuentran en los “giros” de diversos océanos, especialmente en el Pacífico norte (Agencia Europea de Medio Ambiente 2014). Ya que los plásticos no desaparecen, sino que, a lo sumo, se desintegran en partículas microscópicas, se incorporan a la cadena trófica, dando lugar a un emergente problema ambiental y sanitario que se conoce como los “microplásticos” (Comisión Europea 2013). Al respecto, también puede verse el significativo reporte *Proceedings of the GESAMP International Workshop on micro-plastic particles as a vector in transporting persistent, bio-accumulating and toxic substances in the oceans*, del Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection-GESAMP (2010). Un resumen en español se encuentra disponible en: <http://www.greenfacts.org/es/basura-marina/>
- 9 Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), 2013-14. Según manifestaciones del Programa Nacional para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos de México, recogidas por el diario *Excelsior* el 13 de abril de 2016, el que fuera en su día considerado como el mayor relleno sanitario del mundo, conocido como “El Bordo”, en la Ciudad de México, con 74 millones de toneladas de residuos, cuatro años después de su cierre emite anualmente 1.2 millones de toneladas de gases nocivos equivalentes a la circulación diaria de un millón de vehículos. Y no es este el único efecto ambiental negativo que sigue produciendo este relleno. United Nations Environment Programme Cfr. en <http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2016/04/13/1086252>. Consulta 21.09.2016

informes actuales multiplican el efecto de los residuos sobre este fenómeno¹⁰. Por lo demás, si tradicionalmente el problema de las autoridades locales era dar adecuada disposición a residuos domésticos cuya composición era en gran proporción orgánica, el progreso económico aumenta el porcentaje de residuos procedentes de envases; y el tecnológico, la aparición de nuevos tipos de residuos especiales, como los electrónicos (Lundgren 2012), ante los que las estructuras locales no están preparadas.

La toma de conciencia de la dimensión global del problema ha propiciado que haya incrementado su relevancia en los documentos internacionales. Así, en *El futuro que queremos*, documento final de la Conferencia Río+20 sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en junio del 2012, son especialmente importantes para la gestión de residuos los párrafos 215 a 219, que apoyan lo siguiente:

- Las asociaciones público-privadas en la gestión de residuos
- La adopción de un enfoque de ciclo de vida y de políticas para la eficiencia de los recursos y una gestión de residuos ambientalmente racional
- El uso de enfoques que reconozcan las 3R, que aumenten la energía a partir de residuos y que traten los residuos como recurso
- Que se evite la gestión no racional y el vertido ilegal de residuos peligrosos
- Hacer frente específicamente a los problemas relacionados con los residuos electrónicos y de plástico

Consecuentemente, la gestión de los residuos está presente en varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS 2016-2030), aprobados por Naciones Unidas como la continuación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM 2000-2015). En concreto, las metas establecidas por los ODS en la materia son¹¹:

10 El reciente y relevante informe Global Waste Management Outlook (IETC e ISWA 2015) sostiene que “la mejora de la gestión de los residuos puede permitir reducir del 15% al 20% las emisiones de gases de efecto invernadero vinculadas a la actividad económica”, es decir que no cabe una efectiva lucha contra el Cambio Climático si no se aborda solventemente la cuestión de los residuos. El informe, publicado en 2015, ha sido realizado por el International Environmental Technology Centre (IETC), del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en colaboración con la International Solid Waste Association (ISWA) y constituye un documento esencial para entender la situación global en materia de residuos, así como las vías de acción que deben seguirse para enfrentar el problema.

11 Tabla tomada de la presentación en español de la “Perspectiva mundial en la gestión de residuos” (David C. Wilson, Ljiljana Rodic, Prasad Modak, Reka Soos, Ainhoa Carpintero, Costas Velis, Mona Iyer, Otto Simonett. Perspectiva mundial de la gestión de residuos RESIDUOS: SIGUEN SIENDO UN RETO MUNDIAL EN EL SIGLO XXI La perspectiva mundial de la gestión de residuos en síntesis. UNEP - ISWA. P. 2). La original, en inglés, se encuentra en el informe completo Global Waste Management Outlook (IETC e ISWA 2015: 303).

Metas mundiales en materia de gestión de residuos		ODS conexos	
Garantizar para el año 2020	W.1 Generalizar el acceso a servicios adecuados, seguros y asequibles de recolección de residuos sólidos	3 - Vida sana para todos	11 - Ciudades seguras
	W.2 Poner fin a los vertederos no controlados y la quema a cielo abierto	3 - Vida sana para todos 11 - Ciudades seguras 12 - Producción y Consumo responsables	6 - Agua limpia y saneamiento 14 - Recursos marinos 15 - Ecosistemas terrestres
Garantizar para el año 2030	W.3 Lograr una gestión de todos residuos, en particular los residuos peligrosos, que sea sostenible y respetuosa con el medio ambiente	12.4 - Gestión de todos los residuos 13 - Cambio climático	7 - Acceso a la energía
	W.4 Reducir sustancialmente la generación de residuos a través de la prevención y de las “3R” (reducir, reutilizar y reciclar), y crear así empleos verdes	12.5 - Las “3R” 8 - Crecimiento y empleo	1 - Fin de la pobreza 9 - Industria sostenible
	W.5 Reducir a la mitad la cantidad de residuos alimentarios per cápita a escala mundial en la venta al por menor y a nivel de consumidores, y disminuir las pérdidas de alimentos en la cadena de distribución.	12.3 - Residuos alimentados	2 - Lucha contra el hambre; logro de la seguridad alimentaria

Como observamos, la cuestión es horizontal, ya que tiene que ver con buena parte de las metas y objetivos que la humanidad se ha marcado para los próximos años: la salud, la calidad de las ciudades, el empleo, los procesos de producción y consumo, la lucha contra el hambre o el cambio climático. En definitiva, la sostenibilidad, está comprometida en función de lo bien o mal que seamos capaces, a nivel local, nacional y global, de gestionar los residuos. Como se afirma en el informe *Global Waste Management Outlook* (IETC e ISWA 2015), los residuos “siguen siendo un reto mundial en el Siglo XXI”.

II. LAS ESTRATEGIAS

Aunque la necesidad de acción directa frente al problema se sitúe esencialmente en el ámbito local y nacional, la comprensión de que los efectos de una inadecuada gestión tienen alcance planetario ha propiciado que se redoblen las iniciativas de organismos internacionales tendentes a contribuir a la solución de los muy diversos problemas que plantean los residuos. Estas iniciativas son de distinta naturaleza y ámbito territorial según el tipo de organización; así, por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) creó en el 2009, en el seno de su División de Agua y Saneamiento del Sector de Infraestructura y Medio Ambiente, un grupo especializado en la gestión de residuos sólidos, estableciendo un programa de largo plazo dirigido a apoyar las actividades del banco en el sector¹² e impulsando interesantes iniciativas, como la Iniciativa Regional para el Reciclaje Inclusivo (IRR) con proyectos en 14 países de la región¹³. Por su parte, el Banco Mundial publicó, en el 2012, un conocido informe (Hoornweg y BHADA-TATA 2012) en el que predice un incremento del 70% en los montos de basura urbana para el año 2025 y se alerta sobre los riesgos en el descontrol de los residuos, y en el 2014 propuso un mecanismo de financiación basado en los resultados —FBR o RBF, en inglés— (Banna et al. 2014)¹⁴ que pone el acento en una de las cuestiones clave para abordar solventemente el problema del flujo de los recursos necesarios para sostener una adecuada gestión de los residuos; porque, efectivamente, no pueden plantearse soluciones sin tener en cuenta el coste y financiación de los sistema de disposición¹⁵, cuyo monto, ya hace años, Naciones Unidas cifraba entre el 20% y el 30% de los presupuestos municipales¹⁶ y que, en algunos casos, puede llegar al 50%.

En aras al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Agenda 2030, las Naciones Unidas y en particular el PNUMA han establecido la gestión de los residuos como uno de sus principales ejes de acción. El reciente informe *Global Waste Management Outlook*, ya citado, aparte de realizar un ilustrador diagnóstico sobre la situación en el mundo, aporta una serie de recomendaciones para los responsables de la toma de decisiones publicadas en un resumen en varios idiomas¹⁷, pues no en vano el documento responde a la decisión GC 27/12 del Consejo de Administración del PNUMA, que propone se analicen “[...] los desafíos, las tendencias y las políticas con respecto a la prevención, minimización y gestión de los residuos [...] con miras a aportar orientaciones para la planificación nacional de políticas”. A la iniciativa, en

12 Puede verse el documento preparado por Terraza (2009): “Manejo de Residuos Sólidos. Lineamientos para un Servicio Integral, Sustentable e inclusivo”. El documento incluye un interesante análisis de la situación, hasta el año 2009, en América Latina y el Caribe de las ayudas técnicas y financieras que ofrece el banco.

13 Más información en la página web de la IRR: <http://reciclajeinclusivo.org/>

14 Un resumen del informe en español se encuentra disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/999071468325145093/pdf/918610v10WPOFMOVE0SUMMARYOIN0BYOWED.pdf>

15 Una perspectiva económica puede verse en André y Cerdá (2006).

16 Documento NN.UU. E/CN.17/2001/PC/9, citado en nota 9, punto 21.

17 La versión en español está disponible en http://www.unep.org/ietc/Portals/136/Publications/Waste%20Management/GWMO%20report/GWMO_summary_Spanish.pdf Consulta 28.09.2016

fin, viene a sumarse una anterior por la que se elaboró una guía de gestión¹⁸, porque de lo que se trata es de mejorar los sistemas de disposición final controlada de residuos existentes y de reducir drásticamente el número de personas que carecen de acceso a esos sistemas de disposición, cantidad que se estima en casi la mitad de la población mundial, esto es 3.000 millones de personas¹⁹, y estos objetivos no pueden ser alcanzados más que a través de la definición de estrategias y la adopción de acciones a nivel nacional.

Cierto es que los niveles de renta inciden directamente en la magnitud del problema, a la vez que en sus soluciones, pues los datos demuestran que cuanto mayor es el nivel de ingresos más residuos se producen, pero también el porcentaje de estos, que son adecuadamente tratados, aumenta hasta llegar prácticamente al 100% en comunidades de rentas altas. Pero igualmente es cierto que los más graves problemas están en países en desarrollo con población en aumento, escasez de infraestructuras y dificultades económicas. Por esta razón, la definición de estrategias nacionales, adaptadas a la realidad de cada uno de los países donde se establezcan, precisa del decidido apoyo técnico y financiero de los países desarrollados. Las soluciones deben implementarse a nivel local y nacional, pero los efectos, y también la responsabilidad, son de alcance global. Por eso, y aparte del soporte técnico, se propone “multiplicar por 10 el nivel de la financiación destinada a la gestión de residuos para que pase del 0,3% logrado desde 2000 a una media del 3% de la financiación total de la ayuda internacional durante el periodo 2015-2030”.²⁰

El *Global Waste Management Outlook* propone cuatro objetivos o áreas de trabajo en los que actuar de inmediato:

1. Lograr que todo el mundo tenga acceso a servicios básicos de gestión de residuos, lo que supone poner fin a los vertederos no controlados y la quema a cielo abierto:
 - Ampliar los servicios de recolección asequibles a todos los miembros de la sociedad, independientemente de su nivel de ingresos
 - Asegurar la disposición final controlada de todos los residuos como primera etapa necesaria para la protección del medio ambiente

18 La guía, de 109 páginas, y con el subtítulo de “Avanzar desde los desafíos a las oportunidades” fue elaborada bajo el impulso del PNUMA en el contexto del Programa Interinstitucional de Gestión Racional de los Productos Químicos (IOMC, por las siglas en inglés de Inter-Organization Programme for the Sound Management of Chemicals) por la propia IOMC y UNITAR - United Nations Institute for Training and Research. Disponible en español en <http://www.unep.org/ietc/Portals/136/Publications/Waste%20Management/UNEP%20NWMS%20Spanish%20Screen.pdf> Consulta 28.09.2016

19 “Perspectiva mundial de la gestión de residuos. Resumen para los responsables de la toma de decisiones”. Sumario en español de *Global Waste Management Outlook*, citado en nota 18.

20 Id.

2. Ocuparse de las sustancias peligrosas presentes en los residuos, es decir, controlar los residuos peligrosos:
 - Separar en origen los residuos peligrosos, y en particular los residuos sanitarios peligrosos, del resto de residuos
 - Gestionarlos separadamente en instalaciones respetuosas con el medio ambiente
 - Aplicar un enfoque integral a la gestión de todos los residuos, ya que los controles sobre la contaminación se concentran en los contaminantes procedentes de las emisiones atmosféricas y las aguas residuales en residuos (a menudo peligrosos)
3. Atajar el problema de raíz, centrándose en la prevención (reducción) de los residuos:
 - Al disminuir la cantidad de residuos, mejora la seguridad de los recursos, aumenta el bienestar y todos ahorran
 - Reducir al mínimo los residuos y los residuos peligrosos
 - Potenciar al máximo la reparación, la reutilización y la remanufactura
 - No mezclar los materiales, separar los residuos en origen, a fin de minimizar la contaminación y facilitar la reutilización y el reciclado
4. Establecer un círculo de materiales limpios, estimulando la recuperación y reciclaje de materiales:
 - Maximizar el reciclado
 - En los países de bajos ingresos, integrar en la gestión global de residuos el reciclado a pequeña escala que realizan las empresas
 - Crear, para los desechos residuales que no pueden reciclarse de manera sostenible, vertederos e instalaciones respetuosas con el medio ambiente dedicadas a la recuperación de energía

Como se afirma en su resumen, el documento se ocupa también de los factores relacionados con la “gobernanza” necesarios para llevar a la práctica la gestión de residuos, elaborando un conjunto de herramientas para ayudar a elegir una serie de medidas apropiadas. El objetivo es facilitar la determinación de las próximas etapas para la elaboración de su propio sistema específico de gestión de residuos en el plano nacional o local. En todo caso, a la hora de implementar estrategias nacionales o locales el documento de referencia es la ya mencionada “Guía para la elaboración de Estrategias Nacionales de Gestión de Residuos”²¹.

21 Que, cabe destacar, trae causa del párrafo 218 de la declaración “El futuro que queremos”, fruto de Río+20, por el que se instaba a la elaboración y aplicación de políticas, estrategias, leyes y reglamentos nacionales y locales integrales de gestión de residuos, reconociendo la importancia de adoptar un enfoque basado en el ciclo de vida y de seguir elaborando y aplicando políticas para lograr un uso eficiente de los recursos y una gestión ambientalmente racional de residuos.

La guía es realmente una herramienta extremadamente útil para planificar, elaborar, ejecutar y controlar una estrategia local o nacional de gestión de residuos. Parte de justificar la necesidad de la propia estrategia y de que esta se convierta en una prioridad nacional ofreciendo datos e informaciones y destacando los beneficios que se pueden alcanzar. Al respecto, dice que:

“los residuos no son algo que hay que abandonar o descartar, sino más bien un valioso recurso. Aplicando una combinación adecuada de políticas, la gestión de residuos puede ofrecer:

- Beneficios económicos: al introducir prácticas eficientes de producción y consumo que permiten no sólo recuperar materiales valiosos, sino también generar puestos de trabajo y aprovechar oportunidades de negocio.
- Beneficios sociales: cuando las comunidades salen de la pobreza, y se reducen o resuelven los problemas de salud.
- Beneficios ambientales: cuando se reducen o eliminan los impactos, de forma que la calidad del agua y del aire mejoran y se reducen las emisiones de efecto invernadero” (INSTITUCIÓN AÑO: PÁGINA).

Ofrece un itinerario en seis momentos para adoptar las decisiones políticas y las medidas organizativas y ejecutivas para garantizar el éxito de la iniciativa. Estos son:

1. Etapa inicial

En la que esencialmente hay que identificar quién dirigirá la iniciativa y recopilar la información necesaria que sirva de base para la elaboración de la estrategia.

2. Identificación de los elementos fundamentales de la estrategia. Se trata, fundamentalmente, de:

- Establecer el ámbito de aplicación de la estrategia nacional
- Identificar una meta general y objetivos concretos que coadyuven a esta meta
- Estimar los beneficios nacionales que se esperan obtener
- Identificar las opciones iniciales de financiación y asegurar los recursos para el proceso de elaboración de la estrategia, así como para el desarrollo de capacidades antes y durante el proceso de desarrollo de la estrategia
- Determinar un calendario o los plazos de la elaboración de la estrategia
- Identificar los vínculos con otros planes y ámbitos de la política nacional

3. Participación de todas las partes interesadas

Se propiciará la identificación e inclusión de agentes y grupos de intereses muy diversos, aprovechando su energía. Se crearán también órganos de consulta y participación.

4. Análisis de situación y análisis de brechas

Se trata de un examen más detallado del punto de partida de un país en el cual se analiza el contexto más general y se identifican las prioridades nacionales, la base de información para el desarrollo de la estrategia, el estado actual de la gestión de residuos, la infraestructura técnica disponible y su idoneidad, los marcos jurídicos y normativos y su idoneidad y las capacidades disponibles.

5. Establecimiento de prioridades

En este paso, se identifican los flujos de residuos y los problemas relacionados con los residuos, como la recogida o eliminación, que son urgentes y/o importantes. También se identificarán aquí otras cuestiones, como, por ejemplo, las necesidades de inversión o de financiación.

6. Desarrollo de la estrategia nacional

Es de vital importancia que la estrategia nacional final cuente con apoyo de alto nivel y compromiso político. Además, deberá someterse a un proceso adecuado de consulta pública y divulgación.

Adicionalmente, la guía ofrece los mecanismos para la revisión y actualización de la estrategia.

La guía tiene muchos elementos positivos, pero dos son especialmente destacables. El primero, el que insiste en que la estrategia tiene que ser fruto de un proceso de consulta y participación de todas las partes implicadas. En efecto, aun existiendo la imprescindible voluntad política de llevarlo adelante, sin el concurso y determinación de los afectados, sean ciudadanos o grupos de interés, la estrategia y su implementación estarían destinadas al fracaso. De ahí la importancia de las acciones de educación y sensibilización de la población.

El segundo, que parte de la idea, común actualmente, de revertir al menos parcialmente el ciclo recurso-producto-residuo para convertir el residuo nuevamente en recurso a través de la valorización mediante el reúso, el reciclado o su conversión en recurso energético. En consecuencia, se basa en la “jerarquía de gestión de residuos”, que prioriza secuencialmente la prevención, es decir, la no generación o las operaciones previas cuando el producto aún no es residuo orientadas a reducir su impacto posterior o su reciclado; la reducción, mediante el reúso, el reciclaje, la recuperación; y, finalmente, la eliminación. Tal jerarquía “se presenta como una pirámide invertida, porque el propósito primordial de la política es principalmente tomar medidas para evitar que se generen residuos. La siguiente medida por orden de prioridad consiste en reducir los residuos (por ejemplo, a través de la reutilización). El reciclaje, incluido el compostaje o la digestión anaeróbica, es la siguiente medida, seguida por las de valorización de materiales y de conversión de residuos en energía. La valorización energética a partir de procesos tales como la combustión y pirólisis, o de los vertederos,

también pertenece a este nivel de la jerarquía. La última medida es la eliminación, ya sea en vertederos o mediante incineración sin valorización energética. Esta medida es el último recurso para los residuos que no se han podido evitar, desviar o recuperar en los pasos anteriores”.

Naturalmente, la guía tiene como principales destinatarios los países en desarrollo que carecen de planes de gestión de residuos, pero también es útil para mejorar los que ya existen en numerosos países y ciudades. En América Latina hace años que existen planes o estrategias nacionales²² y locales²³.

III. EL MODELO EUROPEO DE GESTIÓN

1. ESTRATEGIA EUROPEA, RESPONSABILIDAD NACIONAL

Como en muchas otras áreas de competencia de la Unión Europea, en materia de residuos, la estrategia general y los objetivos a alcanzar en determinados horizontes temporales son fijados por los órganos comunitarios a través de los instrumentos normativos conocidos como “directivas”²⁴, pero la responsabilidad, tanto de la implementación normativa como de la ejecución y alcance de los resultados previstos,

-
- 22 Algunos de estos son: México: Programa para la Prevención y Gestión Integral de Residuos, de carácter financiero (<http://www.gob.mx/semarnat/acciones-y-programas/programa-para-la-prevencion-y-gestion-integral-de-residuos>), consulta 30/09/2016; Chile: Programa Nacional de Residuos Sólidos - PNRS (<http://www.subdere.gov.cl/programas/divisi%C3%B3n-desarrollo-regional/programa-nacional-de-residuos-s%C3%B3lidos-pnrs>), consulta 30.09.2016; Ecuador: Programa Nacional para la Gestión Integral de Desechos Sólidos - PNGIDS (<http://www.ambiente.gob.ec/programa-pn-gids-ecuador/>), consulta 30/09/2016. Colombia: Política Nacional de Residuos Sólidos (http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/Polit%C3%ACcas_de_la_Direcci%C3%B3n/Pol%C3%ADtica_para_la_gesti%C3%B3n_integral_de_1.pdf), consulta 30/09/2016; Perú: Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos - PLANRES (<http://sinia.minam.gob.pe/documentos/plan-nacional-gestion-integral-residuos-solidos-planres>), consulta 30.09.2016. La Unión Europea ha publicado en el 2012 un documento guía para la elaboración de planes de gestión de residuos (Preparing a Waste Management Plan A methodological guidance note), disponible en http://www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/publicaciones/2012_guidance_note_tcm7-210140.pdf, consulta 9/10/2016.
- 23 Que son muy numerosos. Para la redacción de estos planes y aparte del documento de Naciones Unidas, también se cuenta con diversas guías nacionales, como por ejemplo, en México la “Guía para la elaboración de programas municipales para la prevención y gestión integral de los residuos sólidos urbanos” (<http://siscop.inecc.gob.mx/descargas/publicaciones/guiampgirsu.pdf>), consulta 3/10/2016) o en España, la editada por la Generalitat de Catalunya, “Guía para la elaboración de planes locales de prevención de residuos municipales” (http://residus.gencat.cat/web/.content/home/lagencia/publicacions/publicacions_destacats/guia_elaboraplanslocals_es.pdf), consulta 3.20.2016. En algunos países de América Latina, sobre todo en los de estructura federal, también podemos encontrar planes de alcance estatal, como el del Estado de Puebla en México: “Programa de Prevención y Gestión Integral de Residuos para el Estado de Puebla 2011-2017” (http://www.igavim.org/Igavim100dias/Anexos/7.Prog_residuosEstadoPuebla.pdf)
- 24 Las directivas son disposiciones normativas que vinculan a los Estados miembros de la Unión Europea estableciendo la obligación de conseguir determinados resultados u objetivos concretos en un plazo determinado, dejando, sin embargo, a las autoridades internas competentes la elección de la forma y los medios adecuados para conseguir tal fin. Este mecanismo de integración en el derecho interno se conoce como transposición. Otro instrumento normativo es el reglamento, mucho menos utilizado, que es de aplicación directa sin necesidad de transposición al derecho de los Estados como requieren las directivas. En el campo de residuos y subproductos tenemos, por ejemplo, el Reglamento (CE) N° 1774/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre del 2002, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano, o el Reglamento (CE) N° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio del 2006, relativo a los traslados de residuos.

corresponde a los distintos Estados. Por su parte, la Unión se reserva diversos mecanismos de control sobre el desempeño de los Estados miembros²⁵ que, en caso de incumplimientos, pueden llegar a suponer importantes sanciones económicas a los estados infractores.

La primera normativa comunitaria que reguló con carácter general²⁶ los residuos data de 1975²⁷ y permaneció vigente hasta el 2006, año en que fue derogada²⁸. Actualmente, la norma en vigor es la Directiva N° 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas directivas²⁹ (conocida como Directiva Marco sobre Residuos), que fue objeto de modificación parcial en el 2015³⁰.

La norma destaca que “el primer objetivo de cualquier política en materia de residuos debe ser reducir al mínimo los efectos negativos de la generación y la gestión de los residuos para la salud humana y el medio ambiente”, teniendo como ejes “reducir el uso de recursos y favorecer la aplicación práctica de la jerarquía de residuos” (6° Considerando).

A lo largo de 41 extensos artículos, la Directiva va estableciendo las obligaciones de los Estados en cuanto a adoptar las “medidas necesarias para garantizar que todos los residuos se sometan a operaciones de valorización” (art. 10.1); el fomento de “la reutilización de los productos y las actividades de preparación para la reutilización, promoviendo el establecimiento y apoyo de redes de reutilización y reparación, el uso de instrumentos económicos, los requisitos de licitación, los objetivos cuantitativos u otras medidas” (art. 11.1); la reutilización y el reciclado (art. 11.2) o la eliminación (art. 12), entre otras áreas.

En algunos casos, establece plazos para que los Estados alcancen determinados objetivos, tal como, para el reciclado, establece el Artículo 11.2:

25 A través del control de las instituciones europeas mediante los informes de la comisión como, en esta materia, el “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la legislación de la UE en materia de residuos”, Bruselas, 17/1/2013 COM (2013) 6 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0006:FIN:ES:PDF>; consulta 3/10/2016.

26 Existe diversa normativa que regula residuos específicos, como la Directiva N° 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases, la Directiva N° 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre del 2000, relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva N° 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero del 2003, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) o la Directiva N° 2006/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre del 2006, relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores.

27 Directiva N° 75/442/CEE del Consejo, del 15 de julio de 1975, relativa a los residuos. Una idea general sobre la orientación de la UE en la materia, en FERNÁNDEZ DE GATTA (2008: 21-41).

28 Por la Directiva N° 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de abril del 2006, relativa a los residuos.

29 De conformidad con el Artículo 40° de la directiva, los Estados debieron incorporar sus prescripciones a los respectivos derechos nacionales antes del 12 de diciembre del 2010. En el caso de España se hizo con algo de retraso a través de la Ley N° 22/2011, del 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

30 Directiva N° 2015/1127 de la Comisión, del 10 de julio del 2015, por la que se modifica el Anexo II de la Directiva N° 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas directivas.

- a) antes de 2020, deberá aumentarse como mínimo hasta un 50 % global de su peso la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos de materiales tales como, al menos, domésticos y posiblemente de otros orígenes en la medida en que estos flujos de residuos sean similares a los residuos domésticos;
- b) antes de 2020, deberá aumentarse hasta un mínimo del 70 % de su peso la preparación para la reutilización, el reciclado y otra valorización de materiales, incluidas las operaciones de relleno que utilicen residuos como sucedáneos de otros materiales, de los residuos no peligrosos procedentes de la construcción y de las demoliciones, con exclusión de los materiales presentes de modo natural definidos en la categoría 17 05 04 de la lista de residuos.

Ello en la línea de que la Directiva “debe contribuir a ir transformando la UE en una ‘sociedad del reciclado’, que trate de evitar la generación de residuos y que utilice los residuos como un recurso” (Considerando 28).

La norma europea no solo establece las líneas generales y básicas de la normativa que deben producir los Estados, sino que exige determinadas formalidades tanto en la elaboración de la normativa como en la definición de las políticas. Así, establece que “los Estados miembros garantizarán que el desarrollo de la legislación y política de residuos sea un proceso plenamente transparente, en el que se observen las normas nacionales relativas a la consulta y participación de los ciudadanos y las partes interesadas” (4.2, 2º párrafo).

El mecanismo de la directiva, por lo demás, no solo impone una armonización normativa en todo el ámbito de la Unión Europea, lo que es su objetivo principal, sino que también produce una equiparación conceptual en todo el sistema que, especialmente en materia de residuos, es extraordinariamente importante. En efecto, a lo largo de diversos considerandos, la norma resalta la necesidad de definir con la mayor precisión posible determinados conceptos clave, como residuo, biorresiduo, residuo peligroso, subproducto, reciclado, prevención, valorización, eliminación, etc. Las definiciones se encuentran en el Artículo 3º y permiten la homogenización de acciones y políticas mediante un lenguaje común³¹.

Como decíamos, la materialización de la política europea de residuos debe producirse a través de las políticas, planes, programas y normativas de los distintos Estados, pero respetando los principios y marco general fijado por la Unión Europea³². La propia norma establece mecanismos de control para asegurar el cumplimiento de los Estados y la consecución de los objetivos previstos, como por ejemplo la obligación de informar

31 El acotamiento conceptual tiene una extraordinaria importancia práctica en esta materia. Por ejemplo, el concepto de subproducto fue inicialmente una construcción jurisprudencial que carecía de definición legal. La directiva, siguiendo la senda de algunos reglamentos anteriores, los define en su Art. 5.1. Al respecto, ver Vázquez (2011). La incorporación a la directiva de criterios jurisprudenciales no se ha limitado a este concepto; véase, Serrano (2009: 145-153). El problema es común a todo sistema jurídico, de ahí la importancia de contar con conceptos unificados en toda la UE; véase Serrano (2008: 145-201). En otros sistemas jurídicos, la cuestión conceptual reviste la misma importancia, por ejemplo en Costa Rica: HIDALGO (2012: 71-88).

32 Ver, García-Moreno (2016: 119-166).

a la Comisión de la UE, cada tres años, sobre el cumplimiento de objetivos en materia de reutilización y reciclado, debiendo los Estados, en caso de no alcanzarlos, informar sobre “... los motivos de dicho incumplimiento y las medidas que el Estado miembro piensa adoptar para alcanzar dichos objetivos” (Art. 11.5). En caso de incumplimientos reiterados, la comisión tiene la facultad de iniciar un procedimiento de infracción e interponer una demanda contra el Estado en cuestión frente al Tribunal de Justicia de la UE.

Aparte de la obligación de adaptar su legislación sobre residuos a lo previsto en la directiva, las herramientas de gestión que los Estados deben implementar son los Planes de Gestión y los Programas de Prevención de Residuos, con el alcance y condiciones establecidas en los artículos 28 y 29 que, en todo caso, deberán cubrir “[...] todo el territorio geográfico del Estado miembro” (Art. 28.1. seg.).

2. PRINCIPIOS Y JERARQUÍA

El modelo de gestión de residuos comunitario se asienta en dos pilares fundamentales: el establecimiento de los principios³³ en los que tal gestión debe inspirarse y la jerarquía en las soluciones a adoptar en cada fase de esta.

En cuanto a los principios, estos juegan un papel crucial en el derecho comunitario pues dotan de coherencia a un sistema normativo extremadamente complejo, constituyendo, de hecho, el fundamento de un buen número de sentencias del Tribunal de Justicia. En materia ambiental y aparte de que desde mismo Preámbulo del Tratado constitutivo se apueste por el desarrollo sostenible³⁴, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁵ recoge en su Artículo 191. 2 los principios en los que debe basarse la actuación de la Unión en materia de medio ambiente para “alcanzar un nivel de protección elevado”, en concreto, los de “cautela”, “acción preventiva”, “corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma”, y “quien contamina paga.”

Consecuentemente, la Directiva se cuida de materializar los principios recogidos en los tratados³⁶ y de enunciar y establecer los que tienen que ver, específicamente, con

33 Consúltense el excelente trabajo de Alenza (2012: 215-238).

34 Noveno párrafo de la Exposición de Motivos, en el que se afirma que los firmantes: “DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible [...]”. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF. Fecha de consulta 8/10/2016.

35 Disponible en http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_2&format=PDF. Fecha de consulta 8/10/2016.

36 Por ejemplo, el Considerando 30 dice que “Para aplicar los principios de precaución y acción preventiva incluidos en el artículo 174, apartado 2 del Tratado (hoy 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE), es necesario establecer objetivos medioambientales generales para la gestión de residuos en la Comunidad. En virtud de estos principios corresponde a la Comunidad y los Estados miembros establecer un marco para prevenir, reducir y, en la medida de lo posible, eliminar desde el principio las fuentes de contaminación o de molestias mediante la adopción de medidas en las que se eliminen los riesgos reconocidos”.

la gestión de residuos, como los de “autosuficiencia” y “proximidad”. Así, se recogen, entre otros, los siguientes principios:

a) Quien contamina paga (Art. 14.1)

“De acuerdo con el principio de quien contamina paga, los costes relativos a la gestión de los residuos tendrán que correr a cargo del productor inicial de residuos, del poseedor actual o del anterior poseedor de residuos”. Al respecto, la directiva permite que los Estados puedan decidir “[...] que los costes relativos a la gestión de los residuos tengan que ser sufragados parcial o totalmente por el productor del producto del que proceden los residuos y que los distribuidores de dicho producto puedan compartir los costes” (Art. 14.2).

b) Autosuficiencia y proximidad

La materialización de estos principios pasa por exigir a los Estados miembros el que tomen las medidas oportunas “[...] para establecer una red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación de residuos y de instalaciones para la valorización de residuos municipales [...] teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles” (Art. 16.1).

La red de instalaciones debe permitir la autosuficiencia: “[...] estará concebida de tal manera que permita a la Comunidad en su conjunto llegar a ser autosuficiente en materia de eliminación de residuos, así como de la valorización de los residuos mencionados en el apartado 1 (domésticos), y que permita a los Estados miembros avanzar hacia ese objetivo individualmente [...]” (Art. 16. 2). La norma pretende igualmente garantizar que los residuos serán tratados atendiendo a la proximidad³⁷ del lugar en que fueron generados: “La red deberá permitir la eliminación de los residuos o la valorización de los residuos [...] (domésticos) en una de las instalaciones adecuadas más próximas, mediante la utilización de las tecnologías y los métodos más adecuados para asegurar un nivel elevado de protección del medio ambiente y de la salud pública” (Art. 16.3).

En cuanto a la jerarquía de las soluciones a adoptar en la gestión de los residuos, igualmente está sometida a determinados principios, pues los Estados deberán tener en cuenta en su aplicación “[...] los principios generales de precaución y sostenibilidad en el ámbito de la protección medioambiental, viabilidad técnica y económica, protección de los recursos, así como el conjunto de impactos medioambientales, sobre la salud humana, económicos y sociales [...]” (Art. 4.2. ter.).

37 La proximidad es un principio, si cabe, más importante aún que el de la autosuficiencia, ya que el transporte es, a su vez, una importante fuente de contaminación añadida. La autosuficiencia se predica respecto del conjunto de la Unión Europea, por lo que es posible que un país, especialmente los más pequeños, trate sus residuos en una instalación de la red situada en un país vecino; por su parte, lo que exige el principio de proximidad es que se reduzca al máximo la distancia entre el punto de generación y el de tratamiento, lo que tiene que ver con el diseño de la propia red.

Atendiendo a estos principios, la jerarquía se establece con el siguiente orden:

- a) Prevención
- b) Preparación para la reutilización
- c) Reciclado
- d) Otro tipo de valorización, por ejemplo, la valorización energética
- e) Eliminación

Que se representa, igualmente, como una pirámide invertida:



Al aplicar la jerarquía, los Estados “[...] adoptarán medidas para estimular las opciones que proporcionen el mejor resultado medioambiental global”. Lo que quiere decir que, en determinados y justificados supuestos, esta puede alterarse, pues el alcanzar ese “mejor resultado medioambiental global” podría “[...] requerir que determinados flujos de residuos se aparten de la jerarquía, cuando esté justificado por un enfoque de ciclo de vida sobre los impactos globales de la generación y gestión de dichos residuos” (Art. 4.2).

La directiva describe cada una de estas soluciones de la siguiente manera (Art.4.1):

1. Prevención:

“Medidas adoptadas antes de que una sustancia, material o producto se haya convertido en residuo, para reducir:

- a) la cantidad de residuo, incluso mediante la reutilización de los productos o el alargamiento de la vida útil de los productos;
- b) los impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud humana de la generación de residuos, o
- c) el contenido de sustancias nocivas en materiales y productos”.

2. Preparación para la reutilización:

“Operación de valorización consistente en la comprobación, limpieza o reparación, mediante la cual productos o componentes de productos que se hayan convertido en residuos se preparan para que puedan reutilizarse sin ninguna otra transformación previa”. Hay que tener en cuenta que la directiva no considera residuos ni a los subproductos ni a los productos destinados a ser reutilizados; así, define la reutilización como “cualquier operación mediante la cual productos o componentes que no sean residuos se utilizan de nuevo con la misma finalidad para la que fueron concebidos”.

3. Reciclado:

“Toda operación de valorización mediante la cual los materiales de residuos son transformados de nuevo en productos, materiales o sustancias, tanto si es con la finalidad original como con cualquier otra finalidad. Incluye la transformación del material orgánico [...]”. En el concepto de reciclado no se incluye “[...] la valorización energética ni la transformación en materiales que se vayan a usar como combustibles o para operaciones de relleno”.

4. Otros tipos de valorización:

Como se ha visto, lógicamente, tanto la preparación para la reutilización como el reciclado se consideran operaciones de valorización, pero el Anexo II de la directiva menciona, sin carácter exhaustivo, otras posibles formas de valorización, en concreto:

- R 1: Utilización principal como combustible u otro modo de producir energía
- R 2: Recuperación o regeneración de disolventes
- R 3: Reciclado o recuperación de sustancias orgánicas que no se utilizan como disolventes (incluidos el compostaje y otros procesos de transformación biológica)
- R 4: Reciclado o recuperación de metales y de compuestos metálicos
- R 5: Reciclado o recuperación de otras materias inorgánicas
- R 6: Regeneración de ácidos o de bases
- R 7: Valorización de componentes utilizados para reducir la contaminación
- R 8: Valorización de componentes procedentes de catalizadores
- R 9: Regeneración u otro nuevo empleo de aceites
- R 10: Tratamiento de los suelos que produzca un beneficio a la agricultura o una mejora ecológica de estos

- R 11: Utilización de residuos obtenidos a partir de cualquiera de las operaciones numeradas de R 1 a R 10
- R 12: Intercambio de residuos para someterlos a cualquiera de las operaciones enumeradas entre R 1 y R 11
- R 13: Almacenamiento de residuos en espera de cualquiera de las operaciones numeradas de R 1 a R 12 (excluido el almacenamiento temporal, en espera de recogida, en el lugar donde se produjo el residuo)

5. Eliminación:

“Cualquier operación que no sea la valorización, incluso cuando la operación tenga como consecuencia secundaria el aprovechamiento de sustancias o energía”. La directiva detalla, en su Anexo I, algunas de las operaciones que tienen esa consideración³⁸. Téngase en cuenta que, como veremos, la incineración, aunque produzca energía, no será considerada como una operación de valorización si no cumple con los requisitos de eficiencia que establece la propia directiva.

-
- 38 D 1: Depósito sobre el suelo o en su interior (por ejemplo, vertido, etc.)
 D 2: Tratamiento en medio terrestre (por ejemplo, biodegradación de residuos líquidos o lodos en el suelo, etc.)
 D 3: Inyección en profundidad (por ejemplo, inyección de residuos bombeables en pozos, minas de sal o fallas geológicas naturales, etc.)
 D 4: Embalse superficial (por ejemplo, vertido de residuos líquidos o lodos en pozos, estanques o lagunas, etc.)
 D 5: Vertido en lugares especialmente diseñados (por ejemplo, colocación en celdas estancas separadas, recubiertas y aisladas entre sí y el medio ambiente)
 D 6: Vertido en el medio acuático, salvo en el mar
 D 7: Vertido en el mar, incluida la inserción en el lecho marino
 D 8: Tratamiento biológico no especificado en otros apartados del presente anexo que dé como resultado compuestos o mezclas que se eliminen mediante cualquiera de las operaciones numeradas de D 1 a D 12
 D 9: Tratamiento fisicoquímico no especificado en otro apartado del presente anexo y que dé como resultado compuestos o mezclas que se eliminen mediante uno de los procedimientos numerados de D 1 a D 12 (por ejemplo, evaporación, secado, calcinación, etc.)
 D 10: Incineración en tierra
 D 11: Incineración en el mar
 D 12: Almacenamiento permanente (por ejemplo, colocación de contenedores en una mina, etc.)
 D 13: Combinación o mezcla previa a cualquiera de las operaciones numeradas de D 1 a D 12
 D 14: Reenvasado previo a cualquiera de las operaciones numeradas de D 1 a D 13
 D 15: Almacenamiento en espera de cualquiera de las operaciones numeradas de D 1 a D 14 (excluido el almacenamiento temporal, en espera de recogida, en el lugar donde se produjo el residuo)

IV. VALORIZACIÓN

1. TRATAMIENTOS SEGÚN CATEGORIZACIÓN

El modelo europeo apuesta decididamente por la reconversión del residuo en recurso, especialmente mediante la reutilización y el reciclaje. Aunque todavía existen acusadas diferencias entre unos y otros países miembros³⁹, la media actual de reciclado en la UE es del 43% y los progresos son esperanzadores. El objetivo para el 2020 es alcanzar una tasa media de reciclado de RSU del 50%, y para el 2030 del 65%.

La apuesta de la UE por el reciclado es clara, pues en palabras de la Agencia Europea de Medio Ambiente:

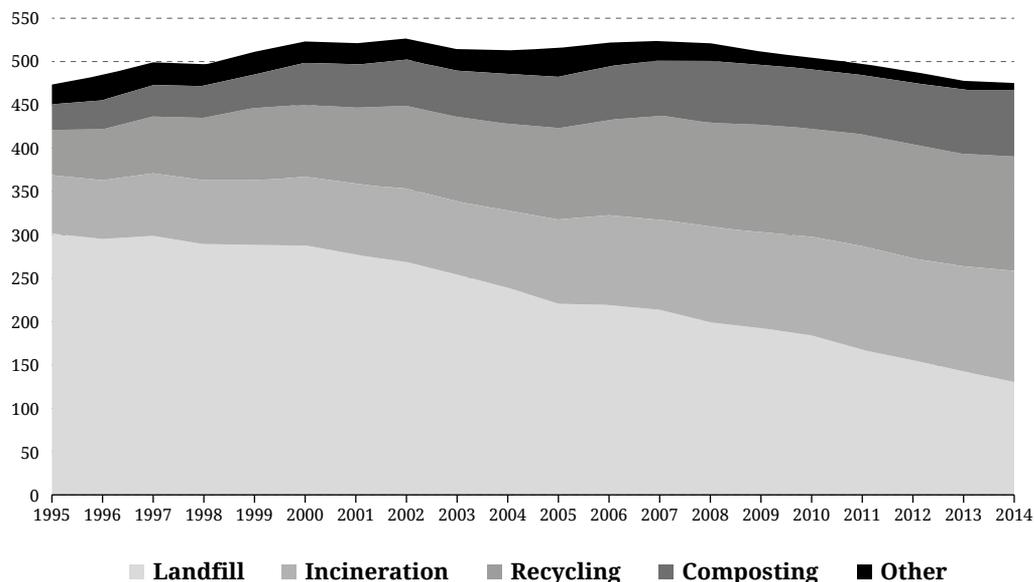
El reciclado es beneficioso para el medio ambiente porque evita vertidos y reduce por tanto las emisiones de contaminantes. También contribuye a satisfacer la demanda de materiales de la producción económica, frenando la extracción y el refinado de materiales vírgenes. Además, el reciclado ofrece importantes beneficios económicos y sociales: genera crecimiento económico y empleo, fomenta la innovación y contribuye a asegurar la disponibilidad de recursos críticos. El reciclado es vital para una prioridad fundamental de la política europea y global: el cambio a una economía verde que genere prosperidad manteniendo un medio ambiente sano y la equidad social para las generaciones actuales y futuras (Agencia Europea de Medio Ambiente 2016).

Sin duda alguna, reutilización y reciclado son las opciones de valorización ideales para los residuos, por ello se estimula al sistema productivo a progresar en la utilización de componentes y materias primas recicladas y a preparar sus productos, desde el diseño a la producción (criterio de prevención), para un posterior reciclado de la mayor parte de los mismos. Sin embargo, aunque mejoremos drásticamente nuestros métodos, el reciclado tiene, hoy por hoy, límites difícilmente franqueables. Una parte importante de los residuos no permite este modo de valorización y hay que proceder de otro modo para que podamos seguir considerándolos como recurso, ya que el objetivo fundamental de todo el sistema es reducir al máximo la cantidad de residuos destinados a la eliminación, solución final que, en definitiva, supone la incorporación de los residuos al ecosistema confiando en su capacidad de digestión; sin utilidad y con importantes efectos negativos sobre el ambiente y la salud.

En el siguiente cuadro se aprecia la constante reducción en Europa en el porcentaje de residuos destinados a eliminación (vertedero) y el correlativo aumento de métodos de valorización.

³⁹ Según informaciones recientes de Eurostat, Alemania recicla el 63,8% mientras que la República Checa está en el 25,4%. No obstante, los datos comparados sobre reciclado deben tomarse con precaución, ya que no siempre se utilizan en distintos países los mismos criterios de cómputo.

Tratamiento Residuos Sólidos Urbanos (Municipal Waste) periodo 1995 - 2014



Fuente: Unión Europea (2016)

La directiva, como vimos, detalla una serie de operaciones de valorización, distintas al reciclado, cuya conveniencia y eficacia dependerá de la naturaleza y composición de los residuos a valorizar. Dejando al margen ahora mismo a los residuos especiales (minería, construcción, etc.) y a los peligrosos⁴⁰, la mayor cantidad de residuos a tratar son los residuos sólidos urbanos, especialmente domésticos⁴¹, y estos, aun con grandes diferencias en los porcentajes de su composición, según la zona, el nivel de renta e, incluso, la época del año, son caracterizadas según fracciones⁴², correspondiendo a cada una de ellas diversas modalidades de tratamiento, tal como se ve en el siguiente cuadro:

40 Al respecto, puede consultarse la obra colectiva coordinada por RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Juan José y IRABIEN GULÍAS, Ángel, Gestión sostenible de los residuos peligrosos, Síntesis, Madrid, 2013.

41 Eurostat estima que en 2014 cada ciudadano de la Unión Europea generó 475 Kg al año de RSU, en promedio.

42 La caracterización se realiza según "flujos" de residuos, es decir, según su procedencia; ya provengan de recogida selectiva o mezclada.

Sistemas de tratamiento según fracciones

FRACCIÓN	TRATAMIENTOS
Fracción orgánica	- Instalación de compostaje - Instalación de biometanización
Resto	- Instalación de selección y clasificación - Instalación de tratamiento mecánico-biológico - Triaje + bioestabilización - Triaje + biometanización + bioestabilización - Incineradora (valorización energética o eliminación) - Depósito controlado con recuperación energética - Depósito controlado sin recuperación energética
Envases ligeros	Instalación de selección y clasificación de envases
Vidrio	Instalación de separación y preparación de vidrio
Papel y Cartón	Instalación de separación y preparación de papel y cartón
Voluminosos	Instalación de selección y tratamiento de voluminosos
RAEE	Instalación de tratamiento de RAEE
Textiles	Instalación de separación y preparación de textiles
Peligrosos	Instalación de tratamiento de peligrosos
Tierras y escombros	Instalación de reciclaje de tierras y escombros

Fuente: Ministerio de Agricultura y Medio Ambiente de España (2016 a)

La fracción orgánica, conocida como FORM o FORS⁴³, es tratada mediante instalaciones de compostaje o biometanización⁴⁴, aunque con un alto nivel de rechazo, lo que hace que buena parte de esta acabe en vertederos. En cuanto a la fracción seca o inerte (FSRM), dependiendo de la naturaleza del residuo, su destino es bien diferente. Especialmente si se cuenta con sistemas de recogida selectiva, en vidrio, papel y cartón, envases y textil, las tasas de reciclado son muy elevadas, superando frecuentemente el 70%.

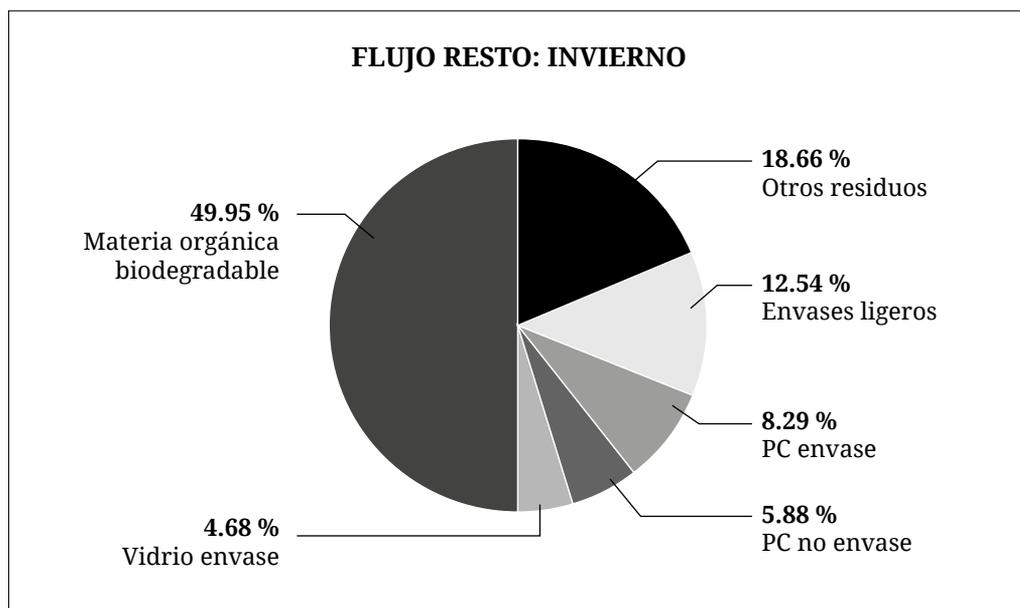
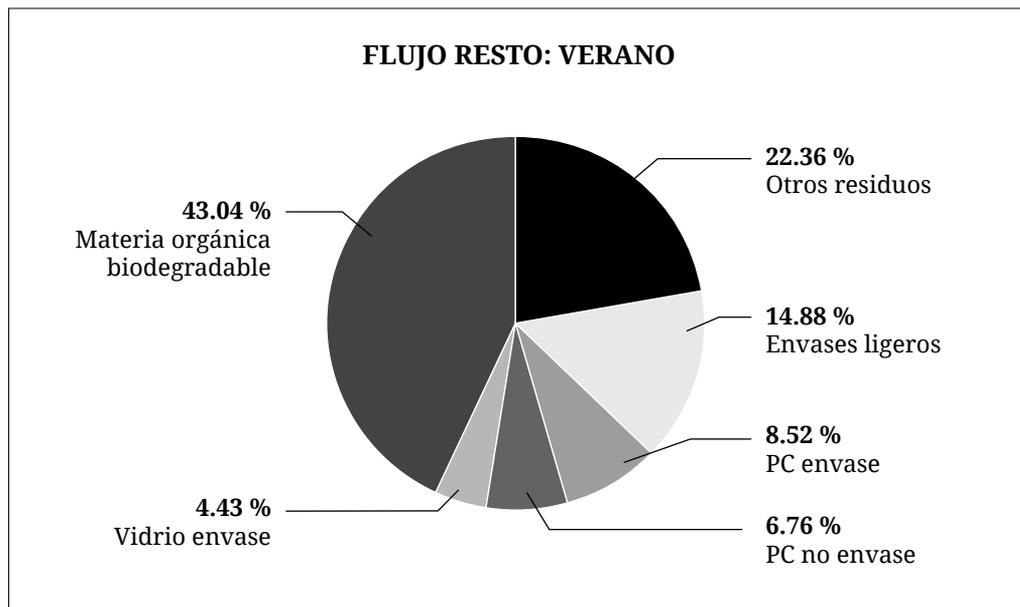
Por su parte, la fracción resto (FR) o residuos domésticos mezclados (RDM)⁴⁵ constituye, a su vez, un conjunto heterogéneo de componentes de variable composición. De su caracterización dependerá en buena medida el tratamiento que mejor le corresponda,

43 Que en España supone, aproximadamente, el 44% del total.

44 Según el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de España (2016 b), “[l]a biometanización o digestión anaerobia es un proceso biológico que, en ausencia de oxígeno y a lo largo de varias etapas en las que intervienen una población heterogénea de microorganismos, permite transformar la fracción más degradable de la materia orgánica en biogás, [...] un gas combustible de elevada capacidad calorífica (5.750 Kcal/m³)”.

45 Que son los que realmente constituyen un problema para su tratamiento. Al respecto, ver LE BOZEC, André; BARLES, Sabine; BUCLET, Nicolas y KECK, Gérard: *Que faire des déchets ménagers ?*, Versailles, Quae, 2012.

aunque siempre deberá pasar por un proceso de selección para obtener los residuos que puedan ser reciclados. En el 2012 se realizó un “Plan Piloto de Caracterización de Residuos Urbanos de Origen Domiciliario” a petición del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de España, que dio los siguientes resultados para el “flujo resto” distinguiendo entre verano e invierno _(Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente 2016):



2. EN PARTICULAR, LA TERMOVALORIZACIÓN⁴⁶

Aun contando con elevadas tasas de reciclado y tratando buena parte de la fracción orgánica mediante compostaje o biometanización, sigue quedando un resto (de la fracción “resto” y de la fracción “rechazo” de otros tratamientos) cuantitativamente importante que ya no permite ese triaje o resulta económicamente inviable.

En un interesante estudio publicado por el prestigioso Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía (IDAE) denominado “Situación y potencial de valorización energética directa de residuos. Estudio Técnico PER –Plan Estatal de Residuos- 2011-2020”, realizado en el 2011, se concluye que el potencial de la termovalorización es elevado, aunque se aplicara estrictamente la jerarquía en el tratamiento de los residuos que fija la directiva marco sobre residuos (Directiva 2008/98/CE, ya citada). Dicho de otro modo, aunque todo residuo fuese tratado de la mejor forma prevista en la norma y se contase con: “1. Recogida selectiva de papel y cartón, envases plástico, vidrio y fracción orgánica; 2. Plantas de tratamiento mecánico biológico para la fracción resto; 3. Plantas de compostaje para FORSU; 4. Plantas de digestión anaeróbica con FORSU; 5. Obtención de una fracción rechazo formada por las salidas de todas las plantas de tratamiento”(Grau y Farrel 2011), seguiría existiendo un resto importante cuyo destino, hoy por hoy, no podría ser otro que su eliminación en vertedero o el tratamiento térmico.

Como quiera que la eliminación se considera la peor de las opciones, a la que únicamente cabe recurrir cuando no es viable ningún proceso de valorización, la termovalorización es la solución preferida en Europa para los restos de RSU, una vez agotadas las posibilidades de reciclado que, en cada momento, estén al alcance de los distintos países.

En el mencionado informe del IDEA se detallan, de un modo comprensible y señalando las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas (Grau y Farrel 2011), las distintas tecnologías de que disponemos de cara a la termovalorización. Estas tecnologías son: incineración (con tres principales variables tecnológicas, los sistemas de horno en parrilla, horno rotativo y horno de lecho fluido), pirólisis, gasificación y plasma⁴⁷.

Por razones de índole económica y tecnológica, en Europa la práctica totalidad de instalaciones de tratamiento térmico utilizan las distintas tecnologías de incineración. Según datos de la *Confederation of European Waste-to-Energy Plants* (Cewep a 2016), en el 2014 estaban en funcionamiento en Europa un total de 482 plantas de

46 Se considera como tratamiento térmico de los residuos cualquier proceso destinado a su transformación mediante la aplicación de energía calorífica (incineración, pirólisis, secado, etc.) y termovalorización aquellos procesos térmicos orientados a extraer la energía contenida en los residuos (conocidos como procesos Waste to Energy), es decir, en los que los residuos actúan o son convertidos en combustible con un determinado grado mínimo de eficiencia.

47 La biometanización y otros sistemas de digestión anaerobia también son soluciones mediante tratamiento térmico, pero se utilizan para la fracción orgánica, no el resto. Por otra parte, entrarían en esta categoría los tratamientos (Mecánico/Físico o Biosecado) conducentes a convertir los residuos en combustible alternativo (Combustible de Residuos o CDR/CSR) en procesos industriales, pero tienen menor relevancia cuantitativa.

termovalorización (Cewep b 2016) que abastecían de electricidad a 17 millones de habitantes y de calefacción a otros 15 millones (Cewep c 2016).

Sin embargo, y con toda razón, la incineración ha sido, y sigue siendo, fuertemente criticada por sus negativos efectos sobre la salud humana y el medio ambiente. La combustión de cualquier residuo produce dioxinas y furanos⁴⁸, aparte de otras sustancias tóxicas y contaminantes; no obstante, debe distinguirse radicalmente entre la combustión espontánea (en vertedero) o la incineración descontrolada —ambos supuestos de altísima toxicidad—, y la incineración confinada y controlada de las plantas de última generación. La propia Organización Mundial de la Salud, en un reciente informe titulado “Las dioxinas y sus efectos en la salud humana” dice que: “En cuanto a la liberación de dioxinas al medio ambiente, la incineración descontrolada de desechos (sólidos y hospitalarios) suele ser la causa más grave, dado que la combustión es incompleta”, pero que “existe tecnología que permite la incineración controlada de desechos con bajas emisiones” (Organización Mundial de la Salud 2014).

La confusión, a veces interesada, proviene del uso indiscriminado del término incineración para cualquier proceso basado en la combustión, sin transformación previa, de los residuos, ya sea al aire libre, en plantas obsoletas o en instalaciones adecuadas y controladas. El rechazo social frente al tratamiento térmico de los RSU existe y es fácil de manipular, pero no se corresponde con los datos científicos que se extraen de las instalaciones que cumplen con la normativa⁴⁹. Pero, como dice Romero (2010: 186), “cuando se implantaron estas medidas protectoras (las derivadas de la vigente legislación) ya se había generalizado el rechazo por este modo de gestionar los residuos”. Y

48 Las dioxinas y los furanos son una familia de productos químicos complejos que contienen una sustancia denominada clorina. Son sustancias tóxicas a niveles muy bajos. Forman parte de los Contaminantes orgánicos persistentes (conocidos como COPs o POPs -Persistent Organic Pollutant-)

49 Son muchos los informes científicos que avalan el bajo riesgo de estas instalaciones. Un ejemplo es el exhaustivo control realizado durante los años 2009 y 2010 de las emisiones, presencia en suelo y vegetación y exposición humana de una planta situada en Tarragona (España) por los profesores de la Universidad pública Rovira i Virgili, Lolita VILAVERT, Martí NADAL, Marta SCHUHMACHER y José L DOMINGO “Long-term monitoring of dioxins and furans near a municipal solid waste incinerator: human health risks”, en Waste Manag Res Septiembre 2012 vol. 30 no. 9. En el que afirman categóricamente que “The current results clearly show that the MSWI of Tarragona does not produce additional health risks for the population living nearby”.

Por su parte, la Health Protection Agency del Reino Unido publicó un Informe en 2009 sobre The Impact on Health of Emissions to Air from Municipal Waste Incinerators, en el que afirma (punto 25) que “Regarding emissions from municipal waste incinerators, the current limit for dioxins and furans is 0.1 nanogram per cubic metre of emitted gases. A nanogram is one thousand millionth of a gram. Inhalation is a minor route of exposure and, given that Defra (Review of Environmental and Health Effects of Waste Management: Municipal Solid Waste and Similar Wastes. Extended Summary. Enviro, University of Birmingham and Defra. May 2004.) has calculated that incineration of municipal solid waste accounts for less than 1% of UK emissions of dioxins, the contribution of incinerator emissions to direct respiratory exposure of dioxins is a negligible component of the average human intake”. Disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384592/The_impact_on_health_emissions_to_air_from_municipal_waste_incinerators.pdf Consulta 12.10.2016

así sigue, no solo en Europa⁵⁰. Por eso mismo, el sector prefiere hablar de termovalorización, lo que implica, al menos en la Unión Europea, que los procesos cumplan con estrictas normas de emisiones y de eficiencia energética.

En efecto, desde hace años, la Unión Europea ha venido preocupándose por la proliferación de dioxinas, especialmente por su posible incorporación a la cadena alimentaria⁵¹. Desde la década de los ochenta, la UE ha legislado en diversas materias para reducir la emisión y presencia de estos compuestos, con lo que ha logrado reducciones significativas, como acreditan los sucesivos inventarios de emisiones. En el 2001 se aprobó la *Estrategia comunitaria sobre las dioxinas, los furanos y los policlorobifenilos*, en la que se analizaba la eficacia de las medidas adoptadas en el pasado, se valoraba la situación y se proponían nuevas actuaciones a corto y largo plazo para reducir el problema (Comunicación de la Comisión al Consejo, El Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social 2001).

En el pasado, las plantas de incineración constituían una fuente importante de emisiones de dioxinas y furanos, pero puede afirmarse que esta realidad ha cambiado. En la parte de la “estrategia” dedicada al “incineración de residuos” se dice que “en 1989, la Unión Europea aprobó por primera vez legislación para disminuir las emisiones de dioxinas procedentes de la incineración de residuos municipales estableciendo unas condiciones de funcionamiento, lo cual dio lugar a una reducción significativa de emisiones” y se recuerda que “la principal fuente de emisión de dioxinas en la Unión Europea ha sido tradicionalmente la incineración incontrolada de residuos”, con lo que, con las nuevas directivas, “[...] se pone fin a esta situación”.

Frente a esta contundente afirmación, debe tenerse presente que la “estrategia” se aprobó apenas un año después de la fundamental Directiva N° 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre del 2000, relativa a la incineración de residuos⁵², por la que se regularon minuciosa y estrictamente las instalaciones de incineración⁵³ y en la que, respecto de las dioxinas y furanos, aparte de establecer

50 En un trabajo publicado por el American Council on Renewable Energy (ACORE) en el que se plantea la posible aproximación del modelo de Estados Unidos (12% de los residuos destinados a termovalorización –Waste to Energy-) al sueco (49%), se habla de la importancia de modificar la percepción de la opinión pública acudiendo a tres argumentos: 1) La termovalorización reduce los gases de efecto invernadero; 2) La termovalorización es limpia y 3) No es cierto que compita con el reciclado. Respecto de la contaminación, se afirma que “after analyzing the inventory of waste-to-energy emissions, EPA concluded that waste-to-energy facilities produce electricity “with less environmental impact than almost any other source of electricity”.

Cfr. WILLIAMS, Matt. Waste-to-Energy Success Factors in Sweden and the United States. Analyzing the Transferability of the Swedish Waste-to-Energy Model to the United States, 2011. Disponible en <http://www.acore.org/wp-content/uploads/2012/04/WTE-in-Sweden-and-the-US-Matt-Williams.pdf> Consulta 12-10-2016.

51 En la UE se han vivido diversas crisis en las que la presencia de dioxinas en los piensos se trasladó a la cadena alimentaria constituyendo una grave amenaza a la salud. La primera fue en 1999, en Bélgica, a la que siguieron, como más graves, Holanda en el 2004, Irlanda en el 2008 y Alemania en el 2010.

52 Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0076&from=ES> Consulta 5.10.2016

53 Definidas por la Directiva (art. 3.4) como “cualquier unidad técnica o equipo, fijo o móvil, dedicado al tratamiento térmico de residuos con o sin recuperación del calor producido por la combustión, incluida la incineración por oxidación de residuos, así como la pirólisis, la gasificación u otros procesos de tratamiento térmico, por ejemplo el proceso de plasma, en la medida en que las sustancias resultantes del tratamiento se incineren a continuación.”

la obligación periódica de medición y las técnicas con que esta debe realizarse, se fija 0,1 ng/m³ como valor límite de emisión a la atmósfera⁵⁴. Este límite es el menor de los previstos por la legislación internacional que regula la emisión de estos compuestos⁵⁵.

Por otra parte, y al margen del estricto control de emisiones que en todo caso se produce, para que una instalación de incineración de RSU pueda considerarse como parte de un proceso de valorización de residuos, esto es, de termovalorización, tiene que cumplir unos exigentes parámetros de eficiencia. Así, el Artículo 23.4 de la mencionada directiva del 2008 sobre residuos dice que “cualquier autorización para incineración o co-incineración con valorización energética tendrá como condición que esta valorización de energía se produzca con un alto nivel de eficiencia energética”.

Ese “alto nivel de eficiencia energética” se concreta en el Anexo II, en el que se identifican aquellas actuaciones que la directiva considera “operaciones de valorización”, la primera de las cuales, como vimos, es la “utilización principal como combustible u otro modo de producir energía.” El mismo anexo aclara que únicamente podrán considerarse operaciones de valorización las realizadas en instalaciones de incineración destinadas al tratamiento de residuos sólidos urbanos cuya eficiencia energética resulte igual o superior a 0,60 o 0,65⁵⁶, dependiendo del año en que entraron en funcionamiento. Por otra parte, y atendiendo al momento en que las plantas de incineración de residuos fueron construidas, hay que tener en cuenta que en el 2006 se publicó el primer Documento de Referencia Europeo de las Mejores Técnicas Disponibles (BREF) referido a estas instalaciones⁵⁷. En este, y a lo largo de 648 páginas, se detallan las mejores técnicas disponibles (MTD o BAT, Best Available Techniques) para cada uno de los distintos procesos que se producen en una instalación de estas características. Su imperativa aplicación en las realizadas a partir de esa fecha garantiza la idoneidad en

54 Anexo V, d): “Todos los valores medios medidos a lo largo de un período de muestreo de un mínimo de 6 horas y un máximo de 8 horas. El valor límite de emisión se refiere a la concentración total de dioxinas y furanos calculada utilizando el concepto de equivalencia tóxica de conformidad con el anexo I.”

55 Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP), firmado el 23 de mayo de 2001 en Estocolmo y vigente desde el 17 de mayo del 2004.

Convenio de Ginebra de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia (CLRTAP) y, especialmente, su Protocolo de 1998 sobre contaminantes orgánicos persistentes en la Unión Europea.

En diciembre de 2009, el Protocolo sobre contaminantes orgánicos persistentes se modificó en la 27ª reunión del Órgano Ejecutivo del Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia. Las enmiendas introducidas añadieron una serie de requisitos adicionales en relación con la reducción de dioxinas, furanos y PCB al establecer valores límite de emisión para las incineradoras de residuos y otras instalaciones.

La Unión Europea ha trasladado al derecho interno de los Estados miembro esta normativa internacional mediante el Reglamento (CE) no 80/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre contaminantes orgánicos persistentes y por el que se modifica la Directiva 79/117/CE. El reglamento ha sido varias veces modificado. La última modificación, mediante Reglamento (UE) 2015/2030 de la Comisión, de 13 de noviembre de 2015

56 El Anexo especifica que el cálculo de eficiencia se realizará utilizando la fórmula que en el mismo se facilita.

La Directiva fue modificada precisamente en este punto mediante la Directiva (UE) 2015/1127 de la Comisión, de 10 de julio de 2015 por la que se modifica el anexo II de la Directiva 2008/98/CE, sobre los residuos; introduciendo en la fórmula del cálculo de eficiencia un “factor de corrección climático (CCF)”

57 Disponible en español en <http://www.prtr-es.es/data/images/BREF-Incineraci%C3%B3n-de-Residuos-Borrador-castellano.pdf> Consulta 12.10.2016

su funcionamiento y el cumplimiento de los distintos requisitos que la legislación les impone.

Con bajas emisiones y alta eficiencia energética, la termovalorización ofrece una solución, hoy por hoy⁵⁸, razonable, al ingente problema de los residuos sólidos, lo que explica su incremento en Europa y en otras partes del mundo. En *Tendencias en el tratamiento de residuos urbanos en Europa* se informa que uno de los tratamientos de residuos que ha aumentado en los últimos años “ha sido la incineración, que ha pasado de un 21% en el 2007 al 26% en el 2013” (Fundación Vida Sostenible, Informe de Sostenibilidad sobre Gestión de Residuos 2016), lo que supone un incremento de casi un 1% cada año. En China se está construyendo en la ciudad de Shenzhen, la que será la mayor del mundo y se planea construir 300 más en los próximos años. En otras partes del mundo se sigue igualmente esta tendencia y, si hacemos caso al propio Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), muchas ciudades buscarán resolver a la vez la disposición de residuos y generar electricidad o agua para calefacción mediante la termovalorización. En efecto, en un reciente, extenso e interesante informe (Naciones Unidas 2015) en el que plantea nuevas soluciones (mediante el enfoque *District Energy*) en el abastecimiento de energía sostenible a las ciudades, las soluciones “*Waste to Energy*” aparecen como indicadas en muchos casos. Hablando de las ciudades que mejor han gestionado este asunto, el documento dice que “of the 45 champion cities, 43 are using their ability to influence planning policy and local regulations to promote and accelerate district energy deployment through vision and target setting; integrated energy, land-use and infrastructure planning and mapping; connection policies; and waste-to-energy mandates” ((Naciones Unidas 2015: 13).

Como se dice en otra publicación de Naciones Unidas, “el renovado interés (en el Mundo) por el potencial energético de los residuos urbanos no es sorprendente, por dos razones: 1) una fracción considerable de los residuos, en función del país, puede consistir en componentes combustibles, es decir, materiales que pueden servir como combustible en la producción de energía térmica; y 2) la incineración de los residuos municipales y el uso del calor residual producido a partir de ellos se ha practicado en Europa durante muchos años” (Naciones Unidas 2005: 253).

La termovalorización es, pues, una opción solvente de cara a progresar en la sostenibilidad, construyendo una economía circular con la reconversión de los residuos no susceptibles de reciclado en un recurso energético.

58 No es descartable, sino más bien seguro, que un futuro salto tecnológico convierta en obsoletas estas instalaciones, pero debemos dar respuesta con la tecnología de la que hoy disponemos a problemas que no soportan la espera. Como, por otra parte, ha hecho siempre la Humanidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE

- 2014 Basura en nuestros mares. Consulta: 13 de setiembre del 2016.
www.eea.europa.eu/es/senales/senales-2014/en-detalle/basura-en-nuestros-mares
- 2016 Residuos y recursos naturales. Consulta: 9 de octubre del 2016.
<http://www.eea.europa.eu/es/themes/waste/intro>

ALENZA, José Francisco

- 2012 “Los principios de las políticas de residuos”. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, España, Nº 23, pp. 215-238.

ANDRÉ, Francisco y CERDÁ, Emilio

- 2006 “Gestión de residuos sólidos urbanos. Análisis económico y políticas públicas”. Cuadernos económicos de ICE. Ciudad, Nº 71.

BANNA, Farouk Mollah et al.

- 2014 Results-Based Financing for Municipal Solid Waste. Urban development series; knowledge papers no. 20. Washington D.C.: Banco Mundial. Consulta: 29 de setiembre del 2006.
<http://documents.worldbank.org/curated/en/237191468330923040/pdf/918610v20WP0FM0BE0CATALOGED0BY0WED0.pdf>

CEWEP

- 2016 a Portal institucional de Cewep. Consulta: 27 de noviembre del 2016.
www.cewep.eu
- 2016 b “Waste to energy plants in Europe 2014”. Portal institucional de Cewep. Consulta: 11 de octubre del 2016.
www.cewep.eu/information/data/studies/m_1488 Consulta 11.10.2016
- 2016 c Heating and lighting from waste. Cewep. Consulta: 11 de noviembre del 2016.
www.cewep.eu/information/publicationsandstudies/statements/ceweppublications/m_1489

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL

- 2001 Estrategia comunitaria sobre las dioxinas, los furanos y los policlorobifenilos. Bruselas. Consulta: 6 de agosto del 2016.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0593&from=ES>

COMISIÓN EUROPEA

- 2013 Green Paper on a European Strategy on Plastic Waste in the Environment. Bruselas. Consulta: 13 de setiembre del 2016.
http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/pdf/green_paper_plastic.pdf

CRUZ, Paulo

2015 “Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos”. Sequencia de la UFSC, Vol. 36, número 71.

FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio

2008 “La política ambiental de la Unión Europea en materia de residuos”. Noticias de la Unión Europea. Ciudad, N° 276, pp. 21-41

FLORES, Guilherme

2016 “Direito, Desenvolvimento e Governança Socioambiental Global: Do Produtivismo-Consumismo à Gestão de Resíduos Perigosos e Justiça Ambiental”. Tesis de doctorado en Programa Pós-Graduação strictu sensu em Ciência Jurídica Ciudad: Universidad de Alicante.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/62288/1/tesis_nazareno_flores.pdf

FUNDACIÓN VIDA SOSTENIBLE, INFORME DE SOSTENIBILIDAD SOBRE GESTIÓN DE RESIDUOS

2016 Tendencias en el tratamiento de residuos urbanos de Europa. Consulta: 28 de setiembre del 2016.
www.vidasostenible.org/informes/tendencias-en-el-tratamiento-de-residuos-urbanos-en-europa

JOINT GROUP OF EXPERTS ON THE SCIENTIFIC ASPECTS OF MARINE ENVIRONMENTAL PROTECTION [GESAMP]

2010 “Proceedings of the GESAMP International Workshop on micro-plastic particles as a vector in transporting persistent, bio-accumulating and toxic substances in the oceans”. Reports & Studies, No. 82. Consulta: 13 de setiembre del 2016.
www.gesamp.org/data/gesamp/files/media/Publications/Reports_and_studies_82/gallery_1510/object_1670_large.pdf Un resumen en español, en www.greenfacts.org/es/basura-marina

GARCÍA-MORENO, Fernando

2016 “El indiscutible protagonismo de la Unión Europea en la concepción, impulso y consolidación de los planes y programas de gestión de residuos: especial referencia a su regulación e implementación en España”. Revista internacional de direito ambiental, Caxias do Sul. Ciudad, volumen, número, pp. 119-166.

GRAU, Armengol y Oriol FARRÉ

2011 Situación y potencial de valorización energética directa de residuos. Estudio Técnico PER 2011-2020. Madrid: Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía (IDAE). Consulta: 10 de octubre del 2016.
http://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_11227_e15_residuos_c3ead071.pdf

HELLMAN, Jacqueline

2016 “¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional”, en Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8819.

HIDALGO, Ronald,

2012 “El concepto de ‘residuo’. Consecuencias sobre los deberes municipales de la Ley para la Gestión Integral de Residuos”. Revista de Ciencias Jurídicas, UCR, San José, N° 127, pp. 71-88.

HOORNWEG, Daniel y BHADA-TATA, Perinaz

2012 What a Waste: A Global Review of Solid Waste Management. Urban development series; knowledge papers N° 15. Washington D.C.: World Bank. Consulta: 29 de setiembre del 2016.
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17388>

**INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL TECHNOLOGY CENTRE - IETC e
INTERNATIONAL SOLID WASTE ASSOCIATION - ISWA**

2015 Global Waste Management Outlook. Consulta: 28 de setiembre del 2016.
www.iswa.org/fileadmin/galleries/Publications/ISWA_Reports/GWMO_summary_web.pdf

JACOBS, Michael

1996 La economía verde: medio ambiente, desarrollo sostenible y la política del futuro, Icaria Editorial, Barcelona, (primera edición).

LEONARD, Annie

2011 A História das Coisas, da natureza ao lixo. O que acontece com tudo o que consumimos. Rio de Janeiro, Zahar.

LEONARD, Annie [Letargo Acargo]

2011 La historia de las cosas - Annie Leonard (Completo). [Archivo de video]. Consulta: 21 de diciembre del 2011.
<https://www.youtube.com/watch?v=upJRjTcJORg>. Consulta 14/09/2016

LUNDGREN, Karin

2012 “The global impact of e-waste: Addressing the challenge”. Informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consulta: 27 de setiembre del 2016.
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_196105.pdf

MARTÍN, Ramón

1991 Tratado de Derecho Ambiental Vol. I. Madrid: Trivium.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

- 2016 a Introducción a los modelos de gestión de residuos. Consulta: 9 de noviembre del 2016.
www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevenccion-y-gestion-residuos/flujos/domesticos/gestion/modelo_gestion/Default.aspx
- 2016 b Sistemas de tratamiento. Valorización y reciclaje material. Consulta: 10 de noviembre del 2016.
www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevenccion-y-gestion-residuos/flujos/domesticos/gestion/sistema-tratamiento/Tratamientos-biologicos-biometanizacion.aspx
- 2016 c Plan piloto de caracterización de residuos urbanos de origen domiciliario. Consulta: 10 de noviembre del 2016.
www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/publicaciones/Informe_final_resultados_Plan_Piloto_Caracterizaci%C3%B3n_tcm7-277256.pdf

NACIONES UNIDAS

- 2001 Comisión sobre el Desarrollo Sostenible constituida en comité preparatorio de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Informe del Secretario General “Desarrollo sostenible de los asentamientos humanos y gestión ecológicamente racional de los desechos sólidos”. Consulta: 25 de agosto del 2016.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/292/72/PDF/N0129272.pdf?OpenElement>
- 2005 Solid waste manangement. Consulta: 6 de agosto del 2016.
www.unep.or.jp/Ietc/SPC/publications.asp
- 2015 District energy in cities. Unlocking the Potential of Energy Efficiency and Renewable Energy, United Nations Environment Programme. Consulta: 11 de agosto del 2016.
www.unep.org/energy/portals/50177/Documents/DistrictEnergyReportBook.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

- 2014 Las dioxinas y sus efectos en la salud humana. Nota descriptiva N° 225. Consulta: 6 de agosto del 2016.
www.who.int/mediacentre/factsheets/fs225/es

PERROT, Abeledo

- 2012 “Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho”. Revista de Derecho Ambiental. Buenos Aires, N° 32.

ROMERO, Arturo

- 2010 “La Incineradora de Residuos: ¿Está Justificado el Rechazo Social?”. Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Ciudad, Vol. 2014, número 1, pp. 175-187. Consulta: 11 de agosto del 2016.
www.rac.es/ficheros/doc/00913.pdf

SERRANO, Olga

2008 “Una distinción con importantes consecuencias jurídicas: residuos, subproducto y materia prima secundaria”. Revista de derecho urbanístico y medio ambiente. Ciudad, año 42, N° 239, pp. 145-201.

SERRANO, Olga

2009 “La plasmación de criterios jurisprudenciales en la Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre, sobre residuos”. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental. Ciudad, N° 16, pp. 145-153.

TERRAZA, Horacio

2009 Manejo de Residuos Sólidos. Lineamientos para un Servicio Integral, Sustentable e inclusivo”. Consulta 28 de setiembre del 2016.
<https://publications.iadb.org/handle/11319/2850?locale-attribute=es>

VÁZQUEZ, Daniel

2011 “La introducción del concepto de subproducto como una de las principales novedades de la Ley 22/2011, de residuos”. Diario La Ley, Madrid, N° 7722.

WASTE ATLAS

S.f. Waste Atlas. Waste management for everyone. Consulta: 25 de agosto del 2016.
www.atlas.d-waste.com

FALTA AUTOR DE LA NOTA AL PIE 11

AÑO “Perspectiva mundial en la gestión de residuos”. Fecha de consulta: 28/09/2016. Disponible en:
http://unep.org/ietc/Portals/136/Publications/Waste%20Management/GWMO%20report/GWMO_flyer_Spanish.pdf

DERECHO AMBIENTAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA ARGENTINA (CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ART 240° Y 241° CÓDIDGO CIVIL Y COMERCIAL)

Por: Néstor A. Cafferatta¹

SUMARIO

I. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; II. Artículos 240° Y 241° del CCYC columna vertebral ambiental; III. Consumo sustentable; IV. Responsabilidad civil preventiva; V. Responsabilidad reparatoria; VI. Inmisiones inmateriales y servidumbre de recreación; VII. Conclusiones.

I. NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (CCYC) DE LA NACIÓN ARGENTINA

El Código Civil y Comercial de la República Argentina (en adelante, Argentina) tiene vida reciente: no cuenta con más de un año de vigencia. La Ley N° 26.994 tuvo aplicación a partir de agosto del 2015, por ello la experiencia con el nuevo régimen de derecho privado no deja de ser una novedad.

Sin embargo, lo destacable es que la reforma, que llevó a la derogación de los centenarios códigos civil (1871), comercial y la modificatoria de la legislación complementaria representa una revolución copernicana o profunda en institutos de derecho privado de linaje y abolengo. Asimismo, es el fruto de evolución de los últimos treinta años de la cultura jurídica argentina en esta materia.

A partir del nuevo código unificado, están en revisión la teoría de las fuentes del derecho y su aplicación; la interpretación de las normas; la teoría de la decisión judicial; los

1 Secretario letrado de la Corte Supremo de Justicia de la Nación Argentina. Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires.

bienes jurídicos tutelados; los derechos con la incorporación de los derechos de incidencia colectiva, dentro de cuya familia se inscribe el derecho ambiental; los derechos de las comunidades originarias, de la responsabilidad civil por daños, que reconoce una nueva función de carácter preventiva; entre otras soluciones legales.

Es importante señalar que este código civil y comercial responde a las ideas del derecho privado constitucional, por lo que no solo reconoce la pluralidad de fuentes normativas –llevando a un diálogo de fuentes–, sino también introduce la fórmula de interpretación constitucionalizada. Por ello, parte de la base del Artículo 1º: los casos que el código rige “deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos”.

Esta norma se aplica directamente a las relaciones privadas, los derechos y garantías constitucionales. En esa línea, en lo referido a la interpretación, el Artículo 2º establece que “[l]a ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Por lo expuesto, este código civil y comercial, como señala Lorenzetti (2012), tiene como proposición metodológica central definir los grandes paradigmas del derecho privado a través de los principios que van a estructurar el resto del ordenamiento jurídico. No obstante, este código no solo unifica la materia civil y comercial (derecho privado), sino que también construye una comunidad de principios de la constitución, el derecho público y privado. Esto se observa claramente en la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los de incidencia colectiva, los de los consumidores y bienes ambientales.

En cuanto al Título Preliminar del Código, destacamos igualmente que esta norma unificada de derecho privado consagra la buena fe como un principio, en relación con el ejercicio de los derechos. En esa línea el Artículo 9º del CCYC sostiene que “[l]os derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Por otro lado, el Artículo 14º. Derechos individuales y de incidencia colectiva reconoce esta doble tipología o categoría de derechos, a la par que establece, al final de este mismo, un subtipo de abuso del derecho: el abuso del derecho ambiental, ya que afirma que “[l]a ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

La doctrina judicial argentina considera que el derecho ambiental es de incidencia colectiva, ya que se refiere al bien colectivo ambiente. En ese sentido, se afirmó que estos derechos son de pertenencia comunitaria o supraindividual, se refieren a bienes comunes, no susceptibles de fraccionamiento o división (indivisibles). Además, se sostuvo que el ambiente es un bien que se ubica en la esfera social de los individuos.

Por lo expresado –y siendo el derecho ambiental en Argentina un derecho de base constitucional (Artículo 41º), que podemos considerar un derecho humano, básico o esencial para la vida del hombre (un presupuesto del desarrollo humano), y atento

la importancia que tienen los tratados internacionales en el desenvolvimiento del derecho ambiental–, estos cambios en la estructura metodológica y epistemológica del CCYC resultan particularmente plausible.

Además, el derecho ambiental es transparente, ya que la buena fe es un principio básico de la especialidad (Principio 27 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992) y muchas de las situaciones, peligro o amenaza de daño ambiental están ligadas a conductas abusivas en el ejercicio de los derechos individuales.

Finalmente, el derecho ambiental es esencialmente *valorista y principista*. De manera que este reconocimiento del carácter vinculante de los principios y valores jurídicos, que efectúa el CCYC, es un enorme aporte del derecho privado a la defensa del ambiente.

Creemos que el derecho ambiental tiene su anclaje de determinación en los bienes y valores colectivos. Y que, más allá de que es una rama autónoma del derecho, tiene *cuerpo privado y alma pública, mixto o híbrido*, por lo que es transversal, horizontal o invasor, por lo que su carácter interdisciplinario, lo lleva a operar en el derecho público y en el derecho privado, indistintamente.

De este punto deriva la importancia de que este código introduzca normas de derecho ambiental en su estructura básica de derecho común, aplicables a las relaciones entre privados.

II. ARTÍCULOS 240° Y 241° DEL CCYC COLUMNA VERTEBRAL AMBIENTAL

El epicentro de la defensa del ambiente, en el CCYC, reside en los artículos 240° y 241°, en los que se brinda alojamiento privilegiado al derecho ambiental en el derecho privado. Debido a que el Artículo 240° del código –al establecer límites el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes–, no solo ordena que debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en general, sino que enfatiza en que no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Asimismo, el Artículo 241° afirma que cualquiera sea la jurisdicción en la que se ejerzan estos derechos, se debe respetar la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Los artículos 240° y 241° son la columna vertebral del sistema común de derecho ambiental dispuesto por el CCYC, toda vez que tratan de regular; por un lado, la necesidad de implementar efectivamente los principios, normativas y regulaciones previstas en leyes especiales de derecho ambiental de presupuestos mínimos; y; por el otro, llama a todos aquellos que tengan que adoptar decisiones críticas en la cuestión –de colisión

de principios–, a desarrollar un delicado juicio de ponderación o razonabilidad –en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 3° del CCYC, que requiere de los jueces adopten decisiones razonablemente fundadas–, en función de los bienes, intereses y derechos en juego, en casos de controversias, en el ejercicio de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva.

Cabe resaltar que su interpretación juega en conjunto con el Artículo 14° del CCYC, que introduce como novedad sobresaliente el abuso del derecho ambiental, cuando establece que la ley no ampara el abuso del derecho “cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Para detallar lo relación con las personas y los derechos de incidencia colectiva, el Título III. Bienes, Capítulo. I Bienes presenta la Sección 3°, la cual regula los bienes vinculados a los derechos de incidencia colectiva en el Artículo 240°. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. En ese sentido, el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Asimismo, debe formar parte de las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Lorenzetti (2012) explica que “[l]os códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el Código Civil y Comercial se reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva (artículo 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (artículo 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (artículo 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos”.

La visión desde la Constitución del Derecho Privado, la regulación del Derecho Privado Colectivo y la integración de fuentes (el diálogo de fuentes) son modalidades generales de este CCYC que en definitiva resulta un aporte a la protección del derecho ambiental.

El derecho ambiental es de jerarquía constitucional, de acuerdo con el Artículo 41° de la Constitución Nacional, de base grupal o colectiva, supraindividual. En ese sentido, se refiere a bienes colectivos o indivisos, bienes comunes y –porque se trata de casos de “sensible interés social”, casos difíciles (Morello 2004), complejos, de prueba ríspida, de normativa concurrente, que en ocasiones colisionan, entran en tensión o antinomia– requiere que el intérprete realice una fina labor; para lo cual, resulta indispensable contar con reglas claras de hermenéutica jurídica.

El artículo 240 del CCYC establece un límite al ejercicio de los derechos individuales. Bienes –propios, de los particulares o disponibles, o del dominio público o privado estatal– con relación a los derechos de incidencia colectiva, por los que se establecen límites al ejercicio de los derechos individuales sobre aquellos bienes.

De este modo, el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes individuales o colectivos debe ser (i) compatible con los derechos de incidencia colectiva, (ii) conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, (iii) y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el *leading* case de la materia “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, específicamente, en el pronunciamiento de apertura en la competencia originaria del 20/06/2006, fallos: 326:2316, afirmó “que el derecho ambiental ‘tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente’, que “tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”.

También, en esta sentencia, el tribunal expresó que en

[l]a tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

En otras palabras, el derecho ambiental es de incidencia colectiva, se refiere al bien colectivo ambiente, que se ubica en la esfera social de los individuos, y es de pertenencia supraindividual. Los bienes colectivos se caracterizan por presentar una estructura no distributiva y, por lo tanto, no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo; asimismo, no se pueden dividir para otorgárselos a los individuos y su creación o conservación está ordenada normativamente *prima facie* o definitivamente, de acuerdo con la doctrina brillantemente expuesta por Alexy (2008), y en nuestro país, por Lorenzetti (2006).

La mayoría de los casos judiciales ambientales es de “sensible interés social”, se levantan como “litigios masivos” de “justicia colectiva” (Lorenzetti 2010) o megacausas, acciones de clase, o procesos colectivos policéntricos (Lorenzetti 2008), encuadrados en la tipología de “casos difíciles” (Morello y Cafferatta 2004), relevantes, “complejos, de prueba ríspida, o alta tecnología” (Morello 2004).

Es frecuente la normativa concurrente en materia ambiental, debido a la superposición jurisdiccional, el carácter interdependiente del ambiente y la naturaleza “transversal” u “horizontal” interdisciplinaria de la cuestión, que –en determinadas situaciones o casos– provoca distintos grados de tensión o conflictos, al colisionar con otros

bienes, derechos, e intereses legítimos. Por ello, requiere algún intérprete, una aguda o fina labor de interpretación, para lo cual, resulta indispensable contar con reglas claras de hermenéutica jurídica.

Se debe tener presente que – a diferencia de los derechos individuales, que tienen por objeto bienes disponibles, diferenciados, divisibles o propios-, el anclaje de determinación del derecho ambiental son los bienes y valores colectivos. Por ello, “el paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza, que es un bien colectivo, lo define como escaso o en situación de peligro, y está dispuesto a limitar los derechos individuales” (Lorenzetti, 2008:6). De ahí que, en la relación entre derecho de propiedad y ambiente, deba reconocerse una “función ambiental de la propiedad” (Lorenzetti: 2008: 5).

Los derechos ambientales se alojan subjetivamente en intereses plurales de naturaleza indiferenciados, impersonales, y se refieren objetivamente a bienes indivisibles. Por ello, en el ejercicio concurrente de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales, deberán buscarse mecanismos de armonía entre el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles –en grado de compatibilidad–, con los derechos de incidencia colectiva, en especial, derecho ambiental, con el objetivo social de lograr la sustentabilidad.

Se destaca que la Constitución Nacional consagra, en el Artículo 41º, el derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano –con lo cual lo adjetiva, como un presupuesto del desarrollo humano– y el desarrollo sustentable. Asimismo, establece el *deber de preservarlo*, lo que se condice con los principios de política ambiental, prevención y precaución, contenidos en los artículos 4º y 5ª de la Ley N° 25675 - Ley General del Ambiente.

Dichos principios obligan al operador jurídico –el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental–, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño o predaño (Highton 1993)², operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, y tratando de impedir la consumación del daño ambiental.

El énfasis *preventivo*, frente al riesgo cierto; o *precautorio*, en situaciones de peligro de daño grave o irreversible, aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica, son características salientes del derecho ambiental (Cafferatta 2012)³.

De lo expresado, resulta que el Artículo 240º establezca límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles. Este ejercicio, de acuerdo con dicho artículo, “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” y “no debe

2 HIGHTON, Elena I. Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?, capítulo XXVIII, Derecho de Daños, Editorial La Rocca, 2º parte, 1993.

3 CAFFERATTA, Néstor A. (Director), “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario”, Néstor A. Cafferatta- Pablo Lorenzetti, Gustavo Rinaldi, Federico Zonis (Coautores), Tomo I, p. 229- 303, La Ley, 2012

afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

La norma dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios –aun sobre bienes del dominio público o privado– debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva.

A través del Artículo 240º, se introduce en nuestra legislación civil y comercial, el concepto de ambiente y el macrofin del derecho ambiental, es decir, la sustentabilidad, que demanda necesariamente una labor de articulación política jurídica.

El ambiente es el macrobien del derecho ambiental y, como tal, un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Los microbienes, por otro lado, son partes del ambiente, que en sí mismo tiene características de subsistemas, los cuales presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macrobien. En esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, entre otros. Es claro que lo predominante es la noción de interrelación–ecosistema–, la cual es esencial para la comprensión (Lorenzetti 2008)⁴.

Además, se menciona el ecosistema, formado por los seres vivos (componente biótico) y el lugar habitado por ellos (componente abiótico). También, se incluye, en esta regulación, otros componentes esenciales del derecho ambiental: uno de base constitucional, conforme el segundo párrafo del Artículo 41º, la biodiversidad⁵, que se define como la variedad de ecosistemas, de especies y genética; y, el paisaje (Lorenzetti 2005)⁶.

Enseña MICHEL PRIEUR – “Convención Europea del Paisaje”, su disertación en el “Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental”, El Calafate, Provincia de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004, citado por R. LORENZETTI, enseña que “el paisaje es un componente del medio ambiente y constituye parte del patrimonio colectivo, independiente de su valor y localización. Paisaje es cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones”.

4 LORENZETTI, Ricardo L, “Teoría del Derecho Ambiental”, p. 12, La Ley, 2008.

5 Convención sobre la Diversidad Biológica, adoptada en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, aprobada por Ley 24375 de 1994.

6 LORENZETTI, Ricardo: “El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental”, Edición homenaje al Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE, p. 315, “Derecho de las Obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los Contratos. Teoría General del contrato”, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005.

LORENZETTI⁷, enseña en relación al concepto que. “El paisaje es a la vez natural y cultural”. El paisaje pertenece al mundo físico (palpable), aunque son también parte del mundo simbólico. “Es a la vez, natural y cultural, físico y simbólico”,

“El paisaje está formado por un complejo mosaico de unidades físicas entrelazadas. Por lo tanto, es un subsistema dentro del sistema ambiental. El paisaje es un componente del medio ambiente. Fundamentalmente, lo que está en juego con la protección del paisaje es la biodiversidad natural y su belleza”.

“El paisaje no se ajusta a las categorías de lugar y es reactivo a los límites. ¿Dónde comienza y termina el paisaje? También se ajusta poco a los límites de tiempo ¿es igual en el presente que en el pasado? Es evidente que el paisaje cambia constantemente, como bien lo demostraron los pintores impresionistas”. “El paisaje es un elemento fundamental en la calidad de vida y en la creación de identidades individuales y comunitaria”.

Por lo que se concluye que el paisaje es concepto complejo, que comprende aspectos físicos o geográficos, del lugar, y aspectos subjetivos, espirituales, referidos al entorno que se percibe, siente, visualizamos. El paisaje cotidiano, que forma parte de nuestra identidad (véase los estudios de MICHEL PRIEUR, también de Ricardo LORENZETTI, finalmente, la Convención Europea del Paisaje, Florencia, 2000). Es un producto social, la proyección cultural de una sociedad en un espacio determinado desde una dimensión material, espiritual, ideológica y simbólica.

De regreso, a la cuestión de la sustentabilidad, la Constitución Nacional, en el Artículo 41⁸, adopta la conocida fórmula GRO BRUNDTLAND del desarrollo sustentable, cuando dice “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades del presente sin comprometer las de las futuras generaciones”. Esta referencia, aparece consolidada en nuestro micro- sistema especial, en la Ley 25675 General del Ambiente, mediante el artículo 4º, que menciona como principios de política ambiental, los principios de sustentabilidad y de equidad intergeneracional.

Este concepto implica -según la Declaración de Johannesburgo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, del 2002 (Río + 10)-, conjugar los tres pilares o dimensiones inseparables del derecho ambiental: la preservación ambiental, el desarrollo económico y el progreso social.

Se pone de relevancia que el artículo 240 in fine, regula una relación diferente que las clásicas del derecho civil y comercial. Se refiere a la relación no entre particulares,

7 LORENZETTI, Ricardo: “El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental”, “Derecho de las Obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los Contratos. Teoría General del contrato”, en especial p. 321- 324, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005. CAFFERATTA, Néstor A., “En defensa del paisaje”, JA, 2004-IV, 417. También véase, “El Monumento Nacional a la bandera y la protección del ambiente. En torno a la defensa del patrimonio histórico- cultural”, JA, 2004-III, fasc. N° 1.

8 La Constitución prevé que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer. Se enfatiza que la norma constitucional establece que el Estado proveerá a la protección de ese derecho, incluyendo el patrimonio natural y cultural.

ni tampoco entre empresas ni del Estado con los particulares, sino entre el hombre y la naturaleza. Se habla de una situación muy especial, porque tiene por eje la actividad del hombre con respecto a su entorno o ambiente, natural o ambiente cultural. Ahora debe velarse por el funcionamiento (función ecológica) y la sustentabilidad de los ecosistemas (y de sus componentes, flora, fauna, suelo, agua, aire, biodiversidad), sin olvidar la protección de otros valores, que mucho tienen que ver con la protección de bienes del patrimonio cultural (valores culturales) y el paisaje, entre otros.

La biodiversidad tiene una triple dimensión: de ecosistemas, de especies y la genética.

En relación al artículo 241, se recuerda que el último párrafo del Artículo 41 de la Constitución Nacional, fija un nuevo reparto de competencias legislativas ambientales: Corresponde a la Nación dictar las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas.

Al respecto, cabe aclarar que se entiende por las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, - según el Artículo 6° de la Ley 25675 General del Ambiente -, “a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”.

Las normas de presupuestos mínimos son normativa “de base”, orgánicas o estructurales, a las que se adiciona – un “plus de protección” - mediante el ejercicio por parte de las jurisdicciones o autoridades locales – o como lo dijera Germán BIDART CAMPOS⁹ - de la “competencia MAXIMIZADORA complementaria provincial.

El Estado Nacional lleva dictada diez (10) normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: Ley 25612 Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios (29/07/09), Ley 25670 presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs (19/11/02) – reglamentada por decreto 853/07-, Ley 25675 General del Ambiente (28/11/02), Ley 25688 Régimen de gestión ambiental de aguas (03/01/03), Ley 25831 régimen de libre acceso a la información pública ambiental ((7/01/04), Ley 25916 de Gestión Integral de Residuos domiciliarios (07/09/04), Ley 26562 de presupuestos mínimos de protección ambiental para el control de actividades de quema (16/12/09), Ley 26331 de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos (26/12/07) –reglamentada por decreto 91/09-, Ley 26639 régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial (28/10/2010) –decreto reglamentario 207/2011-, y la Ley 26815 de presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales (16/01/2013).

La Constitución Nacional, en el Artículo 41, consagra el derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Y para que las actividades productivas

9 BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, vol. VI, La Reforma Constitucional de 1994, p. 240, Ediar, 1995.

satisfagan las necesidades del presente sin comprometer las de las futuras generaciones, según la fórmula GRO BRUNDTLAND del desarrollo sustentable. Este concepto implica según la Declaración de Johannesburgo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, del año 2002 (Río + 10), tres dimensiones o pilares inseparable, ambiental, económico y social. También nuestra Constitución prevé el deber de preservarlo (comprensivo de los principios de prevención y precautorio), y que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer.

Las normas de presupuestos mínimos dice el Artículo 6° de la Ley 25675 General del Ambiente, son normas que se aplican de manera uniforme y común en todo el territorio de la Nación; se trata de normativa de base, que se integra con el ejercicio de la competencia maximizadora complementaria provincial. Al respecto, el Código Civil y Comercial, prevé que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, deben respetarse la normativa de presupuestos mínimos que resulte aplicable.

III. CONSUMO SUSTENTABLE

El artículo 1094, dispone la Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

La Argentina, mediante el decreto 1289/2010, internalizó la Decisión del Consejo del Mercosur N° 26, del 28/06/2007, en virtud de la cual se introdujo en nuestra legislación, una norma en materia de “Política de Promoción y Cooperación en producción y consumo sostenible”, en cuyo artículo 1°, se define consumo sostenible (CS) como “el uso de bienes y servicios que responden a necesidades del ser humano y proporcionan una mejor calidad de vida y al mismo tiempo minimizan el uso de recursos naturales de materiales peligrosos y la generación de desperdicios y contaminantes sin poner en riesgo las necesidades de las generaciones futuras”.

Al respecto, se ha dicho con razón, que el consumo sostenible es una parte esencial del desarrollo sostenible (BESALÚ PARKINSON)¹⁰. También que teniendo en cuenta los elementos y el significado de la definición de desarrollo sustentable, resultará más asequible determinar el significado de consumo sustentable.

La mayoría de las definiciones sobre consumo sustentable mencionan los siguientes aspectos: satisfacer las necesidades humanas. Favorecer una buena calidad de vida mediante estándares de vida digna. Compartir los recursos. Actuar tomando en cuenta las generaciones futuras. Considerar el impacto de productos que consumimos a lo

10 BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Salud, Alimentos y Desarrollo”, en Mackinson- Farinati, Salud, Derecho y Equidad, Buenos Aires, Ad- Hoc, p. 249.

largo del ciclo de vida. Minimiza el uso de los recursos y la generación de residuos y la contaminación.

Pablo LORENZETTI¹¹, recuerda la definición aprobada en el “Simposio de Oslo”, de 1994 y adoptada oficialmente por la 3° Sesión de la Comisión para el Desarrollo Sostenible (CSD III), en 1995. Consumo Sustentable: El uso de bienes y servicios que responden a las necesidades básicas y conllevan una mejor calidad de vida, minimizando el uso de recursos naturales y materiales tóxicos así como también la emisión de residuos y contaminantes sobre el ciclo de vida, de tal forma que no haga peligrar las necesidades de las futuras generaciones.

El consumo sustentable es una nueva forma de consumir, que se opone al consumismo¹². Ello implica un nuevo consumidor: responsable, solidario y consciente de sus acciones y de la posibilidad de incidir en los hábitos sociales, económicos y ambientales. El consumo sustentable es a la vez consumo crítico y consumo ético. El consumidor crítico es aquel que se pregunta por las condiciones sociales y ecológicas en las que ha sido elaborado un bien o un servicio, y exige calidad al mismo tiempo.

Tal como indican las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección al Consumidor, la responsabilidad del consumo sostenible la comparten todos los miembros y organizaciones de la sociedad. Los consumidores informados, los gobiernos, las empresas, los sindicatos y las organizaciones ambientalistas y de consumidores desempeñan funciones importantes. De allí se explica la importancia que esta normativa, ingreso en el Código Civil y Comercial.

Ricardo LORENZETTI¹³, señala que las relaciones entre el Derecho del consumidor y el Derecho Ambiental son cada vez más estrechas. En la medida en que se tome conciencia de las consecuencias públicas de los actos privados, las prácticas del mercado deben correlacionarse con las implicancias en materia ambiental.

Hay dos aspectos de gran interés: 1) la posibilidad de calificar como abusiva una cláusula contractual que lesiona, directa o indirectamente, el bien jurídico ambiental, como lo previó hace años la legislación brasileña (Código de Defensa del Consumidor); 2) es tratar las externalidades negativas del consumo, estableciendo deberes de los consumidores e incluso responsabilidades por el consumo no sustentable. La noción de consumo sustentable fue receptada por Resolución de las Naciones Unidas 153/1995, poniendo de manifiesto las externalidades negativas del consumo desenfrenado, cuyo límite es necesario en tiempos actuales.

11 LORENZETTI, Pablo: “Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos”, Exposición en las IX Jornadas Internacionales de Derecho Privado, Punta del Este, 2013.- GONZALEZ RODRIGUEZ, Lorena: “La sustentabilidad y el consumo”, p. 129, en la obra “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, PICASSO- VAZQUEZ FERREYRA (Directores), La Ley, Tomo II. Parte Especial. 2011.

12 Documento elaborado por la Unidad de Producción Limpia y Consumo Sustentable Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (enero 2006, PNUMA/ SAYDS)

13 LORENZETTI, Ricardo: “Consumidores”, Rubinzal- Culzoni, p. 68, 2009.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL PREVENTIVA

Ahora bien, la metamorfosis copernicana que produce este Código, no es plena si no consideramos que además, modifica el régimen de responsabilidad civil por daños. Porque introduce dos funciones más, a la tradicional función reparatoria o resarcitoria, me refiero a la función preventiva y disuasoria (a pesar que esta última aparece desdibujada, en su integridad, derivado del proceso legislativo de reforma). La función preventiva, propia de la tutela sustantiva inhibitoria, es una conquista enorme del novísimo Código Civil y Comercial, y viene a reforzar la defensa del medio ambiente. Porque es sabido, que la regla de oro del derecho ambiental es la prevención.

El Título V. Otras fuentes de las obligaciones. Capítulo I. Responsabilidad civil. Sección 1ª. Disposiciones generales. Artículo 1078 - Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención, a su reparación y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

La Sección 2ª prevé la función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva de la responsabilidad¹⁴.

Hemos escrito antes que ahora de la importancia que tiene el principio de prevención en materia jurídica ambiental¹⁵. Alexander KISS- DINAH SHELTON¹⁶, enseñan que la regla de oro del derecho ambiental es la prevención. Nuestra disciplina dice Ramón Martín MATEO¹⁷ es esencialmente preventiva. En lo ambiental más vale las soluciones tempranas, de anticipación del daño ambiental, porque se sabe que el daño ambiental de producirse lleva a situaciones de daño grave e irreversible o pueden conducir a un desastre, emergencia o estrago ambiental, que es necesario evitar y controlar.

Más vale prevenir que curar.

14 Artículo 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonable para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Artículo 1711 - Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Artículo 1712- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Artículo 1713- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

15 CAFFERATTA, Néstor A. "El principio de prevención en el derecho ambiental", Revista de Derecho Ambiental N° 0, Noviembre de 2004, p. 9, Abeledo Perrot.

16 KISS Alexander - SHELTON Dinah, "International Environmental Law", p. 6, Grahnan & Trotman, USA, 1991.

17 MARTÍN MATEO, Ramón: "Tratado de Derecho Ambiental", Volumen I, p. 93, Editorial Trivium, 1era. Edición, año 1992.

Hasta ahora la responsabilidad civil del viejo Código, estaba pensada para resarcir económicamente el daño, a partir del Código Civil y Comercial, queda expresamente establecido cuál es el juego actual del régimen de daños.

Lo primero es prevenir, y si no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente), y disuadir mediante sanciones pecuniarias disuasivas, para que aquellas conductas con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

Esta estructura no tiene cabida en el Código Civil histórico, de base napoleónica, pensado para resolver intereses propios, personales, directos, diferenciados, fragmentarios, individuales, egoístas, de base económica, individualista, más o menos discretos (de dominio, o derechos reales, de los contratos, familia, sucesiones, actos y hechos jurídicos de efectos intersubjetivos, de sociedades comerciales, de la industria), pero que desde el punto de vista ambiental, no sirve para resolver otros problemas de la gente, aquellos que atañen a la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la defensa de los bienes de la naturaleza, del patrimonio cultural (material e inmaterial), y para la defensa de las generaciones futuras.

Si seguimos con esta estructura clásica o tradicional en el Derecho Civil de Hispanoamérica, vamos a profundizar la tragedia de los bienes comunes (o bienes colectivos), que como son de todos no son de nadie en particular, nadie los defiende.

¿Cómo podemos tutelar el ambiente o la naturaleza en un sistema pensado para indemnizar el daño individual? ¿Debemos esperar impávidos o indiferentes que ocurra el daño para actuar? ¿Es justo admitir tan sólo, el resarcimiento o la indemnización de lo que, de producirse, puede resultar un daño grave e irreversible? ¿No es más justo o razonable pensar en un sistema con normas de prevención o evitación del daño, y para el caso de producirse, aplicar normas de reparación - en el que, conforme la Constitución Nacional, artículo 41, y la doctrina de la Corte, tiene prioridad absoluta, la recomposición o restauración?.

Desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique ex ante (y no ex post), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.

El ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial, fortalece la postura de defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el Derecho de Daños incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva y disuasiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes.

Responde a precedentes jurisprudenciales, doctrina autoral, y las Conclusiones de numerosos Encuentros Científicos de la especialidad de Derecho de Daños, en

especial las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2011¹⁸ (principio precautorio) y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2013, en punto a la aplicación de dicho principio, en la temática del Derecho del Consumidor.

Adoptar medidas que eviten o disminuyan la magnitud de un daño, o no agravar el daño si ya se produjo, es una fórmula perfecta para el Derecho Ambiental. Lo mismo se puede decir de las normas contenidas o proyectadas en materia procesal, respecto de la legitimación activa de obrar (para la que basta con acreditar un interés mínimo pero suficiente o razonable, por lo que acerca la acción a las características de la “acción popular”, en la que está autorizado para actuar cualesquiera del pueblo), en un ensanchamiento horizontal o envolvente de todos aquellos que se encuentren en la situación de incidencia colectiva, presupuesto de hecho del conflicto social ambiental.

Y de los alcances del contenido de la sentencia preventiva.

Resalta el artículo 1711, en cuanto establece que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. O sea en la acción preventiva es esencial que la relación de causalidad, no siendo exigible ningún factor de atribución o de imputabilidad (subjetivo u objetivo), para que se dispare el mecanismo de prevención de daños.

La novísima regulación de la función preventiva de la responsabilidad civil no exige factor de atribución alguno. Estando legitimado activamente para obrar en la justicia, aquel que resulte portador de un interés mínimo, pero suficiente o razonable. En ese sentido, este concepto de legitimado activo de obrar en materia de acción preventiva (tutela civil inhibitoria) que nos trae el Código del Derecho Privado, sirve para identificar al “afectado” (Artículo 43 Constitución Nacional, amparo colectivo ambiental) o titular del interés ambiental difuso, en casos o supuestos de acciones para evitar la producción de daños ambientales colectivos, de carácter masivo o supraindividual.

18 XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Conclusiones Comisión n. 3, de octubre de 2011.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL REPARATORIA

Por último, cerramos este capítulo, con una breve referencia a los presupuestos de responsabilidad por daños.

Artículo 1716¹⁹ Deber de reparar - Artículo 1717 - Antijuridicidad²⁰.

Muchos casos de daño ambiental constituyen daños injustificados (antijuridicidad material), a pesar que la actividad dañadora (obra o acción) está autorizada por el poder administrador, o sea lícita, desde el punto de vista formal.

De manera que la introducción por el Código de los conceptos indiscutibles del deber de reparar el daño, basado en el principio constitucional de no dañar al otro (Artículo 19 CN)²¹, contenido en el Artículo 1716, y de la antijuridicidad material por el daño injusto²², se adapta prima facie, a supuestos de daño ambiental colectivo (e individuales), en los que por ejemplo, la fábrica, la industria, la actividad en crisis, la conducta del polucionante, está autorizada, cuenta con los permisos, habilitaciones o certificados de aptitud ambiental requeridos por el derecho administrativo, en regla y forma, y no obstante generan una situación de daño ambiental (en ocasiones molestias), que no está justificado, no debe ser soportado por el afectado, damnificado o vecino, por resultar inaceptable o exceder los límites de la normal tolerancia.

CONCEPTO DE DAÑO²³

El concepto de daño refiere a una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho

19 Deber de reparar - La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

20 Antijuridicidad Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

21 LEONARDI HERBÓN, Hebe M., "La regla naeminen laedere en el Derecho constitucional", en obra colectiva "La Responsabilidad", Abeledo Perrot, 1995.

22 DE LORENZO, Federico Miguel, "El daño injusto en la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, 1996.

23 Artículo 1737 - Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Vid. PICASSO, Sebastián: "La reforma del derecho de daños", JA, 2011-IV, fascículo n. 13, p. 3. GALDÓS, Jorge: "La responsabilidad civil (Parte General) en el Anteproyecto", LL, 2012-C. p. 1253. PRÉVOT, Juan M., "La antijuridicidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", JA, 2012-IV., fascículo n. 13, p. 29.- SEGUÍ, Adela: "La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", JA, 2012- IV, fascículo n. 13, p. 9.-

Artículo 1738 - Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida.

Artículo 1739. Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Artículo 1740. Reparación plena. La reparación debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

de incidencia colectiva. De esta forma claramente incluye el daño ambiental colectivo²⁴ (en cuanto afecta a derechos de incidencia colectiva). También se podría inferir lo dicho, porque la ley menciona el patrimonio sin ninguna referencia adicional, por lo que comprende el patrimonio individual, público, o colectivo.

Que la indemnización comprenda el perjuicio directo o indirecto (y el daño ambiental es indirecto o reflejo), actual o futuro (que en nuestra materia es clave), como la pérdida de chance (calificada jurisprudencia²⁵ considera el daño ambiental como un daño a la salud, que provoca pérdidas de chances en los individual, que se resumen en un menoscabo las aptitudes reales o potenciales de la víctima de tener una mejor calidad de vida, o de expectativas de vida), también es relevante para el Derecho Ambiental.

Destacamos que constituyen normativa de aplicación en el Derecho Ambiental, el Artículo 1757²⁶ que introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva, en cuanto incluye no sólo las cosas (riesgo o vicio) sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Muchos casos de daño ambiental están ligados a actividades riesgosas o peligrosas; así por ejemplo el complejo industrial, o la maquinaria en su conjunto, las partículas que se emiten (material partículas en suspensión), emanan o vierten de los diversos establecimientos industriales, se encuadran en este supuesto de responsabilidad objetiva, en la que no es causal de justificación ni de exención de reproche, la autorización ni el permiso para el uso o la realización de la misma, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

24 LORENZETTI, Ricardo L., Director, "Derecho Ambiental y daño", obra colectiva, CATALANO, Mariana- GONZALEZ RODRIGUEZ, Lorena, Coordinadoras, La Ley, 2009. Autores: CAFFERATTA, Néstor A., "Teoría general de la responsabilidad civil ambiental", p. 11, SEGUÍ, Adela, "Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental", p. 93, GARROS MARTINEZ, Maria C., "La legitimación activa y pasiva", p. 163, SAGARNA, Fernando A., "El nexo de causalidad en el daño ambiental", p. 189, SAUX, Edgardo I.- MULLER, Enrique C., p. 215, "Daño Ambiental. Requisitos", p. 215, GALDÓS, Jorge M., "El daño moral colectivo. Su problemática actual", p. 253, SOZZO, Gonzalo, "El daño a los bienes culturales", p. 315, PERETTI, Enrique, p. 369, "La valoración del daño ambiental", en obra colectiva, bajo la Dirección de FALBO, Aníbal J., "Derecho ambiental", Platense, 2009, p. 133. CATALANO, Mariana: "La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica", RRCYS, Año X, N° 8, agosto de 2008, p. 53. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil por daño ambiental", LL,1994-C-1056. MOSSET ITURRASPE, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", en obra colectiva, "Daño Ambiental", p. 82, Rubinzal Culzoni.- ANDORNO, Luis O. "La responsabilidad por daño al medio ambiente", JA, 1996-IV-877. Para ampliar, GOLDENBERG, Isidoro- CAFFERATTA, Néstor "Daño ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 7, Abeledo- Perrot, 2001. PASSOS DE FREITAS, Vladimir, "El daño ambiental colectivo y la lesión individual", RDA, 0- 155. BESALÚ PARKINSON, Aurora S., "Responsabilidad por daño ambiental", Hammurabi, 2005.- LOPEZ HERRERA, Edgardo S., "Daño Ambiental. Análisis de la ley 25675", JA, 2006- I, fascículo n. 12, p. 3.

25 SCJBA, "Almada, Hugo N. y otro c/ Copetros SA y otro, y sus acumuladas, "Irazú, Margarita c/ Copetro SA y otro", "Klaus, Juan c/ Copetro SA y otro", del 19/05/98, publicada en JA, 1999-I-227, LLBA, 1998-940.

26 Artículo 1757- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

ADJUDICACIÓN DEL RIESGO PROBATORIO

Son relevantes las previsiones del Código Civil y Comercial, referidas al reparto de la carga probatoria.

El art. 1734, establece en materia de “Pruebas de los factores de atribución y de los eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes, corresponde a quien los alega”. El art. 1735 determina que “Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitirá a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

Al respecto, dice Jorge W. PEYRANO²⁷, que la distribución del onus probandi, se levantan más como normas de decisión judicial que de derecho probatorio, por lo que, compartiendo la sutil observación que formula Gabriel QUADRI²⁸, “si el derecho probatorio, como parte integrante del derecho procesal, aparece regulando la admisibilidad, la ejecutoriedad y la valoración de la prueba en el proceso, las normas de la carga de la prueba viene a quedar emplazadas, justamente fuera de él.- Concretamente, las normas sobre la carga de la prueba no integran el derecho probatorio”.

La concepción de las cargas probatorias dinámicas, nacida para flexibilizar la rigidez y estratificación legal del REPARTO DE ESFUERZOS²⁹, para adecuarlo en “supuestos anormales”³⁰, a las circunstancias de cada caso en concreto y “evitar incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad”³¹, - o que tiende a huir de toda norma genérica e inflexible, con carácter de abstracción, y poder apreciar a la verdad jurídica, con ajuste a las singularidades del caso³², produciendo el desplazamiento del ONUS PROBANDI y quien tendrá que probar la existencia o inexistencia de ese hecho será, no ya quien alegue ese hecho, sino sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Lo fundamental es el dinamismo (QUADRI)³³.

27 PEYRANO, Jorge W., “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema”, LL, 2008-C, 748.

28 QUADRI, Gabriel H. “Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, JA, 2914-III, fascículo n. 9, p. 14.

29 FALCÓN, Enrique: “Tratado de la prueba”, Tomo I, p. 278, Astrea, 2003.

30 COLERIO, Juan P., “La relatividad de las reglas de la carga de la prueba”, LL, 1990-B-298.

31 RDORIGUEZ, Claudia B., “La carga dinámica. Según la jurisprudencia”, JS, 2008-II, 1474.

32 DE LOS SANTOS, Mabel: “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentre en mejores condiciones de probar”, JA, 1993-IV-866.

33 QUADRI, Gabriel H. “Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, JA, 2914-III, fascículo n. 9, p. 14.

Jorge PEYRANO- Julio CHIAPINI³⁴ señalan que: son cargas dinámicas porque, según fueren las circunstancias del caso, pueden desplazarse hacia una u otra de las partes.

¡Es notable el avance que significa para el Derecho Ambiental, esta norma en el Código Civil y Comercial! La mayoría de los casos ambientales (litigios masivos), son casos complejos³⁵, casos difíciles, de prueba ríspida, de alta tecnología, de manera que resulta a todas luces de aplicación, en casos de ausencia probatoria, la carga dinámica de la prueba.

VI. INMISIONES INMATERIALES Y SERVIDUMBRE DE RECREACIÓN

Finalmente, no escapa a estas consideraciones, el papel significativo, que siempre tuvo en relación a la materia ambiental, el régimen de restricciones y límites al dominio, de molestias intolerables entre vecinos, del viejo artículo 2618 del CC, que hoy presenta una versión remozada, en el artículo 1973 del CCYC, bajo el nombre de inmisiones inmateriales o incorpóreas. Como asimismo, la novedad de la consagración de una servidumbre de recreo, que va a resultar útil para la defensa del ambiente.

Capítulo 4. Límites al dominio.

Artículo 1973 – Inmisiones³⁶. En el Código Comentado de BUERES, bajo la coordinación académica de Elena HIGHTON³⁷, se vinculaba el artículo 2618 CC, antecedente inmediato del novísimo artículo 1973 de inmisiones contenido en el Código Civil y Comercial proyectado, con las bases del derecho ambiental, cuyo texto dicho sea de paso, es fruto de la Ley 17711, aunque Vélez, lo había previsto aunque con menor alcance que el actual sistema del referido artículo.

34 PEYRANO, Jorge W.- CHIAPPINI, Julio O. “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en obra colectiva bajo la dirección de Jorge PEYRANO, la coordinación de LÉPORI WHITE, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, p. 17, Rubinzal Culzoni, 2004. PEYRANO, Jorge W. “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, p. 551, “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impediré en materia jurídica”, p. 565, de la obra “Procedimiento Civil y Comercial 1. Conflictos procesales”, Juris, 2002.

35 MORELLO, Augusto M., “Dificultades de la prueba en procesos complejos”, Rubinzal Culzoni, 2004. PEYRANO, Jorge W. “Inserción de las cargas dinámicas en los procesos colectivos”, p. 171, en “Herramientas procesales”, Nova Tesis, 2013. Del mismo autor, “La prueba difícil”, en “Problemas y soluciones procesales”, p. 315, Juris, 2008. “Sobre la prueba científica”, p. 371, en “Problemas y soluciones procesales”, op. cit.

36 Artículo 1973 – Inmisiones. Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad del uso, el interés general y las exigencias de la producción.

37 HIGHTON, Elena / WIERZBA, Sandra, p. 481- 487, en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, bajo la dirección de Alberto J. BUERES, la coordinación de Elena I. HIGHTON, Hammurabí, Vol. 5.

Inicialmente era para molestias que excedían el límite de las incomodidades ordinarias, y las molestias era ruido excesivo proveniente de establecimientos industriales o fabriles vecinos, y se resumía en una indemnización por daños, cuya base sentaba en el Artículo 2619 CC.

Luego con la Ley 17711, se ampliaron los supuestos de aplicación de la norma, hablando no sólo de ruido, sino también de humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o inmisiones similares (en realidad esta última terminología, que proviene del derecho romano, es una pequeña novedad que establece el Código), por lo que se entendía que la enumeración era meramente ejemplificativa, no taxativa ni cerrada.

En el Artículo 2618 además, se habla de excesos en la normal tolerancia (antes, incomodidades ordinarias). Y refiere la norma a una serie de estándares o parámetros jurídicos que el Juez deber ponderar razonablemente o tener en cuenta al resolver la cuestión: a) las circunstancias del caso; b) las condiciones del lugar; c) el respeto al uso regular de la propiedad; d) la prioridad del uso; e) las exigencias de la producción.

Todo ello aunque mediante autorización administrativa para aquella. Y como la redacción del Artículo 2618, utiliza desafortunadamente, la palabra o cópula “o”, para establecer las amplias facultades del Juez en la cuestión, ordenar el cese o la indemnización de daños y perjuicios, hubo desde entonces una polémica en la doctrina autoral y jurisprudencial, acerca del carácter de la misma, es decir si se trata de una alternativa o una acumulación. Con buen criterio el Código modifica el texto en punto a esta cuestión, para establecer que “según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños”.

Un instituto novedoso del CCYC, es la servidumbre de mero recreo, contenida en el artículo 2162, que puede resultar útil para la defensa del medio ambiente.

VII. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial constituye un enorme aporte para la defensa del ambiente.

- 1) Porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental), reconociendo los bienes comunes o colectivos. El derecho Ambiental, en ese sentido, es un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente.
- 2) Porque es un Código que reconoce el carácter obligatorio de los principios y valores jurídicos, caracteres que comparte con el derecho ambiental.
- 3) Porque con la CONSTITUCIONALIZACIÓN del derecho privado (derecho Privado Constitucional), integra o subordina el Derecho Civil y Comercial, a la Constitución y los Tratados Internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.

- 4) Porque introduce los conceptos de ambiente, sustentabilidad (macro fin del derecho ambiental), flora, fauna, el agua, la biodiversidad, y el paisaje.
- 5) Porque reconoce las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental.
- 6) Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, no solo al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, sino también de las comunidades de los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).
- 7) Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.
- 8) Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva (en especial, el abuso del derecho ambiental).
- 9) Porque reconoce la doble función del derecho de daños: preventivo, y de reparación, poniendo el acento en la evitación del daño, que para el derecho ambiental es un principio básico de política, y para casos de daños consumados, tendrá prioridad absoluta la recomposición.
- 10) Porque comprende en la regulación, el daño ambiental colectivo, los daños a las pérdidas de chances, y la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas por naturaleza.
- 11) Porque define claramente las amplias facultades del juez en casos de molestias intolerables derivadas de actividades de vecinos. Y lo que es más importante, flexibiliza la carga de la prueba, introduciendo la doctrina de las cargas dinámicas probatorias.
- 12) Porque amplía las servidumbres, con la servidumbre de recreo, de base ecológica.
- 13) Porque introduce el concepto de consumo sustentable como uno de los principios básicos en materia del derecho del consumidor.

Por último, una reflexión final.

Los artículos 240- 241 CCYC, hunden sus raíces en la Constitución Nacional, están inspirados en ideas de libertad, buena fe, paz, convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación³⁸, que resulta imprescindible para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales, con los derechos de incidencia colectiva.

38 LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del Derecho Ambiental", p. 40, La Ley, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert

2008 El concepto y validez del derecho. Gedisa Editorial. pp. 186-190.

BIANCHI, Alberto

2001 Las acciones de clase. Ábaco de Depalma.

LORENZETTI, Ricardo Luis

2006 Teoría de los bienes colectivos. En: Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho. pp. 332-335.

2008 Teoría del Derecho Ambiental. La Ley. p. 88.

2010 Justicia Colectiva. Rubinzal Culzoni. p. 65.

2012 Presentación del Proyecto “Código Civil y Comercial de la Nación”. Rubinzal Culzoni Editores. p. 12.

MORELLO, Augusto M. y CAFFERATA, Néstor A.

2004 Visión procesal de cuestiones ambientales. Rubinzal Culzoni.

DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: DESARROLLOS RECIENTES, BUENAS PRÁCTICAS Y DESAFÍOS¹

Por: Valeria Torres²

SUMARIO

I. Introducción; II. El camino desde Río 1992; III. Derechos de acceso, medio ambiente y derechos humanos; IV. Derechos de acceso en América Latina y el Caribe: Buenas prácticas y jurisprudencia; V. Consideraciones finales; VI. Bibliografía.

RESUMEN

En los últimos veinte años, los países de América Latina y el Caribe han avanzado de manera significativa en el reconocimiento legal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales. Estos “derechos de acceso” que corresponden a lo que se ha denominado derechos ambientales procedimentales, constituyen los ejes centrales del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Este desarrollo normativo tiene su origen en el reconocimiento cada vez mayor de que los derechos ambientales procedimentales constituyen una parte central en la relación medio ambiente y derechos humanos. No obstante estos progresos, y tal y como reconocieran los países signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 (A.CONF.216/13), América Latina y el Caribe aún enfrenta desafíos para la implementación cabal de estos derechos, los que

1 Este artículo ha sido actualizado a febrero de 2019.

2 Oficial de Asuntos Económicos (Política Ambiental), Unidad de Políticas para el Desarrollo Sostenible, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Correo electrónico: valeria.torres@un.org. Este artículo fue elaborado por la autora sobre la base del trabajo que realiza en la Unidad de Políticas para el Desarrollo Sostenible en materia de ciudadanía, derechos y medio ambiente. Las opiniones expresadas en este documento, sin embargo, son de exclusiva responsabilidad de la autora y pueden no coincidir con las de la organización. La autora agradece la valiosa ayuda de Francisca Aguilar, pasante de la División de División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos de la CEPAL, en la investigación y documentación de los casos de jurisprudencia aquí mencionados.

requieren de una acción mucho más concertada, proactiva y eficaz de las naciones. Este artículo revisa algunos desarrollos recientes en materia normativa, de prácticas y jurisprudencial en la aplicación de los derechos de acceso, así como su importancia para la realización del derecho de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente sano. Se busca así contribuir a la discusión actual respecto de los elementos que contribuyen a la efectiva aplicación de los derechos de acceso.

PALABRAS CLAVE

Derechos de acceso, medio ambiente, Principio 10, Acuerdo de Escazú, América Latina y el Caribe.

I. INTRODUCCIÓN

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, los países adoptaron la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo³, cuyos 27 principios han orientado desde entonces las políticas tendientes al desarrollo sostenible y ampliado la base del derecho ambiental. El Principio 10 señala 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 públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, 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”.

Con la adopción de este principio, los países iniciaron un camino innovador que reconoce que una ciudadanía informada y empoderada está mejor preparada para participar de manera significativa en las decisiones que afectan su ambiente y calidad de vida; que la participación informada es una herramienta efectiva para integrar las preocupaciones ambientales en las decisiones de políticas públicas y en la gobernanza de los recursos naturales; y que el acceso de las personas a recursos judiciales y administrativos permite asegurar que las decisiones de política respondan efectivamente al interés público acordado en una sociedad democrática al establecer instancias a las cuales recurrir en caso de vulneración de derechos (Torres 2016).

3 Véase [en línea] <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

En los últimos veinte años, los países de América Latina y el Caribe han avanzado de manera significativa en el establecimiento de marcos legales para resguardar los derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales. Este desarrollo normativo tiene su origen en el reconocimiento cada vez mayor que los derechos ambientales procedimentales constituyen una parte central en la relación medio ambiente y derechos humanos.

Este artículo revisa algunos desarrollos en materia normativa, de prácticas y jurisprudencial en la aplicación de los derechos de acceso, así como su importancia para la realización del derecho de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente sano. Se busca así contribuir a la discusión actual respecto de los elementos que contribuyen a la efectiva aplicación de los derechos de acceso.

II. EL CAMINO DESDE RÍO 1992

Desde su adopción en 1992, el Principio 10 de la Declaración de Río ha sido reafirmado y ampliado en múltiples acuerdos internacionales y regionales. En 1998, bajo el alero de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, se adoptó la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Convención de Aarhus), primer instrumento regional vinculante que desarrolla el Principio 10. Desde su entrada en vigor en 2001, la Convención de Aarhus ha impulsado avances normativos e institucionales en sus Estados Partes así como una mayor comprensión respecto de las mejores prácticas en materia de implementación efectiva de los derechos de acceso que ha servido como referente en el mundo entero.

En 2010, un nuevo impulso a la aplicación efectiva del Principio 10 lo representó la aprobación de las “Directrices para la elaboración de Legislación Nacional el Acceso a la Información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (conocidas como las Directrices de Bali, porque fueron adoptadas en esa ciudad) en el marco de una Sesión Especial del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Si bien voluntarias, han servido como referente para los países interesados en desarrollar y mejorar su legislación e instituciones nacionales para la aplicación efectiva del Principio 10 de la Declaración de Río. La publicación de la Guía de Implementación de las Directrices de Bali en 2015 compiló buenas prácticas en la aplicación del Principio 10 de todas partes del mundo (PNUMA 2015).

Las principales conferencias realizadas en el marco de las Naciones Unidas desde 1992 también han reafirmado el Principio 10. Es así como en el párrafo 164 del Plan de Implementación aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en 2002, se señala que:

“Todos los países deberían promover la participación pública, incluso mediante medidas encaminadas a proporcionar acceso a la información en lo que respecta a la legislación, los reglamentos, las actividades, las políticas y los programas. También deberían promover la plena participación pública en la formulación y aplicación de políticas de desarrollo sostenible. Las mujeres deberían poder participar plenamente y en un pie de igualdad en la formulación de políticas y la adopción de decisiones”⁴.

En 2012, en tanto, en el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, Río+20, denominado “El futuro que Queremos”, los países recalcaron que la participación amplia del público y el acceso a la información y a los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible (Párrafo 43). Alentaron asimismo la adopción de medidas a nivel regional, nacional y subnacional y local para promover el acceso a la información, la participación del público en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cuando proceda (Párrafo 99)⁵.

También en Río+20, diez gobiernos de América Latina y el Caribe impulsaron la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (A.CONF.216/13) en la que reafirmaban el compromiso con los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales, manifestaban su voluntad de explorar la viabilidad de avanzar hacia un instrumento regional que promoviera su cabal aplicación y solicitaban a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) que actuara como Secretaría Técnica⁶.

En la Declaración, los países signatarios, reconocen que los derechos de acceso son esenciales para la promoción del desarrollo sostenible, la democracia y un medio ambiente sano; y aportan múltiples beneficios tales como contribuir a tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente, involucrar al público respecto de los problemas ambientales, aportar a la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión pública y facilitar un cambio en los patrones de producción y consumo⁷.

Luego de dos años de fase preparatoria, en noviembre de 2014, los países signatarios de la Declaración dieron inicio a la negociación de un acuerdo regional estableciendo para ello un Comité de Negociación, que contó con la participación significativa del público y que fue liderado por una Mesa Directiva compuesta por Chile y Costa Rica como copresidentes, y Argentina, México, Perú, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago⁸.

4 Disponible [en línea] http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD_PlanImpl.pdf

5 Naciones Unidas (2012), El Futuro que Queremos. Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. A/CONF.216/L.1

6 A.CONF.216/13.

7 Véase la Declaración [en línea]

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/13&referer=/english/&Lang=S

8 Integraron el Comité de Negociación 24 países de América Latina y el Caribe: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Trinidad y Tobago y Uruguay.

El proceso concluyó el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica, con la adopción del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

El “Acuerdo de Escazú” se abrió a la firma de los 33 países de América Latina y el Caribe el 27 de septiembre de 2018 en la Sede de las Naciones Unidas⁹. A partir de ese momento se puede también ratificar. El acuerdo entrará en vigor una vez que lo ratifiquen o se adhieran 11 Estados.

El acuerdo establece obligaciones para que los Estados Partes mejoren sus leyes, políticas, instituciones y prácticas para garantizar que los derechos de las personas a la información, participación y justicia en asuntos ambientales sean respetados e implementados cabalmente.

De manera coincidente, en septiembre de 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un plan de acción transformador en favor de las personas, el planeta, la paz y la prosperidad: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible¹⁰. Esta nueva agenda universal incluye 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y 169 metas que juntos constituyen la hoja de ruta que los países han acordado para los próximos 15 años. La Agenda 2030 es un llamado a la acción para cambiar nuestro mundo sobre la base de una visión de futuro sumamente ambiciosa y transformativa. Aspira, entre otros, a un mundo sin pobreza en el que cada país disfrute de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible.

Esta nueva senda del desarrollo sostenible que han acordado los países, requiere, tal como se explicita en el objetivo 16, garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos, crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas, garantizar la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas, el acceso a la información, proteger las libertades fundamentales y promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias a favor del desarrollo sostenible.

Tanto la Agenda 2030 como el Acuerdo de Escazú relevan el círculo virtuoso entre los derechos de acceso, la protección ambiental y los derechos humanos, que se explica a continuación.

9 A febrero de 2018 había sido firmado por 16 países: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía y Uruguay.

10 A/RES/70/1 Naciones Unidas, 21 de octubre de 2015.

III. DERECHOS DE ACCESO, MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS

Desde su nombramiento en 2012, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, ha destacado el círculo virtuoso entre derechos de acceso, protección ambiental y realización efectiva de los derechos humanos, señalando que el ejercicio pleno de los derechos procedimentales de acceso a la información, participación y justicia produce políticas ambientales más transparentes y mejor informadas, lo que contribuye a un medio ambiente más sano que a su vez es una condición para que las personas puedan disfrutar de derechos humanos sustantivos como el derecho humano a la vida, a la alimentación y a la salud¹¹.

Tal y como ha planteado el Relator Especial, los Estados a menudo han codificado la relación de los derechos humanos con el medio ambiente mediante la adopción de un derecho explícito a un medio ambiente sano, por ejemplo, a través de sus constituciones nacionales. Al respecto, cabe hacer notar que la mayoría de los países de América Latina y el Caribe otorgan algún grado de reconocimiento al derecho a gozar de un medio ambiente sano.

Es así como países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela cuentan con un reconocimiento explícito del derecho a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación (como es el caso de Chile). En Argentina, Brasil y Bolivia este derecho abarca tanto a las generaciones presentes como futuras. En el caso de Bolivia, incluye además a otros seres vivos¹².

Dada su importancia para la realización del derecho de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente sano, en lo que sigue se revisan algunos desarrollos recientes –tanto normativos como jurisprudenciales– y desafíos para la aplicación efectiva de los derechos de acceso en América Latina y el Caribe.

11 Al respecto, véanse los informes del relator disponibles [en línea] <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx>; e informe de la Tercera Reunión reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (LC/L.3780).

12 Véase [en línea] el Observatorio del Principio 10 de CEPAL: <https://observatoriop10.cepal.org>

IV. DERECHOS DE ACCESO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: BUENAS PRÁCTICAS Y JURISPRUDENCIA

Como en otras regiones del mundo, la adopción del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 generó un impulso significativo en el fortalecimiento de los derechos de acceso en América Latina y el Caribe. De este modo, en las últimas décadas los países de América Latina y el Caribe han avanzado de manera significativa en el reconocimiento legal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales. Pero no obstante estos progresos, y tal y como reconocieran los países signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 (A.CONF.216/13), América Latina y el Caribe aún enfrenta desafíos para la implementación cabal de estos derechos, los que requieren de una acción mucho más concertada, proactiva y eficaz de la comunidad de naciones.

En muchos países de la región la legislación para facilitar la implementación del Principio 10 de la Declaración de Río aún no está desarrollada o encuentra dificultades de implementación. La falta de información disponible también impide la participación efectiva del público en la toma de decisiones que afecta su vida (CEPAL, 2018).

A más de 25 años de la aprobación del Principio 10 de la Declaración de Río, y a la luz de la reciente adopción del Acuerdo de Escazú, resulta pertinente revisar la literatura y práctica de modo de avanzar en la identificación de aquellos elementos que contribuyen a la aplicación efectiva de los derechos de acceso. Se agregan algunas referencias a la jurisprudencia tanto nacional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que permiten ahondar en la interpretación de algunos de los aspectos de la aplicación efectiva del derecho ambiental referido a los derechos de acceso.

1. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

Actualmente, en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe se otorga rango constitucional al derecho de acceso a la información pública, ya sea a través de un reconocimiento explícito, como es el caso de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, o a partir del reconocimiento de la libertad de expresión (mayormente en países del Caribe) o a través de la acción de habeas data¹³. En 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio un importante impulso a nivel internacional y regional en la promoción de los derechos de acceso, al reconocer el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano fundamental protegido por los tratados de derechos humanos, que debe ser respetado por los

13 Véase al respecto, CEPAL (2018).

Estados¹⁴. Es interesante, mencionar que este fallo tuvo su origen en una solicitud de información ambiental al Estado de Chile¹⁵. Numerosos fallos de cortes nacionales en la región han reafirmado la condición de derecho humano fundamental del acceso a la información pública¹⁶.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2006 (Claude, Reyes y otros Vs. Chile) contribuyó al desarrollo en la región de legislación nacional para resguardar el derecho de acceso a la información pública, de manera que a la fecha, 23 países de la región cuentan con legislación específica sobre el tema¹⁷.

Adicionalmente, la mayoría de las leyes generales del ambiente en la región contienen disposiciones de transparencia activa, es decir, obligación de poner a disposición del público determinada información sobre asuntos ambientales. En la práctica ello se ha traducido en la implementación de sistemas de información ambiental en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. Ejemplos de ello son los Sistemas Nacionales de Información Ambiental de Bolivia, Chile y el Perú, el Sistema de Información Ambiental (SIAC) de Colombia, el Sistema Único de Información Ambiental del Ecuador, el SIA de la República Dominicana, el Sistema Nacional de Información Ambiental y Recursos Naturales de México, entre otros.

Luego de más de 25 años de la aprobación del Principio 10 de la Declaración de Río cabe preguntarse cuáles son los elementos centrales para la aplicación efectiva del derecho de acceso a la información ambiental.

Respecto de la información pública general, se ha planteado que el resguardo de este derecho requiere de, al menos, cuatro elementos: reconocimiento legal del derecho de acceso a la información pública, definición clara y amplia de los sujetos obligados, obligación de poner a disposición de los ciudadanos determinada información (transparencia activa) y existencia de un órgano garante independiente y autónomo¹⁸.

Las Directrices de Bali en tanto incluyen 7 lineamientos para facilitar un amplio acceso a la información ambiental. Tres de ellas abordan expresamente la transparencia activa o el tipo de información ambiental que debe estar disponible al público (directrices 2, 4, y 5). Las restantes cuatro agregan elementos adicionales para garantizar el efectivo acceso a la información ambiental: acceso a la información ambiental sin necesidad de demostrar ningún interés (directriz 1), motivos de denegación claramente definidos

14 Véase la sentencia [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

15 El fallo de la CIDH tuvo su origen en la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras del Gobierno de Chile de entregar información sobre la empresa forestal Trillium y su proyecto Río Cóndor. Dicha negativa, refrendada por los Tribunales de Justicia del país, llevó a los peticionarios a recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para más información, véase: Consejo para la Transparencia (2016).

16 Véase al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013).

17 Véase [en línea] el Observatorio del Principio 10 de CEPAL: <https://observatoriop10.cepal.org/es/recursos/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-acceso-la-informacion-publica-ano>

18 Véase al respecto, De la Fuente (2014).

por ley y de interpretación restrictiva, teniendo en cuenta el interés público (directriz 3), divulgación de información en caso de amenaza inminente de daño para la salud humana o el medio ambiente (directriz 6) y creación de capacidades (directriz 7).

Todos los temas mencionados anteriormente fueron recogidos y forman parte de las disposiciones sobre acceso a la información ambiental del Acuerdo de Escazú¹⁹.

Además de incorporar disposiciones para garantizar que los motivos de denegación estén claramente definidos por ley y sean de interpretación restrictiva, en su artículo 5.5, el Acuerdo de Escazú precisa que la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas que sustentan la reserva y las razones que justifican la decisión²⁰.

Sobre el deber del Estado de justificar la decisión de restringir el acceso a la información, el Consejo de Estado de Colombia sentó jurisprudencia en una acción de tutela²¹, en la que se solicitaba a la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Negro y Nare (Cornare), copia del expediente correspondiente al trámite de la licencia ambiental de una empresa privada. Dicha corporación manifestó que parte de la documentación contenida en el expediente y en el estudio de impacto ambiental, estaba catalogada como información clasificada y reservada a la cual no podía dar acceso.

El Consejo de Estado determinó que “las restricciones del acceso a la información están sometidas a algunas condiciones muy precisas y definidas por la ley”. Y luego precisó que “donde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información, que la ley que restringe el derecho fundamental de acceso a la libertad de información debe ser precisa y clara (...), y la interpretación de la norma debe ser restrictiva (...)”. En particular, sobre el acceso a la información respecto de un estudio de impacto ambiental, el Consejo estimó que éste “es un documento fundamental en el que se ampara la autoridad ambiental para definir si accede o no a una licencia o permiso ambiental (...) Se trata, entonces, de un documento público al que se debe garantizar su acceso como una expresión de la prevalencia del interés general, del derecho de participación ambiental, de la protección al ambiente y del principio de publicidad”.

En este sentido, el Consejo determinó que la ley citada por la Corporación para denegar el acceso a la información en ningún caso clasificó de forma expresa al estudio de impacto ambiental como información reservada, y que en todo caso “(...) la reserva debe obedecer a un fin constitucionalmente legítimo, importante e imperioso, y que la restricción sea razonable y proporcionada.”. Consecuentemente, el Consejo determinó que hubo vulneración al derecho constitucional al acceso a la información dado que

19 Véase Naciones Unidas (2018).

20 Véase el artículo 5.5 del Acuerdo de Escazú (Naciones Unidas, 2018).

21 Radicación No. 11001- 03- 15 – 000 – 2016 -01943-01(AC). Disponible [en línea] <https://observatoriop10.cepal.org/es/jurisprudencia/sentencia-consejo-estado-colombia-radicacion-no-11001-03-15-000-2016-01943-01ac>

“la entrega del estudio de impacto ambiental a la accionante persigue como fin constitucionalmente legítimo el acceso a la información en su dimensión individual y social, es importante porque se habilita la participación de la comunidad en decisiones que atañen con la protección del ambiente, e imperiosa porque su conocimiento previo puede evitar la consumación de daños no solo ambientales sino también para la humanidad. De allí que su restricción sea irrazonable y desproporcionada”.

Un tema adicional incluido en el Acuerdo de Escazú corresponde a la aplicación de la prueba de interés público para favorecer un equilibrio adecuado entre el interés de retener la información y el beneficio público resultante de divulgarla²². Este es un tema que ha estado presente en decisiones adoptadas por los órganos garantes del acceso a la información pública en la región. Al respecto, cabe mencionar la Decisión de Amparo A115-09 del Consejo para la Transparencia de Chile que profundiza en lo que se ha denominado la *prueba o test de interés público* y resuelve favorablemente una solicitud de acceso a la información señalando que existen circunstancias excepcionales en que el interés público justifica la divulgación de información, específicamente cuando el beneficio público de conocerla es superior al interés de mantenerla en reserva. Destaca la decisión que algunos países han previsto en sus legislaciones los estándares que guían esta ponderación y que se conocen como prueba de interés público. En este caso, la autoridad señala que los antecedentes requeridos por el peticionario son fundamentales para permitir el control social sobre el otorgamiento de permisos de edificación por parte de las Direcciones de Obras Municipales y destaca que “lo anterior es especialmente importante considerando que el desarrollo de la ciudad interesa a todos sus habitantes y que la detección oportuna de eventuales irregularidades evitará que se consoliden y generen efectos negativos difíciles de revertir”²³.

2. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN ASUNTOS AMBIENTALES

El reconocimiento constitucional del derecho a la participación en la vida pública nacional está menos desarrollado en la región que el derecho de acceso a la información pública. En este contexto, cabe destacar las constituciones de Colombia y el Ecuador que hacen referencia explícita a la participación del público en los asuntos ambientales²⁴. Ambas constituciones abordan además de manera explícita la participación de

22 Véase el Artículo 5.9 del Acuerdo de Escazú (Naciones Unidas, 2018).

23 Véase la Decisión de Amparo A115-09 del Consejo para la Transparencia de Chile, disponible [en línea] http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A115-09/A115-09_decision_web.pdf.

24 Artículo 79 de la Constitución de Colombia (1991): “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”. Artículo 398 de la Constitución del Ecuador (2008): “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta [...]”.

las comunidades y pueblos indígenas en las decisiones respecto del uso y explotación de los recursos naturales²⁵.

Adicionalmente, en la mayoría de los países de la región la legislación de medio ambiente, así como algunas leyes temáticas o sectoriales que impactan al medio ambiente, incluye disposiciones sobre participación pública, y se han establecido consejos de participación ciudadana en temas ambientales (CEPAL, 2018).

En materia de participación de las comunidades y pueblos indígenas, la región ha ido avanzando en el entendimiento de la doctrina del consentimiento libre, previo e informado, de la mano del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (CEPAL, 2018). Tanto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como las cortes nacionales han sentado jurisprudencia sobre esta doctrina²⁶.

Respecto de los elementos para la implementación efectiva del derecho a participar en la toma de decisiones ambientales revisaremos tanto las Directrices de Bali como las Recomendaciones de Maastricht sobre promoción de la participación pública efectiva en la toma de decisiones en asuntos ambientales²⁷, ambas de carácter voluntario.

Siete Directrices de Bali abordan expresamente la participación de público en la toma de decisiones ambientales. Ellas se refieren a los siguientes temas: oportunidades para una participación efectiva en las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones (directriz 8), esfuerzos para fomentar la participación del público, incluido el fortalecimiento de capacidades (directrices 9 y 14), acceso a la información relevante para la toma de decisiones (directriz 10), consideración debida de las observaciones

25 Artículo 330 de la Constitución Política de Colombia: “[...] la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Artículo 57 de la Constitución del Ecuador: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras; 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. [...]”.

26 Véanse al respecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam del 28 de noviembre de 2007, disponible [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf; y la de la Corte Constitucional de Colombia: (2009). Sentencia T – 769 de 2009 de 29 de octubre. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla (En: Muñoz, I. 2016, Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades. Serie Medio Ambiente y Desarrollo No 164. LC/I.4280. Santiago, CEPAL.

27 Las Recomendaciones de Maastricht fueron elaboradas mediante un proceso abierto y participativo liderado por el Grupo de Trabajo sobre participación pública en la toma de decisiones en asuntos ambientales establecido en el marco de la Convención de Aarhus de la Comisión Económica para Europa y adoptadas en su Quinta Reunión de las Partes, celebrada en julio de 2014. Fueron redactadas en respuesta al pedido de la Reunión de las Partes de la Convención y miembros del público de contar con una orientación más práctica respecto de cómo mejorar la aplicación de las disposiciones de la Convención referidas a participación. Si bien pretenden ser una herramienta práctica para mejorar la aplicación de las disposiciones de la Convención de Aarhus, son también de interés para Estados que no son Parte de la Convención y otros actores interesados ya que están basadas en las buenas prácticas existentes. Pueden consultarse [en línea] http://www.uncece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/2015/1514364_E_web.pdf.

del público y publicación de la decisión final (directriz 11), oportunidades para la participación en el proceso de revisión de decisiones (directriz 12) y participación del público en la preparación de normas jurídicamente vinculantes y políticas, planes y programas relacionados con el medio ambiente (directriz 13).

Las Recomendaciones de Maastricht, por su parte, están divididas en cuatro secciones y un anexo. La primera sección aborda recomendaciones generales; la segunda aspectos relacionados con la participación pública en actividades específicas; la tercera se refiere a la participación pública en planes, programas y políticas; la cuarta aborda la participación durante la preparación de leyes y reglamentos; y el anexo incluye una tabla cuyo objetivo es clarificar las tareas que debieran o no ser delegadas por la autoridad pública en la implementación de los procedimientos de participación pública en la toma de decisiones ambientales.

Algunos de los temas que se abordan en las Recomendaciones y que permiten ahondar en aquellos elementos que contribuyen al ejercicio pleno del derecho de acceso a la participación en asuntos ambientales se abordan a continuación²⁸:

- *Participación del público cuando todas las opciones están abiertas incluida la “opción cero”*: Al respecto, las recomendaciones plantean que el público debe tener la posibilidad de formular observaciones y que éstas sean debidamente tomadas en cuenta, en una etapa temprana de la toma de decisiones, cuando todas las opciones están abiertas, incluida si la actividad propuesta debe llevarse a cabo (la llamada “opción cero”).
- *Definición e identificación del público que puede participar y medidas afirmativas*: Al respecto se plantea que la lista de posible público interesado no debería ser cerrada y debería estar abierta a incluir otros individuos o grupos que consideran tener un interés en la toma de decisiones y desean involucrarse en el procedimiento. Especial atención debe ponerse a identificar a aquellos grupos que por diferentes razones son difíciles de alcanzar (como por ejemplo, personas y/o grupos en situación de vulnerabilidad) así como aquellos que pueden obstaculizar la transparencia y el debido equilibrio en el proceso de toma de decisiones (como por ejemplo los grupos de presión), de modo de garantizar un proceso equilibrado y justo.
- *Plazos para la participación*: Las recomendaciones de Maastricht proporcionan algunos ejemplos concretos de lo que puede ser considerado (o no) plazos razonables para la participación pública. Es así como se considera razonable un período de seis semanas para que el público pueda revisar la documentación y prepararse para la consulta pública y otras seis semanas para que el público

28 Maastricht Recommendations on Promoting Effective Public Participation in Decision-making in Environmental Matters. Prepared under the Aarhus Convention. UNECE, 2014. Disponible [en línea] http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/2015/1514364_E_web.pdf.

pueda presentar sus comentarios, opiniones, análisis e informaciones pertinentes a la construcción de una planta de disposición de residuos. Se considera asimismo razonable un marco legal que establece un mínimo de 30 días entre la notificación del procedimiento de toma de decisiones y el inicio de las consultas públicas, siempre que este período mínimo pueda, cuando sea pertinente, ser extendido, tomando en consideración la naturaleza, complejidad y tamaño de la actividad propuesta. No se considera razonable, en tanto, un plazo de 20 días para que el público se prepare y pueda participar efectivamente si el período incluye días festivos; o un plazo de 10 días hábiles para que el público pueda analizar la documentación y prepararse para participar en la toma de decisiones respecto de un vertedero.

- *Consideración debida de las observaciones del público y publicación de la decisión final:* Al respecto, las recomendaciones plantean que debe haber una clara obligación en el marco jurídico para que sea la autoridad competente la que deba tener debidamente en cuenta el resultado de la participación del público. Agrega que no es suficiente si esta obligación se deja en manos del promotor de la actividad o, en su caso, del encargado de elaborar el Estudio de Impacto Ambiental. Este proceso debe ser además justo y no discriminatorio y debe poder resultar en cambios, medidas adicionales, selección de opciones alternativas o rechazo de la actividad propuesta. Agrega que esta obligación debe ser vista junto con la obligación de hacer público el texto de la decisión, incluyendo las razones y consideraciones en las que se basa. Se recomienda en este contexto que el marco legal incluya un requerimiento claro para que la exposición de motivos incluya como mínimo: i) una descripción de los procedimientos para la participación pública y sus fases, ii) todos los comentarios recibidos, y iii) cómo fueron incorporados esos comentarios en la decisión, identificando claramente aquellos comentarios que fueron aceptados en la decisión final, dónde y por qué, y aquellos que no y por qué no. La exposición de motivos debería ser publicada junto con la decisión final. Además de los documentos escritos que demuestran cómo los comentarios fueron debidamente tomados en consideración, en el caso de decisiones con impactos particularmente significativos al ambiente, se considera una buena práctica que las autoridades públicas realicen una reunión con quienes presentaron comentarios para discutirlos y explicar los argumentos que fueron considerados y los que no y la razón de ello.

Los temas señalados anteriormente fueron materia de negociación en el proceso para la adopción del Acuerdo de Escazú.

Un tema de amplia discusión en la región es aquel que dice relación con cómo deben ser ponderadas las observaciones del público y qué significa que éstas sean debidamente consideradas, tema que se aborda en el artículo 7.8 del Acuerdo de Escazú. Al respecto, un reciente fallo de la Corte Suprema de Chile nos da algunas luces²⁹. En el

29 Disponible [en línea] <https://observatoriop10.cepal.org/es/jurisprudencia/sentencia-la-corte-suprema-chile-rol-97792-2016>

caso “Hotel Punta Piqueros” (Causa Rol: 97792-2016), la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el titular del proyecto hotelero y la autoridad de evaluación ambiental, y confirmó la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, estimando que las observaciones ciudadanas no fueron debidamente consideradas. Lo anterior, debido a la ausencia de una línea de base que incluyera el estado del medio ambiente, particularmente de un roquerío denominado “Peñón Oreja de Burro”, antes del inicio de las obras, por lo que el examen llevado a cabo por la autoridad evaluadora acerca de los eventuales impactos del proyecto fue insuficiente y, por consiguiente, las observaciones ciudadanas en estos aspectos no fueron debidamente consideradas.

Asimismo, la Corte Suprema estimó que hubo información de relevancia que no estuvo en el Estudio de Impacto ambiental ni al alcance de la ciudadanía, particularmente referida a las vías de escapes del hotel en caso de tsunami y, especialmente, a la manera en que los ocupantes del hotel debían ser evacuados, todo lo cual incidió en un aspecto al que no se puede calificar de secundario o insustancial, pues afectaría la vida y salvaguarda de los huéspedes, siendo necesario abrir una etapa de participación para ello. A mayor abundamiento, si la ciudadanía participó en la etapa ordinaria donde no tuvo toda la información relevante, con mayor razón debería poder participar al presentarse estas nuevas modificaciones esenciales relativas a la salvaguarda en caso de tsunami. Por ello, la Corte finalmente ordenó permitirle a la ciudadanía formular aquellas críticas o sugerencias que estimare adecuadas, en resguardo de “una mejor calidad de las decisiones” y de “una adecuada gobernabilidad ambiental”. De lo contrario supondría, y vulnerando el principio de participación pública, cercenar una de las herramientas más relevantes del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, limitando así, sin motivo, la participación ciudadana por razones meramente formales.

3. DERECHO A ACCEDER A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES

Como se señala en el preámbulo del Acuerdo de Escazú, los derechos de acceso están relacionados entre sí y son interdependientes, por lo que todos y cada uno de ellos se deben promover y aplicar de forma integral y equilibrada.

Tal y como hemos visto en las secciones anteriores, el acceso a la justicia es un elemento central para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de acceso a la información y a la participación en asuntos ambientales así como la realización del derecho a vivir en un medio ambiente sano. Es así como varios países de la región otorgan reconocimiento constitucional al derecho de ejercer acciones legales en defensa del medio ambiente.

La región ha avanzado asimismo en el establecimiento instancias especializadas con jurisdicción ambiental, tanto en los sistemas de justicia como en instancias adscritas a organismos ministeriales o autónomos. Ejemplos de ello son las fiscalías

ambientales y tribunales agroambientales en Bolivia; los tribunales ambientales en Chile; el Ministerio Público, la Contraloría y las fiscalías ambientales en Colombia; y las fiscalías ambientales, el tribunal de fiscalización ambiental (en sede administrativa) y los juzgados de investigación preparatoria permanente especializados en delitos ambientales y otros, en el Perú.

Con el objetivo de avanzar hacia un entendimiento común respecto de los elementos requeridos para el ejercicio pleno del derecho de acceso a la justicia ambiental revisaremos nuevamente las Directrices de Bali, que si bien voluntarias, tal y como se ha mencionado anteriormente, reflejan el consenso internacional en la materia. Es interesante destacar que cerca de la mitad de estas Directrices se refieren precisamente al acceso a la justicia, lo que demuestra la importancia del enfoque basado en derechos para la aplicación del Principio 10 y el hecho de que sin una protección adecuada de los derechos y oportunidades concedidos en la legislación nacional, ellos pierden sentido (PNUMA, 2015: página 109).

Las directrices de Bali relacionadas con el acceso a la justicia en asuntos ambientales abordan los siguientes temas: acceso a procedimientos de revisión relativos a solicitudes de información (directriz 15), a la participación del público (directriz 16) y relativos a decisiones de actores públicos o privados que afecten al ambiente (directriz 17); interpretación amplia del derecho a iniciar una demanda en relación con asuntos ambientales (directriz 18); procedimientos eficaces para la revisión oportuna (directriz 19), acceso no prohibitivo y asistencia (directriz 20); recursos legales rápidos, efectivos y adecuados y aplicación oportuna y efectiva (directrices 21 y 22); difusión de información sobre acceso a los procedimientos de justicia (directriz 23); publicación de las decisiones (directriz 24); creación de capacidades (directriz 25) y solución alternativa de controversias (directriz 26).

Respecto del acceso a procedimientos de revisión relativos a solicitudes de información, y como ya hemos mencionado, un elemento central para el efectivo resguardo del derecho de acceso a la información pública es el establecimiento de órganos garantes autónomos. En este contexto, cabe destacar el caso de México, en donde el 2014 se otorgó autonomía constitucional al órgano encargado de tutelar el derecho a la información: el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales³⁰.

Los elementos identificados en las directrices de Bali han sido recogidos en el Acuerdo de Escazú, el cual incluye disposiciones referidas a los siguientes temas: derecho acceder a la justicia, mecanismos para recurrir, garantías de acceso a la justicia, defensores ambientales, facilitación de acceso a la justicia, apoyo a grupos en desventajas, publicidad de las decisiones adoptadas, fortalecimiento de capacidades, cooperación y resolución alternativa de controversias³¹.

30 Véase el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma de 2014.

31 Véanse los artículos 8 y 9 del Acuerdo de Escazú (Naciones Unidas, 2018).

Uno de los elementos que fue materia de discusión durante la negociación del Acuerdo de Escazú dice relación con quiénes están legitimados para actuar en defensa del medio ambiente. Al respecto, el Acuerdo señala en su artículo 8.3. que “para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: [...] c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional”. Cabe destacar el caso del Ecuador, en donde el artículo 397 de la Constitución de Montecristi establece la legitimación activa genérica, al reconocer el derecho de cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, a ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental. Agrega que la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. La Constitución otorga asimismo derechos a la naturaleza y en su artículo 71 señala que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Sobre esta materia, vale la pena destacar un fallo, recientemente pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la que un grupo de personas naturales, entre ellos niños/as y adolescentes interpusieron una acción de tutela por el incremento de la deforestación en la Amazonía³². Esta sentencia, invocó la justicia intergeneracional para justificar la legitimación activa amplia para recurrir ante los tribunales, y reconoció como sujeto de derechos a la Amazonía. Así la Corte estimó que “(...) Los reseñados factores, generan directamente la deforestación de la Amazonía, provocando a corto, mediano y largo plazo, un perjuicio inminente y grave para los niños, adolescentes y adultos que acuden a esta acción, y en general, a todos los habitantes del territorio nacional, tanto para las generaciones presentes como las futuras” por ello “(...) en cuanto al criterio de equidad intergeneracional, es obvia su transgresión, en tanto que el pronóstico de incremento de la temperatura para el año 2041, será de 1,6, y en 2071 hasta de 2,14, siendo las futuras generaciones, entre ellos, los infantes que interponen esta salvaguarda”. Y finalizó estimando que “[L]a justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos”.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El recientemente adoptado Acuerdo Regional sobre los derechos de acceso en asuntos ambientales constituye una oportunidad histórica para que luego de más de 25 años de desarrollos y desafíos, América Latina y el Caribe avance en la construcción de un estándar regional sólido que permita la aplicación efectiva del Principio 10 de la

32 Véase [en línea] <https://observatoriop10.cepal.org/es/jurisprudencia/sentencia-la-corte-suprema-justicia-colombia-stc-4360-2018>

Declaración de Río de 1992, y empodere a las comunidades para participar de manera significativa en las decisiones que afectan su entorno y calidad de vida así como en la gobernanza de los recursos naturales.

La participación activa de los países y del público de la región en la configuración del texto del Acuerdo sin duda permitió avanzar de manera progresiva y colaborativa en la construcción de un camino regional propio para el fortalecimiento de los derechos de acceso en asuntos ambientales. En esta tarea, los Estados tuvieron presentes los principios adoptados en 2013 y recogidos en la *Visión de Lima*: igualdad, inclusión, transparencia, proactividad, colaboración, progresividad y no regresividad³³.

El acuerdo favorecerá la aplicación del Principio 10 como una política de Estado y no solo de gobierno y permitirá, bajo una lógica de fortalecimiento de capacidades y cooperación, que los países más avanzados en la aplicación del Principio 10 compartan experiencias con aquellos con desafíos pendientes. De esta manera, se podrán implementar los derechos de acceso de una manera eficiente, alcanzando una mayor coordinación regional (CEPAL, 2018).

El momento para profundizar la aplicación del Principio 10 en la región no podría ser más oportuno. Uno de los aspectos que quedó en evidencia con la adopción de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible en septiembre de 2015 es que el bienestar humano está intrínsecamente vinculado con la calidad ambiental, la paz, la transparencia y la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas³⁴.

La significancia del Acuerdo de Escazú quedó de manifiesto en la declaración conjunta que 27 expertos de derechos humanos de Naciones Unidas publicaron en septiembre de 2018, en la que celebraron la adopción del histórico Acuerdo e instaron a los Estados de América Latina y el Caribe a firmarlo y ratificarlo a la mayor brevedad posible. En su declaración conjunta los expertos señalaron que “este histórico tratado regional no solo garantiza una buena gobernanza y derechos democráticos básicos, sino que también facilita la protección medioambiental y el desarrollo sostenible”. “Hay un énfasis especial en las personas y grupos en situaciones de vulnerabilidad y en las medidas para intentar ayudar a quienes más lo necesitan. Saludamos el enfoque de este tratado en superar las barreras y dificultades que obstaculizan el pleno disfrute de los derechos humanos relativos al medio ambiente, lo que resulta especialmente crucial en América Latina y el Caribe”, agregaron³⁵.

33 Véase el documento [en línea] http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38733/S2013913_es.pdf?sequence=1.

34 Véase al respecto [en línea] <http://www.cepal.org/es/articulos/2016-mas-ciudadania-desarrollo-sostenible>.

35 Véase [en línea] <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23557&LangID=S>

VI. BIBLIOGRAFÍA

CEPAL

2018 Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. LC/TS.2017/83. 2018

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2013 *Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/SER.L/V.II.147/CIDH/RELE/INF.10.13. 5 de marzo de 2013. Original: español.
Disponible [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

2016 *A 10 años del fallo de Claude Reyes: Impactos y Desafíos*. Santiago de Chile: Ediciones Consejo para la Transparencia.

DE LA FUENTE, Gloria

2014 “El derecho de acceso a la información pública en América Latina y el Caribe y los países de la RTA: Avances y desafíos de política”. *Revista Transparencia y Sociedad* N° 2.

NACIONES UNIDAS

2018 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. LC/PUB.2018/8/*.

MUÑOZ, Lina

2016 *Derechos de acceso en asuntos ambientales en Colombia: hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa con el entorno y las comunidades*. Serie Medio Ambiente y Desarrollo No 164. LC/L.4280. Santiago, CEPAL.

Programa de las Naciones Unidas para el medio Ambiente-PNUMA

2015 “Poner en práctica el Principio 10 de Río. Guía de implementación de las Directrices de Bali del PNUMA”. Nairobi: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
<http://www.unep.org/civilsociety/Portals/24105/documents/BaliGuidelines/UNEP%20MGSB-SGBS%20BALI%20GUIDELINES-Spanish%20final.pdf>

TORRES, V.

- 2016 “Un Debate Pendiente. Primera Sesión: Derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental”. Exposición realizada en Seminario: Reforma Constitucional y Protección del Medio Ambiente: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 16 de junio de 2016.

UNECE

- 2014 “Maastricht Recommendations on Promoting Effective Public Participation in Decision-making in Environmental Matters. Prepared under the Aarhus Convention”. Geneva: UNECE.
http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/2015/1514364_E_web.pdf.

EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO AMBIENTAL: DESAFÍOS PARA EL JUEZ¹

Por: Antonio Benjamin²

SUMARIO

I. Introducción; II. Idea de progreso en el orden constitucional; III. Transición de los derechos humanos y sociales para el derecho ambiental; IV. Prohibición de retroceso como principio general del Derecho Ambiental; V. Un principio en volución; VI. Aplicación del principio de prohibición de retroceso en la protección de los biomas; VII. Articulación entre los principios e instrumentos infraconstitucionales y la norma constitucional de garantía del mínimo ecológico; VIII. Aplicación práctica del principio de prohibición de retroceso ambiental; IX. Hermenéutica intergeneracional y control judicial del retroceso ambiental: de la degradación de la ley a la degradación del ambiente.

I. INTRODUCCIÓN

Nunca está de más recordar que vivimos en una era de consolidación y afirmación de derechos estatuidos, lo que repele la *institución teatral* y el *uso ornamenta* de las normas, fueren constitucionales o no³. En la misma línea, también se muestra incompatible con la postmodernidad – que enfatiza la dignidad de la persona humana, la solidaridad y la seguridad jurídica de las conquistas de la civilización – transformar los derechos humanos de las presentes generaciones, y garantías de los intereses de quienes serán postreros a nosotros, en un vaivén legislativo, cual acordeón desafinado e impredecible, que ora se expande, ora se retrae. Esta preocupación domina varios campos del Derecho, pero, de manera decisiva, gana centralidad en la tutela del medio ambiente.

1 Traducción de Jorge Aranda Ortega. Doctorando en Derecho, Universidad de Brasilia. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

2 Ministro del Tribunal Superior de Justicia de la República Federativa de Brasil y presidente de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN. Secretario General del Consejo Consultivo sobre Justicia Ambiental del PNUMA.

3 Cf. Antonio Herman Benjamin, *O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental*, en Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, IMESP, 2004.

Es en tal contexto que crecientemente se afirma el principio de la *prohibición de retroceso*, sobre todo en cuanto al llamado *núcleo legislativo duro* de la estructura del Derecho Ambiental, es decir, de los derechos e instrumentos directamente asociados a la mantención del “*medio ambiente equilibrado y adecuado*” (imprescindible para el pleno desarrollo de la vida humana y planetaria) y la obligación ineludible e irrenunciable del Estado de “promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”, conforme establecen, respectivamente, el inciso 22 del artículo 2° y el artículo 68 de la Constitución del Perú.

II. IDEA DE PROGRESO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Las constituciones modernas abrazan, directa o indirectamente, el “progreso de la humanidad” como concepto informador de su sistema. Al hacerlo, se muestran triplemente propositivas. Por un lado, porque se apunta, de manera inequívoca, a que la nación buscará mejorar, permanentemente, su calidad de vida. Por otro lado, porque no se trata sólo de un objetivo de concreción nacional, sino también de progreso *de y para* la humanidad, aspiración constitucionalizada de mejoría universal: un *progreso planetario*, de modo de incluir a todos los seres humanos y todas las bases de la vida en la Tierra, de las cuales nuestra sobrevivencia y bienestar dependen. Finalmente, porque se habrá de entender al progreso no sólo como *propiedad material*; al revés, se relaciona, se relaciona igualmente con la ampliación permanente del aparato de viejos (libertad, por ejemplo) y nuevos (la calidad ambiental, por ejemplo) valores colectivos por excelencia, y con subproductos de la ética de la solidaridad y de la responsabilidad, vale decir, la *prosperidad inmaterial*, patrimonio etéreo e impalpable, pero de realidad indiscutible.

Es natural, entonces, que el *progreso*, como idea clave del proceso civilizatorio, ejerza una dominación irresistible – un dogma incluso – en la instituciones políticas y en el instrumental jurídico que le da soporte. No es sin motivo, por lo tanto, que se considere, por razones evidentes, como una insoportable e imperdonable aberración la mera hipótesis de caída, o incluso de estancamiento, de los niveles de renta, empleo y consumo de la población – ¡El pecado mortal del decaimiento! -. Ahora, si el crecimiento económico continuo parece ser la única, o dominante, vía de satisfacción de las expectativas estrictamente *materiales* de las personas y de la propia rutina de las políticas públicas, nada es más justo que, en el mismo orden de cosas, que los controles legislativos y los mecanismos de salvaguarda de los derechos humanos y del patrimonio ambiental de las generaciones futuras también observen idéntica índole, el “caminar solamente para el frente”.

La proposición nada tiene de reciente. No es de hoy que se defienda “que la civilización se movió, se mueve y se moverá en una dirección deseable”, conforme resume J.

B. Bury, en su clásica obra de inicios del siglo XX⁴, lo que la humanidad “avanzó en el pasado, continua avanzando ahora, y, con toda probabilidad, continuará avanzando en el futuro próximo”⁵. Bajo la capa política de esa idea clave, surge el *principio de prohibición de retroceso*, que manifiesta la “proscripción al legislador de suprimir, pura y simplemente, la concreción de la norma”, constitucional o no, “que trate del núcleo esencial del derecho fundamental” y de, al hacerlo, impedir, dificultar o inviabilizar “su disfrute, sin que sean criados mecanismos equivalentes o compensatorios”⁶. Este principio de traspasa de la esfera de los derechos humanos y sociales para el Derecho Ambiental.

III. TRANSICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SOCIALES PARA EL DERECHO AMBIENTAL

En el plano dogmático, el principio de la *prohibición de retroceso* viene recibiendo una marcada atención en la esfera de los derechos humanos y sociales⁷. Con todo, en ninguna otra área de los llamados “nuevos derechos” se manifiesta más la imperiosidad ético-política y la viabilidad jurídico-material de garantizar la mantención y el progreso de las existentes medidas legislativas protectoras en el Derecho Ambiental, disciplina en la cual frecuentemente se observan medidas legislativas de retroceso⁸.

Primero, porque sería un contrasentido admitir la posibilidad de regreso legislativo, cuando, para muchas especies y ecosistemas en vías de extinción o ya regionalmente extinguidas, la barrera límite del peligro – la señal roja del mínimo ecológico constitucional – ya dejó de ser respetada, cuando no irreversiblemente sobrepasada. En un sentido o en otro, para usar una expresión coloquial, no hay más cera que la que arde. Segundo, porque la materia de fondo – que reúne, en diálogo íntimo, la perspectiva de los derechos humanos (reconocidos universal e internacionalmente por acuerdos y tratados, tanto como por la justicia especializada) y de los derechos fundamentales (perfilados expresamente por la norma constitucional, de Derecho Interno) – agrega, en el plano subjetivo de la relación jurídica, el componente de la *generaciones futuras*, reconocidas, de manera directa, por el ordenamiento jurídico brasileño, incluso sin presencia física o voz en los debates legislativos del presente, más aún en los que

4 J. B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*, London, Macmillan and Co., 1920, p. 2.

5 Robert Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2008, p. XI.

6 Felipe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 298

7 En la doctrina brasileña, sobre el tema, con enfoque en los derechos sociales, cf. Felipe Derbli, *Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007; Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010; Narbal Antônio Mendonça Fileti, *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, São José, Conceito Editora, 2009; Mário De Conto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: Uma Análise a Partir dos Pressupostos da Hermenêutica Filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

8 Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 437.

apuntan a retroceder en el marco legal, en sí mismo ya insuficiente e incapaz de contener la crisis ambiental que nos inquieta. Sin hablar, claro, de los millones de especies, la mayor parte aún desconocida por la Ciencia, nuestros compañeros de jornada planetaria, con presencia física en el universo de los seres vivientes, pero igualmente sin voz o capacidad de participación política y jurídica⁹.

Hay un tercer punto, más pragmático. Es que la aplicación de la *prohibición de retroceso* en el Derecho Ambiental no acarrea las fuertes *objeciones presupuestarias* que incendian el debate en otros campos (basta recordar el dilema de la previsión social); el que se espera, en buena parte de los casos, es un *non facere*, representado, en la protección jurídica del *hábitat*, sobre todo de la flora, como un “no deforestar” o “no destruir”.

Luego, la mayor inversión reclamada no es, por consiguiente, en *dispendio* de los escasos recursos financieros públicos, que compiten con otras prioridades del Estado, sino que es un *ahorro* de los recursos naturales que aún existen. Se sabe que, por lo menos en Brasil (y en el Perú), una parte significativa del presupuesto de la Unión, de los Estados y de los Municipios es hoy utilizada no sólo en el financiamiento de actividades que, sin cuidado, pueden resultar en una fuerte devastación de la Naturaleza (piénsese, a título de ejemplo, en el crédito agrícola, frecuentemente utilizado en violación de prescripciones ambientales legales claras e inequívocas), sino que también en la recuperación de la vegetación degradada (los financiamientos públicos para la reforestación con especies nativas, por ejemplo), sin hablar de las obras de infraestructura destinadas a prevenir o remediar las pérdidas de vida y los daños patrimoniales incalculables que devienen de crecidas, agradación de los ríos, deslizamiento de laderas y marejadas.

Cumplir con el principio de la *prohibición de retroceso*, en tal escenario, no aumenta costos; por el contrario, economiza gastos, presentes y futuros, tanto en capital financiero mal empleado, como en capital natural dilapidado. Además de eso, se invierte el esquema de “reserva de lo posible”, frecuentemente usado en debates relativos a prestaciones positivas y financieras constitucionalmente reivindicadas por el Estado. Así es porque, debilitándose la eficacia de la Constitución, por el retroceso en la legislación infraconstitucional, se crea para sus destinatarios-beneficiarios (esto es, la colectividad) un campo insuperable y perverso de “reserva de lo imposible”, un conjunto de normas retóricas, sin eficacia práctica: imposibilidad de proteger los valores establecidos en la Constitución, imposibilidad de traducir sus órdenes en acciones concretas, imposibilidad de densificar legal y mínimamente su contenido y expresión.

Inclusive que los costos, hasta elevados, estuviesen asociados al principio de *prohibición de retroceso* ambiental (lo que no es el caso, se repita), como se trata de resguardar

9 Sobre el debate ético-jurídico y su repercusión en nuestro Derecho Ambiental, cf. Antonio Herman Benjamin, *A Natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*, in Volnei Ivo Carlin (Org.), *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Campinas, Millennium, 2009. pp. 49-68.

las bases de la vida, y, a menudo, salvar, literalmente, vidas humanas, en nada se justificaría economizar aquí para gastar acullá, o, peor, gastar mucho más adelante con medidas de recuperación del medio ambiente degradado, de mitigación y de adaptación.

Cuestiones presupuestarias o la carencia de recursos materiales y humanos empalidecen, o deberían empalidecer, frente al desafío y a la demanda intergeneracional de propiciar bases ecológicamente sustentables a nuestro progreso.

IV. PROHIBICIÓN DE RETROCESO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL

A pesar de no encontrarse, con nombre y apellido, consagrado en las constituciones de Brasil y del Perú, ni en normas infraconstitucionales, y no obstante su relativa imprecisión – comprensible en institutos de formulación reciente y aún en pleno proceso de consolidación -, es seguro afirmar que la prohibición de retroceso se transformó en un *principio general del Derecho Ambiental*, invocable en la evaluación de la legitimidad, mayormente en aquello que afecte, particularmente a: a) procesos ecológicos esenciales; b) ecosistemas frágiles o al borde del colapso; y c) especies amenazadas de extinción.

Sí, es un principio general del Derecho, pues la previsión normativa explícita no se antepone como presupuesto insuperable a su reconocimiento. Es que la prohibición de retroceso no surge como realidad tópica, resultado de alguna referencia a un dispositivo legal específico y aislado. Al contrario, se trata de un principio sistémico, que se funda y deviene de la lectura conjunta y del diálogo multidireccional de las normas que componen la totalidad del vasto mosaico del Derecho Ambiental. Además de eso, es un principio general, ya que las *bases y contenido ecológicos* (igual a decir mínimo ecológico, garantía de los procesos ecológicos esenciales, la hiperprotección de los ecosistemas frágiles o al borde del colapso, la preservación absoluta de las especies amenazadas de extinción) de la prohibición de retroceso están claramente afirmados en la Constitución y en las leyes ambientales brasileñas y peruanas.

Nótese que el texto constitucional peruano (así como el brasileño), en la protección del medio ambiente, se organiza, como referimos anteriormente, en torno de bien revelados y fijados *núcleos jurídicos duros* (“centro primordial”, “punto esencial” o “zona de proscripción reduccionista”), que rechazan el ser ignorados o infringidos por el legislador, administrador o juez, auténticos *imperativos jurídico-administrativos mínimos* que vocalizan los supraprincipios de la *dignidad de la persona humana*, de la *función ecológica de la propiedad* y de la *prohibición absoluta de la extinción de especies*.

La Ley General del Ambiente del Perú se refiere, simultánea y expresamente, a esos tres núcleos jurídicos (e igualmente ético-políticos) duros: la dignidad humana es el “lineamiento básico de las políticas públicas”; la función ecológica se manifiesta, por

ejemplo, cuando el legislador prescribe que “El ejercicio de los derecho de propiedad y a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria están sujetos a las *limitaciones que la ley establece en resguardo en resguardo del ambiente*”; y en absoluta prohibición de bio-extinción de génesis antrópica surge por medio de una norma admirable y perentoria, al prever que “Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción de cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna” (artículo 11.a, 6, e 11.c, respectivamente).

En el caso de Brasil, la prohibición es el principio general del Derecho Ambiental porque tanto la legislación (la ley 6.938/1981¹⁰, por ejemplo) como nuestra jurisprudencia¹¹ perfilan, sin medias palabras, el *principio de la mejora ambiental*. Ahora, prescribir, como objetivo de la Política Nacional de Medio Ambiente, la “mejoría de la calidad ambiental propicia para la vida” es hasta decir más de lo que ambiciona el principio de la *prohibición de retroceso*, pues no bastará con *mantener* o *conservar* lo que se tiene, imponiéndose mejorar, avanzar (lo que es igual al progreso) en el terreno de aquello que un día ecológicamente se tuvo, desapareció, o que hoy se encuentra dilapidado, y, no custodiado de manera correcta, más temprano que tarde desaparece. La misma línea sigue la legislación peruana, pues la Ley General del Ambiente prevé, *in verbis*, que “La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo *mejorar* la calidad de vida de las personas” (artículo 9) y que el respeto a la “*mejora continua* de la calidad de vida de la población” es el “lineamiento ambiental básico de las políticas públicas” (artículo 11).

V. UN PRINCIPIO EN EVOLUCIÓN

No es necesario, aquí, escudriñar, en profundidad, los contornos más precisos del principio de la *prohibición de retroceso*. Basta indicar, por su relevancia, que aún se debate, en la doctrina, si en él se encuentra una conformación *estática* y *absoluta* o, por el contrario, una realidad *dinámica* y *relativa*.

Si fuere dinámico y relativo, el principio obedecería a la lógica del “control de proporcionalidad”, lo que prohibiría, “en la ausencia de motivos imperiosos” o de una justificación convincente, una disminución del nivel de protección jurídica. Consecuentemente, habrá, siempre, de exigirse al legislador una cabal motivación o demostración de lo inofensiva que sería la regresión operada – la mantención del *statu*

10 Según la Ley 6.938/81; “La Política Nacional de Medio Ambiente tiene por objetivo la preservación, *mejoría* y recuperación de la calidad ambiental propicia para la vida” (artículo 2°, encabezado).

11 En Brasil, el Tribunal Superior de Justicia, por ejemplo, ya decidió que, “...Ante el *principio de la mejoría* de la calidad ambiental, adoptado en el Derecho brasileño (artículo 2°, encabezado, Ley 6.938/81), es inconcebible la proposición de que, si un inmueble, rural o urbano, se encuentra en una región que ya estaba ecológicamente deteriorada o comprometida por la acción u omisión de terceros, sería dispensable su preservación y conservación futura (y, con mayor énfasis, eventual restauración o recuperación). Tal tesis equivaldría, indirectamente, a crear un absurdo canon de isonomía aplicable al pretendido derecho de contaminar o degradar: si otros, impunemente, contaminaran, destruirían, o deforestarían el medio ambiente protegido, que la prerrogativa valga para todos y a todos beneficie...” (Recurso Especial 769.735, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Sala, DJe 20/06/2011)

quo de tutela de los bienes jurídicos en cuestión. Esto es, en la equivalencia material entre la fórmula legal anterior y la nueva propuesta debe ser verificada, “la necesidad de una modificación, demostrada, la proporcionalidad de una regresión, apreciada”, abriéndose, para el juez, “fiel a los valores que fundan nuestro sistema jurídico”, la posibilidad de controlar esas fronteras, lo que no es lo mismo que “inmiscuirse en la decisiones políticas”¹².

VI. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO EN LA PROTECCIÓN DE LOS BIOMAS

Anteriormente observamos que las constituciones peruanas y brasileña, por la técnica de los *imperativos jurídico-ambientales mínimos*, resguardan, enfática y hasta pleonásticamente, núcleos jurídicos duros asociados a la protección del “*ambiente equilibrado y adecuado*”, componente imprescindible para el pleno desarrollo de la vida.

De ahí deviene que se pretenda reducir el nivel de tutela jurídica de los biomas nacionales, en la época de la veloz reducción de los *hábitat* naturales y de las seria y científicamente comprobadas amenazas a la biodiversidad (adiciónese, en el Perú y en Brasil, el número de especies que integran la *Lista Roja*), nada más significa que retroceder en transcurso del tiempo, en los avances del diálogo entre el crecimiento, económico y la conservación de la Naturaleza. Diálogo que, hoy, ya no existe más y es dominio exclusivo de las Ciencias Naturales, de la Economía y de la Política, teñido y entrelazado en el propio tejido de la Constitución y de la legislación que la densifica.

En la mejor de las hipótesis, despertaría perplejidad cualquier iniciativa en esa línea, al posicionar y direccionar, en sentidos opuestos y con diferentes grados de garantía, el rumbo del progreso material y el rumbo del progreso (incluso legislativo) de la protección de los procesos ecológicos esenciales, las bases naturales de la vida. Todo como si el parámetro de afluencia material pudiese ser aislado de la calidad de vida, y esta, de la inserción del ser humano en la existencia planetaria, a nuestra interdependencia con las decenas de millones de especies que nos rodean.

En esos términos, es inimaginable admitir como ético, viable o sustentable el progreso material en la vida humana sin que se afiance, por igual, el progreso (o, en la peor de las hipótesis, la manutención) de los niveles de protección jurídica de las bases naturales de la vida –ella toda-, con énfasis en los procesos ecológicos esenciales.

12 Isabelle Hachez, *Le Principe de Standstill dans le Droit des Droits Fondamentaux: une Irréversibilité Relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 658-660.

VII. ARTICULACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS E INSTRUMENTOS INFRACONSTITUCIONALES Y LA NORMA CONSTITUCIONAL DE GARANTÍA DEL MÍNIMO ECOLÓGICO

Las violaciones de la *prohibición de retroceso* se manifiestan de varias maneras. La más obvia es la reducción del grado de salvaguarda jurídica o de la *superficie* de un área protegida (Parque Nacional, por ejemplo); otra, menos perceptible y por eso más insidiosa, es el vaciamiento o debilitamiento de las normas de previsión de derechos y obligaciones o, por otro lado, los mecanismos de las normas de previsión de derechos y obligaciones o, por otro lado, los mecanismos de actuación del Derecho Ambiental (evaluación de impacto ambiental, responsabilidad civil, instrumentos de fiscalización y sanción, entre otros mencionados por el artículo 17.2, de la Ley General del Ambiente del Perú).

Consecuentemente, descontando la reducción pura y simple de espacios territoriales protegidos, el retroceso puede afectar tanto derechos sustantivos (vale decir, retroceso sustantivo), como derechos procedimentales o de *due process* ambiental (es decir, retroceso formal o procedimental); también puede afectar el marco legislativo en sí mismo (esto es, retroceso legislativo), o además la política de implementación (vale decir, retroceso de implementación).

En cuanto a los instrumentos de implementación, se sabe que, como toda disciplina jurídica, sin ellos, los cuales necesitan ser eficaces y eficientes, el Derecho Ambiental no existiría *in concreto*. El retroceso opera tanto en el *plano de la existencia* (la pura y simple revocación de un determinado instrumento) como en el *plano de la eficacia* (el debilitamiento de la fuerza coactiva del diseño del instrumento, por ejemplo, al retirarse o dificultar el sancionar penal y administrativo, o la responsabilidad civil) o en el *plano de la eficiencia* (con el aumento de los costos de transacción en la implementación, dificultándose o incluso haciéndose inviable la fiscalización, por ejemplo).

Es bueno desatacar que los principios e instrumentos de Derecho Ambiental, en el seno de sus múltiples matices de origen, filiación filosófica y objetivos que los informan, ostentan variadas referencias de función, prestigio y eficacia. Hay, entre ellos, los actúan en el corazón de la disciplina, llamados *directos* o *primarios* (resguardan, frontalmente, biomas, ecosistemas y procesos esenciales); y los que bautizados de *indirectos* o *procedimentales*, alcanzan resultados semejantes, pero por medios oblicuos, como, por ejemplo, al ampliar el grado de diseminación de información ambiental generada y en circulación, y al establecer mecanismos de participación pública. A ambas categorías se les aplica el principio de prohibición de retroceso ambiental.

Ordenado en torno a ese “centro primordial” (“punto esencial”, “núcleo duro” o zona de prohibición reduccionista”), el diseño legal infraconstitucional, una vez recibido por la

Constitución, se funde con él, donde la imposibilidad de anularlo o aflojarlo de manera sustancial, sin que con ello, de manera inseparable, se hiera o mutile el propio contenido y sentido de la norma mayor. Es el fenómeno de repulsa a las normas infraconstitucionales que, desinteresadas en garantizar la máxima eficacia de los derechos constitucionales fundamentales, no se retraen y son rápidas al negarles el mínimo de eficacia.

En el terreno de esos principios e instrumentos ambientales *indirectos* o *procedimentales*, vale citar tres ejemplos obtenidos de la Ley General del Ambiente del Perú. Tómese inicialmente, la previsión del *principio precautorio*, por el cual “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente” (Artículo III). ¿Podría el legislador subsecuente transformar el gatillo del principio (“daño grave o irreversible”, estándar alternativo) en un modelo acumulativo (“daño grave e irreversible”)? En los términos del principio de la prohibición de retroceso, la respuesta habrá de ser negativa. Un segundo ejemplo: el *carácter del orden* público de las normas ambientales, que impone la nulidad de “todo pacto en contra de lo establecido” en las normas ambientales incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales” (artículo 7.1). Ciertamente sería difícil explicar, a la luz del principio de la prohibición de retroceso, un cambio en la idea del legislador que retirase del ordenamiento la sanción de nulidad. Finalmente, el tercer ejemplo, véase la *irrenunciabilidad* del “derecho a vivir en un medio ambiente saludable”, previsto en el artículo I de la Ley General del Ambiente del Perú. El carácter de indisponibilidad del derecho en cuestión, aunque no posea valor ecológico intrínseco, transformándose en el núcleo duro del microsistema, destinado a garantizar la máxima eficacia a las normas ambientales, de tal manera que sería cuestionable la constitucionalidad de una eventual alteración legislativa para transformar en disponible aquello que, por fuertes razones éticas y políticas, la Ley General considera como irrenunciable.

VIII. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO AMBIENTAL

Se sostiene como presupuesto de la prohibición de retroceso que los mandamientos constitucionales “sean concretados a través de normas infraconstitucionales”, de ahí que la principal providencia que se puede “exigir del Poder Judicial es la invalidez de la derogación de normas”, sobre todo cuando tal revocación ocurre desamparada “de una política sustitutiva o equivalente”, esto es, deja “un vacío en su lugar”, a saber, “el legislador vacía el cometido constitucional, exactamente como si se dispusiese contra éste directamente”¹³.

13 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 380-381.

Claro, no se trata aquí de pretender conferir un carácter absoluto al principio de *prohibición de retroceso*, siendo exagerado admitir tanto la libertad irrestricta del legislador, como, en el ámbito de su autonomía legislativa, prohibirle totalmente la revisión de las leyes que elabora y edita. El principio de *prohibición de retroceso* no constituye una camisa de fuerza al legislador e implementador, sino que impone límites no discrecionales a su actuación.

Específicamente, en el caso de la protección de biomas, ecosistemas y especies, serán las siguientes preguntas aquellas que el juez siempre se hará: ¿Las alteraciones legislativas o políticas de implementación mantienen o amplían las garantías del medio ambiente? ¿Aseguran la protección de los “procesos ecológicos esenciales”? ¿Amplían o reducen los riesgos ambientales a los *hábitat* vulnerables? ¿Reducen o mantienen el grado de dificultad de ejecución, al igual que el de reclamación administrativa y judicial (los llamados costos de transacción de la ejecución de la ley)?

IX. HERMENÉUTICA INTERGENERACIONAL Y CONTROL JUDICIAL DEL RETROCESO AMBIENTAL: DE LA DEGRADACIÓN DE LA LEY A LA DEGRADACIÓN DEL AMBIENTE

En síntesis, en el control judicial del retroceso ambiental no se debe olvidar que la degradación ambiental, considerada como costo social, no deja de ser un gravamen para las generaciones futuras, en cuya carga de imposición política a nuestros descendientes, por obvio que parezca, ellos no pudieran participar. Sobre ese punto, la Ley General del Ambiente del Perú no deja dudas, al disponer que “Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente” (Artículo VIII). Es el *principio contaminador pagador* explicado en lenguaje económico y llevado a las últimas consecuencias, de tal manera que retira no sólo de las generaciones futuras, sino también de las presentes, la carga de soportar los costos ambientales negativos causados por terceros que con ellos, directa o indirectamente, se beneficiaran.

No es fácil, con todo, al magistrado de la pequeña y distante ciudad, ni al de la Corte Suprema de Justicia, llegar al juicio de valor que resulta de balancear ecuánimemente entre los beneficios y maleficios – materiales e inmateriales, económicos y ecológicos – de una decisión legislativa o política de implementación en el presente, cuyos resultados perversos sólo se revelarán por completo en el futuro, incluso en el más remoto.

Difícil, sí, pero no imposible, ni mucho menos dispensable. En verdad, el juez peruano y el brasileño, en el diseño de nuestras Constituciones, son llamados a hacer *juicios prospectivos*, en una dimensión de complejidad que supera por mucho la categoría de los lucros cesantes, tan comunes en las acciones de responsabilidad civil. Esa tarea

se muestra más difícil cuando el juicio prospectivo va más allá del caso concreto, traducido en la litis, al demandar el juzgamiento del propio texto de la ley, de una índole general, del grado de protección o desprotección de *hábitat* enteros.

También los jueces deben tener en mente que los instrumentos del Derecho Ambiental no corren ni amenazan la vitalidad productiva de nuestros Países, ni la velocidad de su inclusión entre las grandes economías del planeta; tampoco pesan en la capacidad financiera del Estado o se presentan como un contrabando legislativo, delirio inmotivado un legislador incauto o irresponsable. Al contrario, se insertan en el ámbito de la *función social* o de la *función ecológica de la propiedad*.

Consecuentemente, reducir, inviabilizar, o derogar leyes, dispositivos legales y políticas de implementación de protección de la Naturaleza, nada más significa, en el campo de la violación al principio de la *prohibición de retroceso* ambiental, que al conceder un colosal incentivo económico a quién no podría explotar (o deforestar) partes de su propiedad, y, de inmediato, con la regresión, pasa a poder hacerlo. Todo a costas del vaciamiento de la densificación del mínimo ecológico constitucional.

Retroceder ahora, cuando malamente despertamos de la pesadilla de la destrucción necia de los procesos ecológicos esenciales en los últimos quinientos años, desde el inicio de la colonización, habría de ser visto, por los jueces, como una privatización inestimable de la externalidad positiva (vale decir, los servicios ecológicos del patrimonio natural intergeneracional), como si ya no fuese suficiente la también incalculable externalidad negativa (esto es, la destrucción de biomas enteros), que termina socializada por toda la colectividad y sus descendientes.

Queda la lección a manera de alerta: en el universo de la protección jurídica del ambiente, al antiprogreso y, peor aún, el progreso legislativo, tienen costos probablemente irreversibles para las generaciones presentes y futuras. Es la degradación de la ley conduciendo a la degradación ambiental.

SECCIÓN

2

RECURSOS
NATURALES Y
DESARROLLO

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA

Por: Ivan Lanegra¹

SUMARIO

I. Estado, nación y la diversidad cultural: el origen de los derechos colectivos; II. Los derechos colectivos en el Perú; III. La consulta previa; IV. ¿La consulta previa asegura la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas?; V. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El presente artículo explica el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, su relación con la consulta previa y las posibilidades y límites que tiene este último derecho para garantizar dichos derechos colectivos. Para ello, el artículo pasa revista al proceso histórico que sirve de contexto a las demandas de los pueblos indígenas, describe los elementos esenciales de la consulta previa, y los avances y temas pendientes en su aplicación en el Perú, para luego describir las acciones que deberían realizarse a fin de conseguir un contexto favorable para la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

I. ESTADO, NACIÓN Y LA DIVERSIDAD CULTURAL: EL ORIGEN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

La idea de que toda sociedad –para poder desarrollarse plenamente– debe estar ligada a un Estado y a una nación es un proyecto que ha marcado la historia reciente de occidente y de buena parte del mundo. La modernidad política y social implicaba la eliminación de todas las estructuras tradicionales que ataban a las personas a una posición. Muy pocos eran capaces de movilizarse dentro de esta rígida estructura. Cada hombre y mujer poseía privilegios y deberes en virtud del lugar que ocupaba dentro

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresado de la Maestría en Ciencia Política de la misma universidad. Ha sido adjunto de la Defensoría del Pueblo para el Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas, y viceministro de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. Es profesor de Ciencia Política en la PUCP y en la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: ilanegra@yahoo.com

de la compleja red de relaciones jerárquicas de las sociedades en las cuales vivían. Y la relación entre las personas y la autoridad era intermediada por dicha estructura.

Por siglos, a través de lentos y penosos procesos de cambio, combinados con revoluciones y transformaciones aceleradas, los países de occidente, a distinto ritmo y por diferentes caminos, fueron construyendo un modelo distinto, basado en una relación directa y abstracta entre el individuo y el poder político: la ciudadanía. Para esto, los Estados modernos debieron centralizar el poder, arrebatándolo a las distintas fuerzas locales y estamentales, lo que generó las condiciones para la imposición de un marco normativo de alcance universal.

Los Estados centralizados fueron configurando, a su vez, una relación directa con su población. De ahí la importancia del concepto de ciudadanía. A partir de él, todas las personas, por el hecho de ser ciudadanos –y luego ciudadanas– adquirirían un conjunto de derechos y deberes iguales al resto, sin privilegios ni diferencias, al menos en el papel. Debemos recordar que hace apenas cincuenta años los afrodescendientes debían aún pelear por sus derechos civiles y políticos en los Estados Unidos de América, lucha que en alguna medida no ha culminado, como lo han demostrado las protestas ante las deportaciones de personas por el solo hecho de vivir en un país que profesa una religión determinada.

El proyecto descrito ha sido muy potente y ha tenido al propio Estado como un actor central. No obstante, la disolución de los lazos tradicionales –comunitarios y religiosos– generó nuevas tensiones. Los individuos eran lanzados a esta nueva sociedad de iguales –formalmente hablando– unidos por un vínculo tan abstracto como el creado por las leyes y, eventualmente, la Constitución. Sin embargo, la lealtad y el sentido de unidad en las sociedades humanas no podían lograrse sin una base más concreta y sólida. Las organizaciones sociales –los sindicatos, los clubes, los partidos políticos, etc.– seguían brindando espacios de encuentro y socialización fundamentales para la democracia, como tempranamente identificó Alexis de Tocqueville (1984: 93-107). Pero dichos espacios no eran suficientes para generar un sentido de pertenencia y unidad que sirviera a poblaciones de millones de personas, que compartían un territorio enorme. ¿Cómo crear una comunidad entre personas que nunca podrían encontrarse cara a cara? La respuesta fue, en palabras de Benedict Anderson (2006: 23-25), la comunidad imaginada: la nación.

Un origen común, una historia común, una lengua compartida; en ocasiones, cuestiones religiosas y étnicas, también pasaron a engrosar la lista de componentes de lo nacional. La exacerbación de esta idea condujo al nacionalismo. Inventar la nación no era sencillo, ya que implicaba aplanar toda la diferencia cultural y social de los países –en muchos casos muy importantes– para dar forma a una idea de nación única y lo suficientemente atractiva para animar a la pertenencia. En varias ocasiones este proyecto trajo consigo consecuencias fatales: genocidio, exilio, persecución. No fue un proyecto inocente, incluso en países con regímenes abiertos o democráticos. Michael Mann (2009: 11-21) lo ha llamado, por ello, el lado oscuro de la democracia.

Muchos países ricos en diversidad étnica y cultural pasaron –en distinto grado– por estos procesos. En América Latina, también sucedió lo mismo. No obstante, aquí las dos dimensiones del proceso de modernización política, social y cultural –la construcción de un país de ciudadanos iguales, así como la invención de la nación– nunca terminaron de cuajar. De hecho, en pleno siglo XXI, la idea de una ciudadanía universal es aún un anhelo por el cual se pelea día a día. Mientras que la idea de nación siempre fue una figura de ribetes poco claros, y continuamente cuestionada. ¿Existe realmente una nación? Por eso, el Estado, la democracia y los alegatos nacionales aparecen en países como el Perú combinados con el racismo, la discriminación y con rezagos de un orden estamental, en el cual la posición de las personas en la sociedad define privilegios y deberes. No existe propiamente una ciudadanía universal, sino una de categorías, en donde –como dijo George Orwell en *Rebelión en la granja*– todos somos iguales, pero hay algunos más iguales que otros.

En Europa Occidental, Oceanía y Norteamérica, la década de 1970 marcó el cuestionamiento de ese esfuerzo por asimilar todo a una sola nación. Los costos sociales originados y las protestas de los grupos afectados pusieron en alto la injusticia del proyecto de asimilación cultural, y la necesidad de construir nuevos paradigmas para la cohesión social, desarrollándose paulatinamente ideas como el multiculturalismo, la interculturalidad o la política del reconocimiento, frase utilizada por Charles Taylor (1993). Todos estos enfoques parten de la necesidad de entender que la identidad cultural es, en sí misma, una dimensión de la vida humana, por lo tanto, una condición para su dignidad y plenitud. En consecuencia, es posible hablar de un derecho a la identidad y del correspondiente deber del Estado –y de la sociedad– de garantizar su protección.

Sin embargo, es evidente que la identidad –como la lengua– es una cuestión que puede gozarse y reclamarse individualmente, pero que presupone de una dimensión colectiva para su existencia. La única manera, por lo tanto, de garantizarla es protegiendo la expresión colectiva que le sirve de base. He aquí, pues, uno de los giros más importantes para la doctrina de los derechos humanos: la posibilidad de reconocer derechos colectivos complementarios a los derechos universales de los individuos. Las políticas que derivaron de estas convicciones buscaban ahora combinar la ciudadanía, y su correlato de derechos individuales y universales, con el reconocimiento de las identidades culturales y su dimensión colectiva. Este camino condujo a un conjunto de normas nacionales e instrumentos internacionales que declaran la existencia de estos derechos colectivos, regulando los mecanismos jurídicos necesarios para su debida protección; es el caso, por ejemplo, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo o de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

II. LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL PERÚ

La cuestión de los derechos colectivos es particularmente relevante para el Perú. En especial, para los pueblos indígenas, quienes son parte esencial de nuestra diversidad cultural como país. ¿Quiénes son los pueblos indígenas? No es simple desarrollar una definición precisa de pueblo indígena. De hecho, el Convenio 169 de la OIT no lo define. Esta dificultad radica en la enorme diversidad de sus características e historias particulares². Pueblo es, por cierto, es una palabra con un gran significado en el derecho y ha sido usada para identificar a un grupo humano con lazos históricos, étnicos o lingüísticos que le otorgan una identidad colectiva. El adjetivo indígena, por su parte, alude al origen autóctono de dicha colectividad con relación al territorio del Estado nacional en el cual vive.

El Convenio 169 sí establece, en su Artículo 1º, dos criterios para la identificación de dichos pueblos. De un lado, los pueblos indígenas son aquellos que descienden de las poblaciones que en la época de la conquista o de la colonización habitaban el territorio que ahora pertenece a un determinado país, cualquiera sea la situación jurídica de dicho pueblo y en tanto conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Esto es lo que se denomina el *criterio objetivo*.³ A este debe agregarse un segundo criterio: la conciencia de dicho pueblo de su propia identidad indígena. A esto se le denomina el *criterio subjetivo*.⁴ Cabe destacar que el ámbito de aplicación del Convenio 169 se basa en una combinación de ambos criterios, por lo que la autoidentificación indígena se complementa con el criterio objetivo antes descrito, y viceversa.

Estos criterios han sido recogidos por la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) - Ley N° 29785» –en adelante la Ley de Consulta Previa– y sus normas reglamentarias. De esta manera, el Ministerio de Cultura ha reconocido la existencia de 55 pueblos indígenas en nuestro país 51 en el ámbito amazónico y 4 en el ámbito andino. No obstante, los miembros de dichos pueblos no viven solo en las comunidades nativas y campesinas, o las reservadas indígenas para pueblos en

2 No existe en general en el derecho internacional una definición precisa de “pueblos indígenas”, y la posición prevalente sobre la materia es que aquella no es indispensable para efecto de proteger sus derechos humanos (Organización Internacional del Trabajo 2009:9). En forma similar, la Norma de Desempeño 7 de la IFC, párrafo 4, reconoce la no existencia de una definición universalmente aceptada de pueblos indígenas. En los diversos países, los Pueblos Indígenas pueden denominarse “minorías étnicas indígenas”, “aborígenes”, “pueblos autóctonos”, “nacionalidades minoritarias”, “tribus registradas”, “pueblos originarios” o “grupos tribales”.

3 La OIT menciona como aspectos que conforman el criterio objetivo los estilos tradicionales de vida, la cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional –por ejemplo, la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.–, la existencia de una organización social e instituciones políticas propias, y el vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros invadieran o vinieran al área <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>>. En el mismo sentido, el Artículo 7º de la Ley N° 29785 también recoge elementos similares. No obstante, la interpretación de dichos criterios debe ser siempre compatible con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

4 El Convenio 169 fue el primer instrumento internacional en reconocer la importancia de este elemento subjetivo.

aislamiento y en contacto inicial. Los ciudadanos de los pueblos indígenas viven también en las ciudades, incluso manteniendo sus organizaciones comunitarias, como es el caso de la Comunidad Shipibo-Conibo de Cantagallo, ubicada en Lima.

La Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y nuestra legislación nacional han reconocido a dichos pueblos indígenas diversos derechos colectivos. De conformidad con el Ministerio de Cultura estos derechos, entre otros son los siguientes:

- Derecho a la identidad cultural
- Derecho a la participación
- Derecho a la consulta
- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo
- Derecho a conservar sus costumbres, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente
- Derecho a la jurisdicción, en especial, de gobierno y de justicia
- Derecho a la tierra y al territorio, es decir, al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente de la legislación vigente
- Derecho a la salud con enfoque intercultural
- Derecho a la educación intercultural

Como es natural, nuestro ordenamiento jurídico ofrece los mismos mecanismos de defensa de los derechos individuales para los derechos colectivos. En dicho sentido, el Convenio 169 de la OIT ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como un tratado de derechos humanos. En consecuencia, es posible acudir a la demanda de amparo frente a la vulneración de aquellos derechos.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente. Tanto la normativa internacional como la nacional entienden que la única manera de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas es dotándoles de la capacidad de decidir por sí mismos su destino colectivo. Si son otros los actores que van a tomar decisiones por ellos, a la larga esto llevará al debilitamiento paulatino de dichos derechos, pues las decisiones no los tendrán necesariamente en cuenta, adoptando los puntos de vista y prioridades de otros sectores de la sociedad. Como ha recordado la relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz “en la mayoría de los casos, las sendas de desarrollo originales de los pueblos indígenas fueron pasadas por alto y destruidas y el ‘desarrollo’ se concibió como un proceso unidimensional, medido en términos del desarrollo económico y el aumento del producto nacional bruto (PNB). Este modelo de desarrollo no tuvo en cuenta la diversidad de los medios de vida humanos, las culturas y los conceptos de bienestar” (2014: 4). Esta situación sigue vigente.

De ahí que, para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los derechos a la participación y a la consulta –en tanto base para el ejercicio del derecho a la libre

determinación, constituyen los pilares del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La consulta previa aparece como una pieza fundamental para la protección de los derechos colectivos de dichos pueblos. En consecuencia, cualquier agenda de desarrollo exigirá “esfuerzos renovados para establecer mecanismos inclusivos de gobernanza adecuados para la consulta y la participación a nivel nacional e internacional como sólido baluarte contra el desarrollo impuesto y requisito previo para obtener resultados de desarrollo sostenible” (Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas 2014: 23).

III. LA CONSULTA PREVIA

¿Qué es la consulta previa? Es, antes que todo, un derecho. El Artículo 6º del Convenio 169 de la OIT establece que “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados [indígenas y tribales], mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.⁵ El citado artículo también indica que “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”.⁶

Tal como está recogida, la consulta implica el desarrollo de un proceso de diálogo entre el Estado –a través de sus entidades– y los pueblos indígenas –mediante de sus instituciones representativas– que tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento sobre el contenido de alguna medida estatal que pueda afectar a los pueblos indígenas. No se trata, por lo tanto, de un simple proceso de información, ni un mero procedimiento electoral. Es, en esencia, un mecanismo de diálogo intercultural que busca construir consensos sobre el sentido de las medidas estatales, de tal manera que sean respetuosas de los derechos e intereses de los pueblos indígenas.

Para lograr sus fines, la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta que adopte cada Estado tienen que permitir la plena expresión —con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas— de las opiniones de los pueblos indígenas –a través de sus instituciones representativas– a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y

5 Una disposición similar se encuentra en el Artículo 19º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al disponer que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

6 Asimismo, estos principios se encuentran recogidos en el Artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto indica lo siguiente: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable tanto para dichos pueblos como para el Estado. A continuación, cuáles son las características más importantes del proceso de consulta.

1. CARÁCTER PREVIO DEL PROCESO DE CONSULTA

La consulta debe realizarse de forma previa a la adopción de la medida que pudiera afectar a los pueblos indígenas. Es necesario consultar en las primeras etapas del diseño de las normas, del plan de desarrollo o de los proyectos de inversión. La consulta temprana proporciona un tiempo para la discusión interna de los pueblos indígenas que les permita brindar una adecuada respuesta al Estado. Desde luego, la oportunidad temprana del proceso de consulta aumenta las posibilidades de incidir en el diseño de la medida estatal.

2. CONSULTA LIBRE Y DE BUENA FE

Como se ha indicado, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos. Su objetivo es alcanzar un consenso entre ellas, siendo inherente al proceso el establecimiento de un clima de confianza mutua. Por ello, la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de sus agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. La buena fe en el proceso de consulta es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de los pueblos indígenas afectados, sea a través de la corrupción de sus líderes o mediante el establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de los pueblos indígenas que son contrarias a los estándares internacionales.

3. INFORMADA

El deber de consultar demanda que el Estado brinde información adecuada sobre la medida que piensa adoptar –y también debe estar abierto a recibirla de parte de otros actores no estatales– e implica una comunicación constante entre las partes. Asimismo, aquel debe asegurarse que los miembros del pueblo indígena o tribal tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos aquellos de carácter ambiental y social, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto por el Estado con conocimiento y de forma voluntaria. Debe seleccionarse el momento de realizar la consulta a la disponibilidad de información suficiente para asegurar una decisión informada. Diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas han señalado, en tal sentido, que la consulta requiere, en el caso de proyectos de inversión, del desarrollo de estudios de impacto ambiental y social, los cuales, en línea con el Convenio 169 de la OIT, deben hacerse con la participación de los pueblos indígenas.

Es necesario resaltar que la información que se entregue a los pueblos indígenas debe reunir las características que faciliten su acceso y su fácil comprensión, dentro de un enfoque de interculturalidad, así como las particulares condiciones existentes en cada pueblo indígena y las comunidades que lo conforman. Resulta necesario, para un mejor desarrollo del proceso, consultar con los pueblos indígenas la manera bajo la cuales el Estado deberá brindar la información pertinente.

4. FLEXIBILIDAD Y ADECUACIÓN CULTURAL

La consulta debe realizarse a través de procesos culturalmente adecuados y con la suficiente flexibilidad en sus reglas para poder amoldarse a las exigencias que plantea el diálogo intercultural con cada pueblo indígena. La consulta debe tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones. La variedad de estas formas culturales exige que las regulaciones estatales sean lo suficientemente flexibles como para adaptarse a la variabilidad cultural existente al interior de nuestro país.

Es necesario realizar las consultas respetando a las autoridades de cada pueblo indígena, así como sus especificidades culturales, para lo cual una etapa “preconsultiva” de diseño del proceso resulta de gran utilidad, tal como la regulación peruana ha incorporado. Las autoridades competentes deben, bajo estas reglas, adoptar una aplicación flexible de los procedimientos de consulta. Estamos ante un caso en el cual el logro de los objetivos sustantivos –el acuerdo o consentimiento bajo un diálogo intercultural– debe tener prioridad sobre las exigencias formales, tales como los plazos. Por lo tanto, resulta contraproducente pretender imponer un modelo único, aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas.

Otra dimensión a considerar es la participación y la representación de grupos marginalizados o que se encuentran en condición de mayor vulnerabilidad dentro de los pueblos indígenas. El enfoque de género es esencial, debiendo asegurarse que el proceso garantice un espacio para las voces de hombres y mujeres, en diálogo permanente con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

5. AFECTACIÓN

La afectación ocurre cuando la medida estatal altera el contenido de algún derecho indígena o algún aspecto de su aplicación o ejercicio. Los efectos pueden ser percibidos como positivos o negativos por las partes. Eso no es lo relevante, sino el hecho del cambio indicado. Finalmente, son los pueblos indígenas, en tanto tienen el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo, los que deben juzgar la conveniencia de la medida que quiera adoptar el Estado. Así, pueden considerar el carácter negativo de una medida que para las autoridades resulte positiva.

6. PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO

El principio de consentimiento –o el acuerdo pleno– es la finalidad del proceso de consulta. Por lo tanto, alcanzar dicho objetivo debe ser la norma en los procesos de consulta. Sin embargo, la falta de acuerdo pleno o del consentimiento no constituye una razón para deslegitimar un proceso de consulta. La obligación del Estado es consultar y buscar de buena fe un acuerdo o el consentimiento. No obstante, existen derechos –como la tierra y territorios ancestrales de los pueblos interesados– que no pueden ser objeto de restricciones sin el consentimiento de los titulares de dichos derechos. La Corte Interamericana ha señalado que solo excepcionalmente se pueden establecer restricciones o limitaciones al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos interesados, siempre que dichas medidas no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblos. En dicho sentido, el ex relator especial de las Naciones Unidas, James Anaya, señaló que el Estado debe demostrar que la medida aprobada no genera una afectación a los pueblos interesados. Asimismo, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señalan expresamente dos supuestos en los que es necesario obtener el consentimiento: el desplazamiento de los pueblos de sus tierras y la disposición de materiales peligrosos en la misma. En resumen, las medidas estatales que pudieran generar afectaciones significativas a los pueblos indígenas deberían regirse por el principio de consentimiento, por lo cual el Estado solo debería aprobarlas si obtiene de forma previa, libre e informada, el consentimiento de los pueblos indígenas afectados.

7. EL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA

El procedimiento regulado por la legislación peruana tiene los siguientes pasos:

- Identificación de la medida objeto de la consulta previa por la entidad responsable de emitirla. Esto es muy relevante, pues en el Perú la aplicación de la consulta previa es una responsabilidad de las entidades públicas y no del sector privado.
- Identificar a los pueblos indígenas. Para lo cual cuenta con el apoyo de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios que actualiza el Ministerio de Cultura.
- Una etapa preparatoria que debe permitir la elaboración de un plan de consulta con información detallada de las tareas que emprenderá el Estado y los demás actores involucrados durante el proceso de consulta.
- La etapa de publicidad, por la cual se hace de conocimiento público la propuesta de medida que ha elaborado el Estado y que será objeto de la consulta previa.

- La etapa de información, en la que se debe alcanzar a todos los responsables de implementación de la consulta previa la información necesaria para participar en el proceso.
- La etapa de evaluación interna, en la que los pueblos indígenas discutirán internamente qué hacer respecto de la medida gubernamental propuesta.
- La etapa de diálogo, en la cual se lleva a cabo la consulta propiamente dicha.
- La etapa de decisión, mediante el cual el gobierno debe tomar la decisión objeto de consulta. Dicha decisión, no obstante, debe siempre respetar los acuerdos adoptados, así como ser coherente con el principio de consentimiento.

Una etapa no prevista en la legislación, pero será muy útil para la debida aplicación de la consulta previa, es la etapa de seguimiento de los acuerdos adoptados en el proceso de consulta. De esta manera, la autoridad podrá evitar una excesiva dilación –y eventualmente el incumplimiento– en la ejecución de tales acuerdos.

8. DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROCESOS DE CONSULTA

Hasta el momento la implementación de la consulta previa está llegando a la treintena de procesos bajo la ley de consulta. La primera de ellas fue el propio proceso de aprobación del reglamento de la Ley de Consulta Previa. El primer proceso de consulta utilizando dicho reglamento fue sobre la creación del Área de Conservación Regional Majjuna-Kichwa en el año 2013. Actualmente, se han realizado consulta en áreas tan diversas como minería, hidrocarburos, proyectos de infraestructura (hidrovías), áreas naturales protegidas, reglamentos, políticas, etc. Del mismo modo, han participado tanto comunidades nativas, como campesinas, así como organizaciones de alcance local, regional y nacional de los pueblos indígenas.

No obstante, el proceso ha enfrentado diversas dificultades. La calidad de los procesos de consulta no ha sido similar. En parte esto se explicaría por el proceso de aprendizaje que tanto el Estado como los pueblos indígenas van teniendo con relación a los procesos de consulta. De otro lado, las cuestiones en juego no han sido siempre sencillas. Es el caso de la consulta sobre el Lote 192 en Loreto, el cual trae consigo décadas de actividad petrolera y una pesada agenda pendiente. Otros procesos en cambio, como los normativos –el reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre es un buen ejemplo–, han encontrado un campo propicio en la medida del interés compartido del Estado y de los pueblos indígenas de generar un marco normativo mutuamente beneficioso.

Los principales desafíos a enfrentar la consulta previa durante los próximos años son, desde nuestro punto de vista, los siguientes:

- Consolidar los procesos de consulta en el sector minero. Esto implica mejorar tanto su calidad como iniciar las consultas previas a la etapa de explotación, la que puede generar mayores afectaciones.
- Vincular los procesos de consulta previa en proyectos de inversión con el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Esta es una cuestión que ha pasado a ser parte del estándar de los procesos de consulta, como ha sido recogido por diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pronunciamiento de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Fortalecer las capacidades de las entidades a cargo de los procesos de consulta, incluyendo al propio Viceministerio de Interculturalidad.
- Garantizar que el costo de los procesos de consulta sea asumido por las empresas correspondientes.
- Fortalecer a las organizaciones de los pueblos indígenas, a fin de que puedan aprovechar del mejor modo los procesos de consulta.
- Formalizar una etapa de seguimiento de los procesos de consulta, tal como se ha sugerido líneas arriba.

IV. ¿LA CONSULTA PREVIA ASEGURA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

Como se ha indicado, el derecho a la consulta previa constituye tanto un medio para la realización de los derechos colectivos –al promover un acuerdo entre los pueblos indígenas y las autoridades estatales a favor de dichos derechos que involucra tanto políticas públicas como la decisión de no hacerlas–, como una garantía para evitar afectaciones a dichos derechos. La ausencia de consulta previa –cuando fuere necesaria por afectar a los pueblos indígenas– habilita el inicio de las acciones administrativas y judiciales correspondientes, incluyendo la interposición de demandas de amparo, al ser la consulta previa un derecho humano. También –conforme la Ley de Consulta Previa– existe responsabilidad de los funcionarios responsables de no dictar la medida sin consulta. Las medidas estatales dictadas sin consulta pueden conllevar la nulidad de la medida, sin perjuicio de las acciones reparatorias que corresponderían por los daños generados por la aplicación de la medida inconsulta.

Sin embargo, lo anterior no resulta suficiente. Como ha señalado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013: 4),

muchos pueblos indígenas siguen encontrando problemas diversos en la esfera de los derechos humanos. De hecho, el ejercicio de sus derechos dista de ser perfecto. Algunas de las mayores dificultades [...] derivan de la presión de que son objeto sus tierras, territorios y recursos como consecuencia de actividades relacionadas con el desarrollo y la extracción de recursos. Sus culturas siguen amenazadas y la protección y la promoción de sus derechos se ven coartadas.

En un sentido similar, el Banco Mundial, aludiendo al caso peruano, recuerda que a las brechas sociales y económicas que aquejan a la mayor parte de los pueblos indígenas de América Latina, “se les suma una brecha de acceso al Estado y las instancias de toma de decisiones sobre aspectos que potencialmente pueden afectar sus vidas, sus territorios y culturas” (Banco Mundial 2016: 54). Esta debilidad institucional puede tener tres efectos. En primer lugar, puede dificultar los propios procesos de consulta. Como está documentado por el Ministerio de Cultura para los casos de aplicación de la consulta previa en nuestro país, las autoridades gubernamentales han enfrentado dificultades, debido a la débil capacidad logística en las áreas donde se realizan las consultas. Del mismo modo, han tenido limitaciones severas para apoyar a los distintos actores involucrados –en particular los pueblos indígenas–, contribuyendo a mejorar la calidad de su participación. En segundo lugar, se encuentra el efecto de la complejidad que plantea la deuda histórica del país con sus pueblos indígenas. En muchas ocasiones, la llegada del Estado es en la práctica el primer encuentro importante de las autoridades gubernamentales con las comunidades. Esto ha llevado a que los representantes de los pueblos indígenas exijan como un paso previo la atención del déficit de servicios públicos, así como de reconocimiento de derecho, en especial, la titulación de tierras; es decir, plantean que dichos puntos son una condición previa antes de iniciar los procesos de consulta. Finalmente, dicha debilidad puede constituir un obstáculo formidable para la eficacia de los acuerdos resultado de los procesos de consulta, incluso cuando existe voluntad de las autoridades de cumplirlos.

Por lo tanto, como recientemente ha indicado la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016: 25).

[...] es necesario que, en consulta con los pueblos indígenas, se adopten reformas legislativas para proteger y reforzar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios, recursos naturales y otros derechos sustantivos. Deben hacerse esfuerzos para garantizar que la legislación sobre otras áreas como la relativa a los sectores de minería, hidrocarburos o energía, entre otras, esté en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos, no solo en relación con los estándares de consulta como tal, sino también con los derechos sustantivos, como los derechos sobre tierras, territorios, recursos naturales, cultura, religión y otros derechos de los pueblos indígenas.

¿Qué tipo de reformas son urgentes en este campo? Se sugieren las siguientes⁷:

7 Esta sección está basada en Lanegra (2016).

- Fortalecimiento de la institucionalidad de las políticas indígenas:** Esto implica reforzar la institucionalidad actual en cuatro campos diferentes. En primer lugar, el campo de la rectoría. Es necesario reforzar los instrumentos de los que dispone el Ministerio de Cultura para influir de forma eficaz en las políticas intersectoriales. Para ello, debe poder actuar como entidad que pueda plantear el cambio obligatorio de ciertas decisiones que adopten otros ministerios, como es el caso de la opinión vinculante en el caso de proyectos sobre reservas indígenas, o la posibilidad de enmendar las decisiones sectoriales sobre los procesos de consulta. Esto, no obstante, implicaría ir contracorriente de las actuales tendencias de regulación gubernamental. En segundo lugar, atender el campo de la de coordinación intergubernamental, a través de la creación de un Sistema Nacional de Políticas Indígenas de carácter funcional, bajo la rectoría del Ministerio de Cultura. Este sistema le permitiría contar con un marco legal más claro para influir en las políticas sectoriales y subnacionales. En tercer lugar, el establecimiento de un espacio de coordinación permanente entre el gobierno nacional y los pueblos indígenas, a través de un Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, que incorpore a sus principales representantes. Y, finalmente, en cuarto lugar, es necesario invertir recursos para el fortalecimiento de las capacidades, tanto del aparato gubernamental con mandatos en materia de política indígena, como de las propias organizaciones indígenas. En coordinación con los gobiernos regionales y municipalidades, debe garantizarse un aumento sustantivo de los servicios públicos esenciales, aumentando la densidad estatal en las áreas ocupadas por las tierras indígenas.
- Incorporar un enfoque intercultural en las políticas públicas:** En particular en las políticas sociales, como la educación intercultural bilingüe, la salud intercultural y los programas orientados a aliviar la pobreza; así como en las políticas que promueven el desarrollo de la infraestructura física y productiva. Lo mismo debe hacerse respecto de los mecanismos de coordinación de la justicia intercultural y la ordinaria. La inclusión de la variable étnica en el Censo Nacional de Población y de Vivienda del presente año constituirá una herramienta central para el diseño de las políticas públicas en el país.
- Abrir el régimen político a una mayor participación indígena y fortalecer la consulta previa:** Una reforma legal de la cuota indígena, así como una discusión a profundidad tanto sobre los escaños reservados como de la reconfiguración de los distritos electorales son tareas necesarias. Del mismo modo, se debe lograr la reglamentación de la consulta previa legislativa, que ya lleva pendiente cinco años. Otra línea de trabajo debe incluir a los partidos políticos, a fin de incorporar la agenda indígena y la perspectiva intercultural en su labor política. Además, es necesario invertir en el fortalecimiento de las organizaciones indígenas, interlocutores necesarios en cualquier proyecto de democracia intercultural, y cruciales para el buen funcionamiento de la cuota indígena. Finalmente, se debe buscar integrar a los pueblos indígenas en las discusiones

nacionales, regionales y locales sobre el desarrollo económico, en particular, en la Amazonía y las zonas altoandinas.

- **Brindar seguridad a las tierras indígenas:** Esto implica culminar el proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas. Esta ha sido, además, una promesa electoral del actual gobierno. Debe reformarse el marco de reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a los bosques naturales, ampliando los atributos que gozan los pueblos indígenas sobre dichos recursos en el marco del Convenio 169 de la OIT. También, resulta fundamental el reforzar la seguridad jurídica sobre los derechos a la tierra y a los recursos naturales, articulando dichos esfuerzos con los instrumentos de política ambiental y la consulta previa, en el caso de proyectos de inversión que pudieran afectar las tierras indígenas. A su vez, el gobierno necesita culminar la adecuación de las reservas territoriales en reservas indígenas, así como evaluar los pedidos pendientes de nuevas reservas. Un sistema similar a los planes maestro de las áreas naturales protegidas debe aplicarse en estas reservas, y no depender de una evaluación de impacto ambiental cuando ya el proyecto está en curso. Otra tarea relevante es brindar un régimen seguro y respetuoso de los estándares internacionales para los pueblos indígenas en contacto inicial. Finalmente, es necesario evaluar tanto los aspectos sociales como ambientales de los proyectos que pretendan realizarse en dichas reservas indígenas (o territoriales).
- **Generar un nuevo modelo de participación de los beneficios para los pueblos indígenas:** La promoción del desarrollo debe ser una tarea conducida por las autoridades estatales y estar orientada a la generación de desarrollo humano y sostenible, evitando generar incentivos para prácticas clientelares o corruptas a partir de la distribución de recursos entre las comunidades. Los planes de vida de los propios pueblos indígenas deben constituirse en el eje para el diseño de las políticas de desarrollo. Del mismo modo, debe evitarse generar daños o perjuicios a las comunidades, y de ocurrir, deben existir mecanismos céleres y adecuados para reparar y compensar dichos daños, como lo son los seguros y los fondos de compensación.

En síntesis, el éxito de la consulta previa depende de una mejora permanente de las capacidades institucionales que permitan transformar los acuerdos adoptados en políticas y prácticas efectivas. De lo contrario, la debilidad institucional puede derivar en un desprestigio de los procesos de consulta previa, sin perjuicio de los efectos perversos que tiene directamente sobre el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Benedict

2006 Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

BANCO MUNDIAL

2016 La consulta previa en el Perú: aprendizajes y desafíos. Washington D.C.: Banco Mundial.

LANEGRA, Ivan

2016 “Los próximos cinco años del Viceministerio de Interculturalidad”. Portal Poder. Consulta: 23 de mayo del 2017.
<https://poder.pe/2016/08/01/01218-los-proximos-cinco-anos-del-viceministerio-de-interculturalidad/>

MANN, Michael

2009 El lado oscuro de la democracia. Valencia: PUV.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

2013 Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. Ginebra: Naciones Unidas.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2009 Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

RELATORA ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

2014 Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Naciones Unidas. A/69/267.

2016 Comentarios de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el Anteproyecto de Ley Marco de consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y afrohondureños (Honduras). 22 de diciembre de 2016.

TAYLOR, Charles

1993 El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. Ensayo de Charles Taylor. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

TOCQUEVILLE, Alexis de.

1984 La democracia en América II. Madrid: Sarpe.

ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS, PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL PROTOCOLO DE NAGOYA

Por: Manuel Ruiz¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Primera sección 1. Acceso a los recursos genéticos. 2. Distribución justa y equitativa de beneficios. 3. Protección de los conocimientos tradicionales. 4. Propiedad intelectual. 5. Protección defensiva. 6. Derechos del agricultor; III. Segunda sección. 1. El Protocolo de Nagoya y sus temas críticos 2. ¿Qué es el Protocolo de Nagoya y por qué es importante para el Perú?. 3. Claridad y precisión. 4. El tema de definiciones y su ámbito (artículos del 1º a 3º del protocolo). 5. Medidas en los países usuarios (Artículo 15º). 6. La protección de los conocimientos tradicionales (artículo 7º y 12º). 7. Vigilancia del uso de los recursos genéticos (Artículo 17º); IV. Comentarios finales; V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios que se Deriven de su Utilización (2010)² marca un hito fundamental en las relaciones políticas en materia de biodiversidad entre los países megadiversos del sur y los países industrializados del norte.³

1 Manuel Ruiz, es abogado, graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y se desempeña en la actualidad como Asesor Senior e Investigador de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

2 El Protocolo de Nagoya constituye un instrumento internacional vinculante, derivado del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) del año 1992, negociado y adoptado para desarrollar sus principios sobre acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa de beneficios (ABS), y complementar los esfuerzos normativos de los países en esta materia. Fue ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2014-RE (2014).

3 El paradigma de la tensión “norte-sur” en relación con el control y derechos sobre la biodiversidad sigue siendo válido para entender los procesos actuales de negociación en el ámbito del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI FAO), entre otros. Sin embargo, el desarrollo industrial y biotecnológico —en particular en el caso de India, México, China y Brasil, otrora muy alineados con los países mega-diversos— plantea un escenario diferente en el juego de poderes, una suerte de “tercer frente”.

El protocolo es una suerte de corolario al conjunto de políticas públicas y legislación sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa de beneficios (ABS), que se han desarrollado en diferentes países en las últimas dos décadas, especialmente, a partir de la adopción del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) de 1992.⁴ Este instrumento internacional fue adoptado, entre otros propósitos, para avanzar en el logro de mayor equidad y justicia en los términos de intercambio de componentes de la biodiversidad —y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas— y para garantizar la seguridad jurídica de proveedores y usuarios de los recursos genéticos.

El Protocolo de Nagoya incluye disposiciones específicas sobre la propiedad intelectual, la distribución justa y equitativa de beneficios y la protección de los conocimientos tradicionales (CT). Este artículo resume los temas y debates centrales que se han generado alrededor del tema del acceso a los recursos genéticos, a propósito de la reciente adopción del Protocolo de Nagoya.

Para eso, el documento se ha dividido en dos grandes secciones: la primera describe el estado de la cuestión en relación con ciertos temas críticos —acceso a recursos genéticos, distribución justa y equitativa de beneficios, protección de los CT, etc.— y algunos de sus desarrollos político- normativos, incluyendo el Perú; por otro lado, la segunda sección presenta un análisis del Protocolo de Nagoya y de algunos de los desafíos que presenta su implementación, tanto en el Perú como en el escenario internacional.

II. PRIMERA SECCIÓN

1. ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

Desde que el CDB fue ratificado a finales de 1993, se han multiplicado en países y regiones los marcos de políticas y normas sobre acceso a recursos genéticos y temas conexos,⁵ tales como la distribución de beneficios, la protección de los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual aplicada a la biodiversidad.⁶ Como elemento relevante y común en estas políticas y normas, la soberanía se traduce básicamente en la posibilidad de negociar acuerdos y contratos bilaterales de distinto tipo entre proveedores (países de origen, comunidades, centros de conservación *ex situ*) y usuarios de los recursos genéticos y sus derivados (compañías, centros de investigación, universidades).

4 Un antecedente importante del protocolo y, a veces un poco subestimado por su aparentemente limitada influencia, son las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios que se derivan de su Utilización (2004). Estas directrices incluyeron secciones específicas sobre medidas en países usuarios como complemento a las acciones de los países de origen o proveedores en materia de equidad y justicia en la participación en los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos.

5 Existen por lo menos sesenta países que cuentan con legislación sobre ABS o se encuentran en proceso de desarrollar marcos normativos en esta materia. La OMPI cuenta con una base de datos actualizada con la normativa nacional vigente en ABS. Para una lista detallada, ver: <http://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws>

6 EE.UU. no ha ratificado el CDB y por tanto sus normas no son aplicables en este país. Sin embargo, muchas de sus instituciones públicas y privadas cuentan con políticas institucionales que apoyan la realización de sus objetivos, incluyendo, por ejemplo, el Instituto Nacional de Salud, el Jardín Botánico de Nueva York, el Jardín Botánico de Missouri, entre otros.

Cuadro 1. Instrumentos jurídicos internacionales y algunas normas nacionales sobre ABS y temas conexos (en orden cronológico)

Instrumentos	Año	Estatus y contenido general
Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos	1983	No vinculante (“ <i>soft law</i> ”). Incorpora el concepto de “patrimonio de la humanidad” y establece principios para el movimiento y flujo de recursos fitogenéticos (para la agricultura).
Convenio sobre la Diversidad Biológica	1992	Vinculante. Principios programáticos sobre soberanía, consentimiento fundamentado previo, términos mutuamente convenidos, distribución justa y equitativa de beneficios, aplicados al acceso y uso de recursos genéticos.
Orden Ejecutiva 247 de Filipinas	1996	Vinculante. Principios básicos sobre PIC, MAT para el acceso a los recursos genéticos.
Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones sobre Acceso a los Recursos Genéticos	1996	Vinculante. Regional. Principios y procedimientos generales sobre acceso a los recursos genéticos (<i>in situ</i> y <i>ex situ</i>) y distribución de beneficios. Referencias a la protección de los CT y protección defensiva.
Ley de Biodiversidad, 7788 de Costa Rica	1998	Vinculante. Principios y procedimientos generales sobre acceso a los recursos genéticos (<i>in situ</i> y <i>ex situ</i>) y distribución de beneficios. Referencia a derechos intelectuales comunitarios sui generis.
Orden Ejecutiva 2.186.16, Brasil	2001	Vinculante. Principios y procedimientos generales sobre acceso a los recursos genéticos (<i>in situ</i> y <i>ex situ</i>) y distribución de beneficios.
Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura	2001	Vinculante. Establece el Sistema Multilateral de Acceso y los Acuerdos de Transferencia de Material para facilitar el acceso y flujo de un conjunto definido (la lista) de recursos fitogenéticos importantes para la alimentación y la agricultura.
Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos genéticos y Distribución Justa y Equitativa de Beneficios	2004	No vinculante. Principios y directrices orientadoras en materia de acceso y distribución de beneficios, incluyendo el rol de los países usuarios de recursos genéticos.
Reglamento de acceso a recursos genéticos en Perú, Decreto Supremo N° 003-2009-MINAN	2009	Reglas específicas y procedimientos de acceso a los recursos genéticos.
Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos genéticos y Distribución Justa y Equitativa de Beneficios	2010	Vinculante. Normas y obligaciones multilaterales sobre acceso a los recursos genéticos, incluyendo medidas en países usuarios, protección defensiva, protección de los conocimientos tradicionales.

En el caso del Perú, la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (1996) y el reglamento de esta norma (Decreto Supremo N° 003-2009-MINAM, 2009) establecen el marco regulatorio aplicable a actividades que implican acceder y usar recursos genéticos –por ejemplo, semillas– para fines de investigación, conservación y/o desarrollo. Solicitudes, contratos, autorizaciones, condiciones de acceso y un marco institucional encabezado por el Ministerio del Ambiente y las autoridades sectoriales (Instituto Nacional de Innovación Agraria, Dirección General Forestal y de Fauna, Vice Ministerio de Pesquería) componen el complejo régimen de acceso a los recursos genéticos en el Perú⁷.

Es importante tener en cuenta que –en el caso de cultivos de la lista (anexo) del Tratado Internacional de la FAO de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (2003)– se incluyen a aquellos bajo el dominio, control y administración del Estado y, por otro lado, a las colecciones de los Centros Internacionales de Investigación Agrícola, como el Centro Internacional de la Papa (CIP). Para este conjunto de cultivos, se ha establecido un mecanismo –un Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios y un Acuerdo Normalizado de Transferencia de Materiales - SMTA, por sus siglas en inglés– a través del cual se pueden acceder y transferir estos cultivos entre los países. Para el caso del Perú, estos cultivos, por sus características especiales,⁸ se encuentran excluidos expresamente de los alcances de la normativa de ABS (Decisión 391 y reglamento nacional).

2. DISTRIBUCIÓN JUSTA Y EQUITATIVA DE BENEFICIOS

Un principio fundamental planteado por el CDB y el Protocolo de Nagoya (ver la tercera sección) es la necesidad de compartir de manera justa y equitativa los beneficios monetarios y no monetarios que se deriven de las actividades de acceso a los recursos genéticos. Esto es que el solicitante y usuario de los recursos genéticos comparta con el proveedor de los recursos (el Estado y los pueblos indígenas o comunidades) los diferentes tipos de beneficios que surjan de las actividades de investigación, conservación o desarrollo, incluyendo por ejemplo resultados de las investigaciones, participación activa en los propios procesos de investigación, copublicación de artículos, capacitación, transferencia de tecnologías e innovación generada, entre otros, y ciertamente los beneficios monetarios a nivel de productos comerciales que pudieran en su momento

7 Para acceder a la Decisión 391, ver <http://www.comunidadandina.org> y, en el caso, del Decreto Supremo N° 003-2009-MINAM, ver a <http://www.minam.gob.pe>.

8 La interdependencia y seguridad alimentaria global exige, a decir de este proceso particular del TIRFAA, que los RFAA fluyan ininterrumpidamente sin una vigilancia *per se* de cada transacción realizada recurso accedido. El Sistema Multilateral y el SMTA (como contrato de adhesión) procuran facilitar y hacer expeditivo el acceso y flujo de los RFAA del anexo del TIRFAA. Para mayores detalles sobre el significado de la interdependencia y seguridad alimentaria, ver: VISER, B; EATON, D. “Transaction Costs of Tracking and Monitoring the Flows of Genetic Resource”. En: RUIZ, M y LAPENA, I. *A Moving Target: Genetic Resources and Options for Tracking and Monitoring their International Flows*. Gland, número 67/3, pp. 19-44.

generarse. Dicho esto, no existe, hasta el momento, claridad absoluta sobre qué es justo y equitativo y menos aún como se materializan y comparten estos beneficios⁹.

3. PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Tanto el CDB (su Artículo 8º inciso j, en especial), como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y su Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos y Folclor –IGC (2001), y el Protocolo de Nagoya han propiciado un impulso muy considerable al desarrollo de políticas públicas y legislación nacional e internacional para proteger los esfuerzos intelectuales (el conocimiento tradicional) de los pueblos indígenas, especialmente, a los relacionados con la biodiversidad.

En la actualidad, en el marco del IGC se está negociando un régimen internacional de protección de los conocimientos tradicionales, cuyo texto borrador puede ya revisarse¹⁰. Como resultado de esto, actualmente, toda actividad que implique acceder y usar los conocimientos de los pueblos indígenas (por ejemplo, la recolección de plantas medicinales o semillas, unidas con actividades de etnobotánica), requiere, cuando menos, el consentimiento fundamentado previo (PIC) de estos pueblos.

En el caso del Perú, la Ley N° 27811 - Ley de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Relacionados con la Biodiversidad (2001) regula justamente las condiciones de acceso y uso de estos conocimientos (Venero 2005). Aunque aún no se ha implementado esta norma del todo, sus elementos más importantes son los siguientes:

- La norma protege conocimientos tradicionales que se encuentran aún mantenidos de manera secreta o confidencial por los pueblos (y comunidades), a partir del uso de los secretos comerciales, principios de la competencia desleal, acuerdos bilaterales (licencias a través de términos mutuamente convenidos (MAT) y registros.
- Para el caso de conocimientos que se encuentran en el dominio público desde antes de 1982, se debe procurar formas de reconocimiento y compensación.
- Se crea un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

9 Hay diferentes formas de ver e interpretar una distribución justa y equitativa de beneficios. Verno y Ruiz (2011) argumentan que, en la práctica, ya se están dando prácticas más o menos formalizadas de participación y distribución de beneficios relacionados con el acceso y uso de los recursos genéticos. Para ello, presentan ocho estudios de caso en países de Latinoamérica, en los que, en el contexto de pequeños agricultores, esta situación se da casi inconscientemente en muchos casos. Por otro lado, la equidad y justicia deben entenderse como algo más que “lo que dicta el mercado”, pues eso fue lo que el CDB en última instancia procuró establecer cuando se negoció a principio de la década de 1990.

10 Ver: <http://www.wipo.int>

- El acceso y uso de los conocimientos tradicionales requiere del PIC de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, en los niveles que resulten pertinentes.
- La norma prevé la creación de registros para la protección de los conocimientos indígenas: el registro público y confidencial a cargo del Indecopi, y registros locales a cargo de las propias comunidades.
- La norma establece la forma en la que se compartirán beneficios monetarios que pudieran derivarse del acceso y uso de los conocimientos tradicionales.

Por otro lado, el Ministerio de Cultura, a través de las Declaratorias de Patrimonio Cultural Inmaterial (varias de las cuales incluyen CT), se han convertido en una manera de revalorizar y salvaguardar los CT de los pueblos indígenas y comunidades del país.¹¹

4. PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual protege y busca promover la innovación humana en diferentes campos de la ciencia, tecnología, y las artes en general, a partir de la concesión de derechos de exclusiva (monopólicos) por tiempos determinados y que se espera permitan recuperar la inversión en tiempo, esfuerzo y dinero. Para ello, desde hace más de dos siglos, se han desarrollado herramientas específicas, con fines determinados y que incluyen:

- **Patentes:** protegen innovaciones que cumplan con ser nuevas, tengan altura inventiva y aplicación industrial.
- **Derechos de obtentor:** protegen nuevas variedades de plantas que cumplan con ser nuevas, distintas, homogéneas y estables.
- **Derechos de autor:** protegen obras literarias y artísticas.
- **Secretos empresariales:** protegen ideas que tienen aplicación industrial y que no se desea divulgar.
- **Marcas:** signos distintivos que destacan productos en los mercados y les dan una ventaja competitiva en él.
- **Denominaciones de origen:** marcas especiales que asocian un producto a las características culturales, ecológicas y productivas de una determinada región.

11 Ver: <http://administrativos.cultura.gob.pe/intranet/dpcn>

La propiedad intelectual se ha hecho especialmente controvertida, especialmente, a partir de la extensión de derechos de patentes a formas de vida, como resultado de la adopción del Acuerdo sobre Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), decisiones de cortes en EE.UU. y Europa, y la creciente tendencia a incluir capítulos de propiedad intelectual en los acuerdos comerciales bilaterales; por ejemplo, el Acuerdo de Promoción Comercial entre EE.UU. y el Perú.

En el caso del Perú, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial (2000); la Ley N° 29316, que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial entre EE.UU. y Perú (2009); y el Decreto Legislativo N° 1075, Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (2008) regulan las condiciones de concesión de patentes en el país. Aunque durante un buen tiempo no estaba permitida la patentabilidad de genes aislados o partes del genoma de especies determinadas, la tendencia (política y normativa) a abrir la cobertura de protección a las invenciones biotecnológicas está cambiando este paradigma y principio.

5. PROTECCIÓN DEFENSIVA

Este es un concepto sencillo, que surgió a principios de la década de 1990, durante las discusiones de la Decisión 391 (Correa 2005). La protección defensiva es aplicable especialmente en el caso de las patentes relacionadas con la biodiversidad y los derechos de obtentor. Se resume en lo siguiente: como condición del procedimiento de admisión de una patente o un derecho de obtentor, el solicitante de este derecho debe presentar evidencia de que los componentes biológicos (por ejemplo, recursos genéticos) usados en esa innovación o los conocimientos tradicionales que ayudaron a su obtención, se accedieron y usaron de manera legal, cumpliendo con la legislación de acceso y de conocimientos tradicionales en cada caso.

Este principio está ahora reconocido en la legislación de patentes nacional (Decisión 486 y Decretos Legislativo N° 1075 y Ley N° 29316). Varios países del mundo (Brasil, Costa Rica, India, Panamá), incluyendo países europeos como Suiza y Noruega, han incorporado también este principio a sus marcos legales de propiedad intelectual o biodiversidad. Sin embargo, varios otros (EE.UU., Japón, Australia y Canadá) mantienen resistencias a la aplicación de este principio en tanto plantean que la legislación de patente no puede resolver las incapacidades o limitaciones que tienen los países en la implementación de su legislación sobre ABS.

El Protocolo de Nagoya sobre ABS plantea, sin embargo, una exigencia internacional para que los países tradicionalmente llamados “usuarios” de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asuman medidas propias para salvaguardar los intereses y derechos de los países tradicionalmente “proveedores” de estos recursos y sus pueblos indígenas. Esto lo hace a través de sus medidas de vigilancia y cumplimiento.

6. DERECHOS DEL AGRICULTOR

Los Derechos del Agricultor se encuentran formalmente reconocidos en el Tratado Internacional de la FAO de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Estos derechos son el resultado de un largo proceso internacional en el marco del cual se ha reconocido el aporte fundamental de los pequeños agricultores –especialmente de los países de origen y diversificación– a la conservación y desarrollo de semillas y cultivos críticamente importantes la seguridad alimentaria.

El tratado internacional plantea que es responsabilidad de los Estados, el desarrollo e implementación nacional de los Derechos del Agricultor, que son descritos como el derecho de las comunidades de agricultores a participar en los procesos políticos para su implementación, a participar de los beneficios que se derivan del acceso y uso de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, a la protección de sus conocimientos tradicionales asociados a estos recursos y a reutilizar el producto resultante de sus cosechas, siempre que no se afecten derechos como los derechos de obtentor u otros¹².

III. SEGUNDA SECCIÓN

1. EL PROTOCOLO DE NAGOYA Y SUS TEMAS CRÍTICOS

El Protocolo de Nagoya es un instrumento internacional largamente discutido y negociado, delicadamente equilibrado y, para algunos, aún insuficiente para garantizar la equidad y justicia efectiva en la distribución de beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos.¹³ Su ámbito se extiende a los recursos genéticos, derivados de los recursos genéticos (por ejemplo, productos bioquímicos) y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas relacionados con la biodiversidad y los recursos genéticos.

12 Sobre el concepto y avances en materia de derechos del agricultor, se recomienda revisar The Farmers Rights Project, en la que se incluyen estudios de caso sobre cómo se manifiesta y aplica este concepto en varios países, incluyendo el Perú: <http://www.farmersrights.org/fr-project/products.html>

13 Un artículo que resume los contenidos principales y significados del Protocolo de Nagoya es el siguiente: KAMAU, Evanson; FEDER, Bevis y WINTER, Gerd. "The Nagoya Protocol on Access to Genetic resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for the provider and User Countries and the Scientific Community?". *Law, Environment and Development Journal*, vol. 6/3, 2011, London.. Bastante más crítico del protocolo y de la aproximación contractual a ABS que promueve el CDB, son los trabajos de: VOGEL, Joseph y RUIZ, Manuel. *Genetic Resources as Natural Information. Implications for the Nagoya Protocol*. London: Routledge, 2015. RUIZ, Manuel; VOGEL, Joseph y ZAMUDIO, Teodora. "La lógica debe prevalecer: un nuevo marco teórico y operativo para el Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de Beneficios". *Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería. Documento de Investigación*, año V, N° 13, 2010, Lima. Consulta: 12 de noviembre del 2016. http://www.planttreaty.org/sites/default/files/spda_spa.pdf

2. ¿QUÉ ES EL PROTOCOLO DE NAGOYA Y POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA EL PERÚ?

El Protocolo de Nagoya es un instrumento jurídico internacional, de carácter vinculante, con igual jerarquía que un convenio o tratado internacional, y que desarrolla –en este caso– disposiciones y principios del CDB en materia de ABS y en menor medida CT. Si quiere entenderse de manera sencilla, se trata de una suerte de “reglamento” al CDB en materia de ABS. Su adopción, ratificación y entrada en vigor se sujeta a las mismas formalidades previstas para cualquier tratado o convenio internacional. En este caso, por ejemplo, su entrada en vigor será a los noventa días después de la quincuagésima ratificación. Cuenta con una secretaría –la misma del CDB–, una conferencia de las partes que le da el contenido político, procesos de reserva, denuncia, procedimientos para resolver conflictos, etc. Es en esencia un instrumento jurídico autónomo, derivado por su contenido y materia del CDB, pero sujeto a sus propias reglas y a las del derecho internacional público.

La importancia del protocolo para el Perú es crítica por algunas razones evidentes y otras no tanto. En primer lugar, el protocolo es el resultado de un proceso político, impulsado por el Perú –y otros países ciertamente– desde la década de 1990 y especialmente a partir de la formación del Grupo de Países Megadiversos Afines en el 2002. Confirma en buena medida una consistencia en la posición peruana a lo largo del tiempo, y que no es común en las negociaciones internacionales. En segundo lugar, el protocolo es importante porque sus contenidos críticos (ver abajo) complementan los esfuerzos nacionales que se han hecho para evitar situación de apropiación indebida o “biopiratería” relacionada con recursos y conocimientos tradicionales de origen peruano y de sus pueblos y comunidades respectivamente (Ruiz 2004)¹⁴. Finalmente, y posiblemente donde radica la mayor relevancia del protocolo, es que la inclusión de medidas y disposiciones relacionadas con los países usuarios de los recursos y conocimientos responden a ideas que nacieron en el Perú, se subestimaron en su momento (Caillaux, Ruiz y Tobin 1999), y luego inspiraron buena parte del debate internacional no solamente en el foro del CDB sino en varios otros, incluyendo el IGC de la OMPI. Aunque pocos países tienen la hidalguía de reconocerlo, actualmente, todos se reputan los abanderados, las ideas sobre usuarios, modificación del sistema de propiedad intelectual, certificado de origen y legal procedencia, entre otras fueron creación peruana e impulsados originalmente el Perú.

14 Para entender el concepto de “biopiratería” a partir de una norma jurídica, ver, Ley 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, del 30 de abril de 2004. Disponible en http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2016/06/9_Ley_28216_Ley-de-Proteccion_Acceso_Diversidad_Biologica_Peruana.pdf

3. CLARIDAD Y PRECISIÓN

Un aspecto continuamente resaltado en el protocolo es la necesidad de contar con procedimientos de acceso claros y sencillos y una definición igualmente clara de cuál es el punto focal o la autoridad nacional competente en materia de ABS y CT. En cuanto a lo primero, todavía es discutible si la decisión 391 y el reglamento nacional (Decreto Supremo N° 003-2009-MINAM) satisfacen esta exigencia. Ciertamente, en el caso de las autoridades competentes (Minam, INIA, Serfor, Produce), el reglamento las ha definido de manera explícita, incluyendo sus funciones específicas al margen de que algunas de ellas deban revisarse.

4. EL TEMA DE DEFINICIONES Y SU ÁMBITO (ARTÍCULOS DEL 1° A 3° DEL PROTOCOLO)

Un tema crítico en la discusión sobre ABS tiene que ver con definiciones, cobertura y ámbito, es decir “a qué se aplica” el protocolo. En ese sentido, se aplica los recursos genéticos comprendidos en el propio ámbito del Artículo 15° del CDB, de los cuales los países son “países de imagen” básicamente, y a los CT asociados. La “utilización de los recursos genéticos” se define como “actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de la biotecnología”. No existe distinción entre investigación básica o aplicada. Basta que se realicen actividades a nivel genético para que las reglas y principios del protocolo sean aplicables y se deban compartir beneficios. Los ejemplos de estos beneficios están explícitamente descritos en el anexo del protocolo.

En resumen, en cuanto al ámbito, el protocolo se aplica a los recursos genéticos, productos derivados y a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas relacionados con ellos. Asimismo, contiene algunas disposiciones generales, más de tipo programático –que deben ser desarrolladas en la legislación interna de cada país– sobre acceso y uso de los conocimientos tradicionales.

Un aspecto muy importante del protocolo es la extensión de su cobertura, indirectamente, a los derivados. Estos se definen como “un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia”. Aunque no se mencionan en el texto mismo (articulado) del protocolo, al momento de definir “biotecnología”, que es una de las tecnologías cubiertas por él, se determina que se trata de una aplicación “que utilice sistemas biológicos y organismos vivos, o sus derivados, para la creación o modificación de productos o procesos”. De esta manera se amplía considerablemente la cobertura y aplicación del protocolo a, por ejemplo, resinas, aceites naturales, extractos y otros productos naturales.

5. MEDIDAS EN LOS PAÍSES USUARIOS (ARTÍCULO 15º)

Un segundo aspecto crítico en el protocolo de Nagoya es la referencia a que los países que usan los recursos genéticos (por ejemplo, en la investigación y desarrollo, I&D) deben también adoptar medidas para que se efectivice la distribución justa y equitativa de beneficios. Sobre esto, el protocolo establece que cada parte

adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, para asegurar que los recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción hayan sido accedidos de conformidad con el consentimiento fundamentado previo y se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales.

Es importante indicar que así como el Perú podría ser un exportador neto de recursos genéticos y derivados, en el caso que se hiciera I&D usando recursos foráneos, se deben adoptar medidas internas para coadyuvar en el cumplimiento de este mandato.

En el caso del régimen de propiedad intelectual, específicamente la Decisión N° 486 sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial de la CAN (2000) y la Ley N° 29316 que profundiza los mandatos de la Decisión N° 486 (2009), ya se han adoptado este tipo de medidas de países usuarios, en tanto se hacen ciertas exigencias que garanticen el cumplimiento de los marcos legales y regulatorios en materia de acceso y protección de los CT específicamente. Se exige que el solicitante demuestre el origen y la procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales que pudieran estar siendo utilizados en la invención cuya protección se solicita.

6. LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES (ARTÍCULO 7º Y 12º)

Aunque no se detalla el mecanismo procedimental para la protección de los CT, el protocolo hace recomendaciones sobre cómo lograr esta protección, por ejemplo, mediante protocolos comunitarios,¹⁵ cláusulas contractuales modelo (a desarrollarse), el respeto al derecho consuetudinario, etc.

El Perú ha avanzado sustancialmente en esta materia a partir de la Ley N° 27811 sobre protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Relacionados con la Biodiversidad (2001) y con el establecimiento de la Comisión contra la Biopiratería (Ley N° 28216 del 2004). Ambas normas son parte del esfuerzo de implementación del Artículo 8º inciso j y Artículo 15º del CDB, de la propia Decisión N° 391 de la CAN, de la Estrategia Regional de Diversidad Biológica (Decisión N° 523 de la CAN) y de la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica (Decreto Supremo N° 108-2001- PCM), específicamente, en lo relacionado en la necesidad de contar con un marco regulatorio

15 Ver herramienta para el desarrollo de protocolos comunitarios o bioculturales elaborado por la organización Natural Justice de Sudafrica, en: <http://naturaljustice.org/wp-content/uploads/2012/05/BCP-Toolkit-Espanol.pdf>

sobre acceso a los recursos genéticos y protección de los conocimientos tradicionales, que se traduce a su vez en un esfuerzo por evitar la biopiratería relacionada con estos elementos.

7. VIGILANCIA DEL USO DE LOS RECURSOS GENÉTICOS (ARTÍCULO 17º)

Las partes contratantes, según el protocolo deben adoptar medidas y acciones que ayuden al monitoreo y la vigilancia (en puntos de verificación), respecto a lo que está pasando con los recursos genéticos. Esto se tratará de implementar a partir de certificados internacionales de cumplimiento, que no son otra cosa que un certificado o instrumento que indica la legalidad que se está haciendo de los recursos genéticos o derivados accedidos. En el caso del Perú, Indecopi es uno de estos puntos de verificación a partir de las reglas de desvelo de origen antes mencionadas y que tienen que verificarse como condición para la concesión de patentes de invención. El protocolo no define ni establece claramente cuáles son estos puntos de verificación, pero se prevé que el procedimiento de concesión de patentes sea uno muy claro; tal vez ciertos puntos de ingreso (aduanas) de materiales biológicos y posiblemente puntos de comercialización de productos. Esto tendrá que definirse en la legislación interna de cada país. El cuadro 1 ofrece una lista indicativa de ejemplos de puntos de verificación desarrollados en diferentes países y regiones.

Cuadro 2. Ejemplos de puntos de verificación

Alemania	El Artículo 34° inciso a de la Ley de Patentes, establece que si una invención se basa en o utiliza material biológico animal o vegetal, la solicitud de patente debe incluir información sobre el origen geográfico de dicho material, si fuera conocido. La omisión de proporcionar esta información no afecta al proceso de patentes ni su validez una vez otorgada.
Noruega	El Artículo 8° inciso b del Acta de Patentes del año 1967, modificada el 2015, establece que si una invención de refiere o usa material biológico o CT, la solicitud de patente deberá incluir información del país de donde el inventor recolecto u obtuvo el material o el CT. Si el país requiere de PIC, el inventor deberá mostrar evidencia de haber cumplido con ello.
Suiza	El Artículo 49° inciso a 2 del Acta de Patentes de Suiza del año 2012 establece que la patente deberá contener información sobre la fuente de los recursos genéticos y CT. La omisión no invalida la patente una vez otorgada, sino que se activan los remedios civiles de compensación, entre otros, si fuera el caso.
Unión Europea	La Directiva sobre Invencciones Biotecnológicas de la Unión Europea (98/44/CE del Parlamento Europeo de 1998) establece en su Párrafo 27 que un solicitante de patente deberá incluir información sobre el origen geográfico del material, si lo conociera, en el caso de invenciones basadas sobre material biológico. Por su parte, el Artículo 50° del Reglamento del Consejo 2100/94 requiere la indicación del origen geográfico de la variedad (mas no del material relacionado). La Comunidad Europea (CE) reconoce explícitamente la divulgación del origen como un principio consagrado en el Preámbulo a la Directiva N° 98/44 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Protección Jurídica de las Invencciones Biotecnológicas, aunque sin hacer de él un requisito vinculante.
Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú)	Las decisiones N° 391 (1996) sobre ABS y N° 486 (2000) sobre PI incluyen disposiciones específicas sobre desvelo: la Decisión N° 486 en su Artículo 26° inciso a h e i establece que un solicitante de patente sobre una innovación derivada de la biodiversidad o los recursos genéticos debe presentar a la autoridad de PI la documentación que acredite que se ha cumplido con la legislación nacional de ABS y de CT en los casos en los que las innovaciones/ invenciones se hubieran desarrollado a partir de recursos genéticos o CT de los cuales los países miembros de la CAN son países de origen. El incumplimiento de esta exigencia se sanciona con la nulidad de la patente otorgada.

Fuente: Elaboración propia, adaptado de Rosell (2007)

IV. COMENTARIOS FINALES

El Protocolo de Nagoya puede ser aprovechado positivamente por el Perú y otros países en tanto la atención se centre en sus temas “diferenciadores”. Estos son insistir en promover la agenda de acción de parte de los países “usuarios”, establecer mecanismos de seguimiento y monitoreo (esto puede ya avanzarse en el plano interno), y desarrollar el certificado de legal procedencia o cumplimiento (igualmente, esto puede desarrollarse incluso en el ámbito sub-regional andino, a nivel de la CAN).

Existe un tema un tanto relegado, pero que es igualmente relevante e importante: lo relativo a recursos genéticos compartidos o que se producen en situaciones transfronterizas (Artículo 10º). Este es un punto de agenda incorporado en la negociación a modo de excepción, pero que responde en realidad a la realidad biológica y natural y es que los recursos genéticos están, en sentido estricto, muy diseminados entre los países. Para ello, el proceso de revisión de la norma regional andina (la Decisión N° 391) ofrece una ventana de oportunidad para reflexionar sobre esta particularidad de los recursos genéticos, que también se presenta en el caso de los conocimientos tradicionales (Ruiz 2013).

En todo caso, existe, como se ha señalado en el documento, puntos que desde el plano de políticas y normativa interna pueden ser ya abordados por el país. En ese sentido, a nivel reglamentario y con miras a empezar un proceso de adecuación, los temas que deben abordarse y ajustarse en el reglamento nacional (Decreto Supremo N° 003-2009-MINAM) se refieren a:

- Precisar las excepciones del Artículo 5º del reglamento a fin de considerar la extensión de la cobertura del protocolo a los “productos derivados”.
- Considerar la posibilidad de centralizar los procedimientos (solicitudes) a partir de una ventanilla única, que podría operar a nivel del Minam.
- Incorporar como parte del mecanismo de supervisión y seguimiento (Artículo 37º y siguientes del reglamento), puntos claros y específicos de chequeo, distintos al ya existente en el ámbito del Indecopi y las exigencias establecidas en la legislación de propiedad intelectual.
- Establecer en ese sentido, los mecanismos de intercambio de información entre el propio Indecopi y las autoridades de administración y ejecución (Artículo 14º y siguientes del reglamento).¹⁶

16 Vale la pena resumir el marco institucional existente: el Minam es el ente coordinador y generador de políticas en materia de ABS, asimismo, cuenta con el apoyo de la Conadib para opinión técnica cuando sea necesario; el INIA es la autoridad competente en ABS cuando se trata de recursos genéticos cultivados o domesticados (la propuesta de modificación de reglamento quiere asignarle también los parientes silvestres); la DGFFS es competente en el caso de recursos genéticos de origen silvestre y los microorganismos; finalmente, el Vice-Ministerio de Pesquería es competente en el caso de recursos genéticos de origen marino y de aguas continentales.

- Simplificar los procedimientos e instrumentos previstos para acceder a los recursos genéticos (y los productos derivados), a fin de equilibrar la necesidad de facilitar el acceso y por otro lado regular las condiciones del mismo. Estos ajustes servirían como primer paso de adecuación a las exigencias inmediatas del Protocolo de Nagoya y facilitarían su cumplimiento.

V. BIBLIOGRAFÍA

CAILLAUX, Jorge; RUIZ, Manuel; TOBIN, Brendan

- 1999 *El Régimen Andino de Acceso a los Recursos genéticos: Lecciones y Experiencias*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Consulta: 12 de noviembre del 2016.
www.spda.org.pe/wpfb-file/20060109112354_regimenandino_mini-jpg

CORREA, Carlos

- 2005 “Alcances Jurídicos de las Exigencias de Divulgación de Origen en el Sistema de Patentes y Derechos de Obtentor”. *Documentos de Investigación Iniciativa de Prevención de la Biopiratería*. Lima, año 1, número 2, agosto 2005. Consulta: 14 de noviembre del 2016.
www.biopirateria.org

KAMAU, Evanson; FEDER, Bevis; WINTER, Gerd

- 2011 “The Nagoya Protocol on Access to Genetic resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for the provider and User Countries and the Scientific Community?”. *Law, Environment and Development Journal*. London, volume 6/3.

ROSSEL, Mónica

- 2007 *Propuesta para un Sistema de Certificación de Recursos Genéticos*. Lima: CAF. Consulta: 18 de noviembre del 2016.
<http://publicaciones.caf.com/media/1269/92.pdf>

RUIZ, Manuel

- 2005 “¿Cómo prevenir y enfrentar la biopiratería? Una aproximación desde Latinoamérica”. *Documentos de Investigación Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería*. SPDA. Lima, año 1, número 1, pp. 1-8.
- 2013 “Protecting Shared (and Widely Disseminated) Traditional Knowledge: Issues and Options”. *Paper presented during WIPO IGC meeting side event, July, 2013*. ICTSD. Consulta: 18 de noviembre del 2016.
www.ictsd.org/downloads/2013/11/protecting-shared-traditional-knowledge.pdf

2015 *Genetic Resources as Natural Information. Implications for the Nagoya Protocol*. London: Routledge.

RUIZ, Manuel y VERNOOY, Ronnie

2011 *The Custodians of Biodiversity: Sharing Access and Benefits to Genetic Resources*. Earthscan Publications.

RUIZ, Manuel; VOGEL, Joseph y ZAMUDIO, Teodora

2010 “La lógica debe prevalecer: un nuevo marco teórico y operativo para el Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de Beneficios”. *Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería. Documento de Investigación SPDA*. Lima, año V, número 13. Consulta: 18 de noviembre del 2016.

www.planttreaty.org/sites/default/files/spda_spa.pdf

VENERO, Begoña

2005 “Mitos y verdades sobre la biopiratería y la propiedad intelectual”. En: KRESALJA, Baldo. *Anuario de Derechos Intelectuales*. Lima: Palestra, pp. 219.

PROPUESTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA RED DE MONUMENTOS NATURALES EN EL PERÚ¹

Por: Pedro Solano

SUMARIO

I. Presentación; II. Las propuestas para implementar una red de monumentos naturales en el Perú. A. El Santuario Nacional “Red de Monumentos naturales del Perú”. B. Habilitar el registro de monumentos naturales del Perú. C. Generar una plataforma que impulse la red de monumentos naturales del Perú; III. Conclusiones; IV. Bibliografía; V. Anexos.

I. PRESENTACIÓN

La conservación de la biodiversidad y del patrimonio natural a través de áreas naturales protegidas constituye un mandato constitucional del Estado Peruano (contenido en su artículo 68). El Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SINANPE, ha consolidado a la fecha un número importante de áreas representativas de la gran diversidad biológica del Perú. Existen a la fecha 77 áreas naturales protegidas de nivel nacional que cubren 19.4 millones de hectáreas y representan “lo mejor” de la biodiversidad peruana. Pese a ello, el SINANPE aún no logra incorporar sitios muy específicos, manifestaciones únicas e importantes de la naturaleza y que han formado parte de nuestro patrimonio natural durante siglos. Este es el caso de árboles milenarios, montañas sagradas, enormes cataratas, bosques de piedras, cuevas e incluso olas legendarias para el surf y otros deportes. A lo largo del tiempo ha existido una conexión espiritual y sentimental entre las poblaciones de la costa, sierra y selva, con muchos de estos lugares. Pese a sus características naturales singulares y de extraordinaria belleza, por lo general son espacios que actualmente no cuentan con

1 El presente artículo se basa en el Estudio de Factibilidad desarrollado por el autor en colaboración con Alfredo Gálvez, Walter Wust, Bruno Monteferrri y Manuel Ruiz, en el marco del convenio interinstitucional de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA con el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas – SERNANP, y gracias al apoyo financiero de Gordon & Betty Moore Foundation y Andes Amazon Fund.

protección alguna ni reconocimiento por parte del Estado para su puesta en valor y adecuada gestión. Es decir, son lugares cuyos mecanismos de protección y gestión son muy limitados.

Estos sitios han sido reconocidos e incorporados a través de los años a los sistemas legales de los distintos países bajo la denominación y figura de los “monumentos naturales” o también de los “monumentos nacionales”. Muchas veces estos monumentos forman parte de los sistemas de áreas protegidas de los países, siguiendo las recomendaciones y directrices de la Unión Mundial de la Naturaleza, UICN por sus siglas en inglés. Una red de Monumentos Naturales en el Perú buscaría justamente articular estos singulares sitios y promover su puesta en valor y gestión eficiente a través de modelos efectivos y ad-hoc, facilitando la creación de sinergias entre los actores locales, diferentes niveles de gobierno y el sector privado.

Los Monumentos Naturales son definidos internacionalmente como aquellos rasgos específicos y singulares de la naturaleza, de belleza única, a los cuales la gente históricamente les ha dado y reconocido un valor. Más allá de ser especiales hablando en términos de paisaje, antigüedad, forma, color, historia y leyendas, estos sitios forman parte de la cultura y patrimonio natural de los pueblos. Usualmente son sitios muy visitados y hasta cierto punto intervenidos en su entorno y, en ese sentido, pese a ser valorados y conocidos se encuentran expuestos a una serie de presiones y amenazas. Los mecanismos para proteger Monumentos Naturales en el mundo pasan muchas veces por los sistemas nacionales de áreas protegidas. En otros casos, se vinculan a mecanismos de protección regulados por los municipios, gobiernos sub-nacionales o por los sectores nacionales de cultura o ambiente.

Pensar en Monumentos Naturales en el Perú es, por ejemplo, pensar en el caso de la Catarata de Yumbilla en Amazonas, del bosque de piedras de Marcahuasi, o del Río Hirviente del Amazonas en Huánuco. Por su belleza y sus historias, son lugares sumamente conocidos y reconocidos a nivel local. Muchos de ellos, son la “postal” del lugar, el sitio que se recomienda visitar, la foto que no se debe dejar de tomar. Por ello, de algún modo, son al paisaje lo que las especies carismáticas como el panda son a la fauna, y por lo tanto tienen el potencial de ser utilizadas para atraer inversión y generar mayor empatía y respaldo ciudadano para iniciativas de conservación.

La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza – UICN, dispone de un estándar mundial de 6 categorías² sugeridas para áreas naturales protegidas a nivel global. Dentro de esta clasificación, en la que están consideradas categorías como los Parques Nacionales o los Refugios de Vida Silvestres, se encuentran los Monumentos Naturales (Categoría III de la UICN).

2 https://www.iucn.org/es/sobre/trabajo/programas/areas_protegidas/_copy_of_categories_wcpa_french_13012012_1128/

Cuadro 1: Definición de la Categoría de Monumento Natural según la UICN

La UICN define a los Monumentos Naturales como aquellas áreas cuyo fin es proteger específicos rasgos naturales sobresalientes y la biodiversidad y hábitats asociados a ellos, proporcionar protección a la biodiversidad en paisajes terrestres o marinos que en ausencia de ella sufrirían cambios sustanciales, proteger lugares naturales específicos con valores espirituales y/o culturales cuando estos también cuentan con valores de biodiversidad y conservar los valores espirituales y culturales tradicionales del lugar.

Dicho concepto o definición establece que los rasgos distintivos de estas áreas son: (i) los rasgos geológicos y geomorfológicos naturales; (ii) los rasgos naturales con influencia cultural; (iii) los lugares naturales-culturales; y, (iv) los lugares culturales asociados con la ecología.

Por lo tanto, esta categoría de manejo presentaría las siguientes características:

- No está confinada a paisajes 100% naturales y prístinos.
- Podría establecerse en áreas que son paisajes culturales o fragmentados.
- Se fomentan las visitas y los usos recreativos.
- La investigación y el monitoreo están limitados a la comprensión y el mantenimiento del rasgo natural concreto.
- El énfasis de la gestión no reside en la protección del ecosistema en su conjunto o en la protección de especies o hábitats clave sino más bien en la protección de rasgos naturales concretos.

Países como los Estados Unidos, España, México y Chile han establecido y gestionan Monumentos Naturales dentro de sus sistemas nacionales de áreas protegidas, habiendo promulgado leyes que datan del año 1906 como en el caso norteamericano, con un sistema conformado por 114 sitios que ostentan esta categoría de manejo, o del año 1989 como en el caso español, el mismo que cuenta con un sistema conformado por 328 Monumentos Naturales.

Cuadro 2. Monumentos Naturales en la legislación comparada

País	Resumen	Definición	Condiciones de uso	Comentarios
México	Son parte del Sistema de ANP y los administra la CONANP. Hay 5 sobre una superficie de 16,269.00 ha. El más pequeño es de 1,076 ha y el más grande de 6,039 ha.	Área que incluye uno o varios elementos naturales, consistentes en lugares u objetos naturales, que, por su carácter único o excepcional, interés estético, valor histórico o científico, se resuelva incorporar a un régimen de protección absoluta.	Solo se permite la realización de actividades relacionadas con su preservación, investigación científica, recreación y educación.	La mayoría de los Monumentos Naturales declarados protegen ruinas arqueológicas pertenecientes a la Cultura Maya.
España	Estado central se encarga de la gestión y creación de Parques Nacionales y comunidades autónomas de otras figuras como los monumentos naturales. Hay 4 figuras adicionales a la de Monumentos Naturales de nivel Estatal: (i) Árbol Singular; (ii) Enclave Natural; (iii) Monumento Natural; y, (iv) Monumento Natural de Interés Nacional. Hay 328 MN sobre una superficie de 88,026 ha.	Espacios o elementos de la naturaleza constituidos básicamente por formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza, que merecen ser objeto de una protección especial.	Son intangibles. No permiten la extracción de recursos. Excepcionalmente se puede realizar aprovechamiento solo por razones de investigación o conservación.	Árboles singulares, las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y mineralógicos, los estratotipos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, culturales o paisajísticos.
Estados Unidos	Contempla la figura de Monumentos Nacionales, cuya gestión está a cargo de diversas autoridades. Se crean por declaración Presidencial o por el Congreso sobre tierras federales. Hay 114 Monumentos Nacionales.	Es un área natural protegida similar a un Parque Nacional, sin embargo, pueden ser creadas en cualquier espacio de titularidad del Gobierno Federal por declaración del Presidente.	Son intangibles. Solo permiten investigación, turismo sostenible y educación ambiental.	La primera norma sobre MN data de 1906, the Antiquities Act.

País	Resumen	Definición	Condiciones de uso	Comentarios
Chile	En Chile la Corporación Nacional Forestal (CONAF), dependiente del Ministerio de Agricultura, es quien administra actualmente las Áreas Naturales Protegidas y todo el Sistema Nacional de Áreas Naturales Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), el mismo que está formado por: Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales.	Son las regiones, objetos o especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta.	Son Intangibles, salvo la realización de investigaciones científicas o inspecciones gubernamentales.	La ley 18.362 del SNASPE, que no se encuentra vigente, definía como Monumento Natural a aquellas áreas generalmente reducidas, caracterizadas por la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios geológicos relevantes desde el punto de vista escénico, cultural, educativo o científico.

En el Perú la normatividad actual sobre áreas protegidas³ incluye una categoría denominada Santuario Nacional, que de algún modo subsume o incluye la posibilidad de proteger bajo esta denominación a los Monumentos Naturales. Por ejemplo, uno de nuestros Santuarios Nacionales, Huayllay, es un bosque imponente de piedras que calza con el concepto de Monumentos Naturales de nivel internacional. Sin embargo, esta es la única área de todo el SINANPE que reconoce exclusivamente un sitio por sus condiciones de Monumento Natural, siguiendo la definición de la UICN. Luego del establecimiento de Huayllay como Santuario Nacional en 1974, nunca más se utilizó esta categoría para proteger un Monumento Natural en el Perú en exclusividad; si bien muchos monumentos naturales han quedado dentro de áreas protegidas de mayor tamaño y con distintas categorías, como es el caso del volcán El Misti en la Reserva Nacional Salinas y Aguada Blanca o el imponente Pongo de Manseriche en la Zona Reservada Santiago Comaina. La explicación posiblemente pasa porque en la práctica los Santuarios Nacionales en el Perú se asociaron más a áreas con un objetivo de conservación específico, pero siempre vinculado a un ecosistema, como es el caso de los Manglares de Tumbes o las Lagunas de Mejía y se desarrolló poco la idea de asociar esta categoría a los monumentos naturales.

Existe una necesidad para proteger y poner en valor a los monumentos naturales que están fuera de las áreas naturales protegidas: no sólo son únicos y bellos, sino que nos

3 Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG.

recuerdan el rol histórico que cumplen para vincular al poblador con la naturaleza ya que suelen generar un vínculo de pertenencia, respeto y admiración; son una muestra que la naturaleza inspira día a día a las personas y las une. Son además sitios ideales para crear modelos de gestión innovadores que articulen a los pobladores locales, el sector privado y el gobierno.

En este artículo se resumen tres opciones no excluyentes para avanzar en la idea crear y gestionar Monumentos Naturales en el Perú y a la vez integrarlos en una Red que permita visibilizarlos como un activo especial del Patrimonio Natural del país. Las alternativas que se analizan van desde la creación de un gran Santuario Nacional que agrupe los distintos monumentos hasta la articulación de los diferentes monumentos a través de una plataforma virtual y de asistencia para generar una suerte de “marca colectiva” o lenguaje común.

II. LAS PROPUESTAS PARA IMPLEMENTAR UNA RED DE MONUMENTOS NATURALES EN EL PERÚ

A partir del análisis del marco legal e institucional peruano, consideramos que hay tres opciones viables, no excluyentes entre sí, para implementar una Red de Monumentos Naturales del Perú.

- a. Establecer un Santuario Nacional “Red de Monumentos Naturales del Perú”. Es decir, se utilizaría la equivalencia de la Categoría III – Monumento Natural con la de Santuario Nacional establecida por la LANP y su reglamento. El decreto supremo que crearía el Santuario ya incluiría algunos Monumentos Naturales y definiría el procedimiento a seguir para incluir nuevos monumentos en el futuro. Un antecedente que esto es técnica y legalmente viable está dado por la Reserva Nacional “Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras”; que reúne a 28 islas, islotes y puntas en el ámbito marino y costero.
- b. Promover una Ley en el Congreso de la República que declare de interés nacional la protección y puesta en valor de los monumentos naturales del Perú, y que encargue al Ministerio del Ambiente, a través de su Dirección General de Diversidad Biológica, la elaboración y aprobación de la normatividad complementaria - como criterios técnicos para calificar como Monumento Natural -así como la habilitación de un Registro en el MINAM para inscribir los Monumentos Naturales. Antecedentes de casos similares se encuentran en la Ley para la Preservación de Rompientes Aptas para la Práctica Deportiva, Ley 27280, y en la habilitación del Registro Nacional de Rompientes en la Dirección General de Capitanías y Puertos.

- c. Conformar la plataforma “Red de Monumentos Naturales del Perú” como una iniciativa privada que inicialmente se articule a un nivel comunicacional para resaltar la importancia, belleza, historia y oportunidades de visitar los lugares; y posteriormente evalúe la conformación de un Patronato de los Monumentos Naturales del Perú para promover proyectos y actividades orientadas a mejorar la gestión y puesta en valor de estos sitios. La estrategia inicial sería básicamente de comunicaciones y de generación de acuerdos y Memorandos de Entendimiento entre población local, privados y agencias del Gobierno. Un antecedente es la plataforma Conservamos por Naturaleza (www.conservamos.org), que da visibilidad, articula y brinda apoyo a iniciativas de conservación privadas y comunales en el Perú.

Estas opciones no son excluyentes, en especial la opción “c” que constituye una oportunidad tanto para la opción “a” como la “b”.

Entre las ventajas de la opción “a”, la creación del Santuario Nacional estaría más enfocado en resaltar al más alto nivel la importancia para el Perú de proteger y poner en valor estos espacios. Es de la mayor seguridad jurídica y visibilidad a efectos prácticos y legales. Por su parte, la creación de un Registro de Monumentos Naturales, opción “b”, permitiría transparencia en la información, acceso a que cualquier interesado presente una solicitud que cumpliendo los requisitos logre ser inscrito en el Registro. Asimismo, la inscripción facilitaría el acceso a que desde el Estado o la empresa se brinde apoyo técnico, legal y financiero para su puesta en valor; así como ofrecer un marco para promover acciones concertadas que involucren a funcionarios de diferentes oficinas y ministerios (Ej. MINAM, PromPerú, Gobiernos Locales, MINCETUR, etc). Finalmente, la creación de una plataforma impulsada desde el sector privado en alianza con el Gobierno, opción “c”, generaría un canal abierto e integrador para público interesado, empresas y autoridades locales. Esto debería permitir también una futura asociatividad específica, como puede ser un Patronato, orientado a canalizar de manera ágil y efectiva recursos e iniciativas para los monumentos.

Cuadro 3: Opciones para la implementación de una Red de Monumentos Naturales

Nombre	Forma de creación	Implicancias legales	Antecedentes	Beneficios
Santuario Nacional “Red de Monumentos Naturales del Perú”	Decreto Supremo	Se aplica el marco legal de ANP, SERNANP a cargo de autorizar actividades al interior del Santuario, compatibilidad y opinión vinculante en el área y sus zonas de amortiguamiento.	Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras	Da mayor seguridad jurídica, se cuenta con el respaldo del SERNANP y pertenece al SINANPE, abre la posibilidad de asignar fondos del Gobierno
Registro de Monumentos Naturales del Perú	Ley que crea el Registro. Lineamientos aprobados por RM MINAM. Registro implementado a través de la RM	La inscripción en el Registro genera que el MINAM deberá opinar en caso se tramite alguna obra o actividad que pueda afectar al monumento.	Ley de Rompientes y Registro Nacional de Rompientes (RENARO) y Registro en DICAPI	Da transparencia sobre Monumentos inscritos, no genera restricciones de uso pero sí condiciona obras o Proyectos a no afectar los valores que sustentan al Monumento.
Plataforma Red de Monumentos Naturales del Perú	Memorando de Entendimiento entre las partes, no se requiere de norma legal adicional. El Patronato requiere de constitución de acuerdo al Código Civil.	Se basaría en compromisos voluntarios.	www.conservamos.org, y otras plataformas de apoyo a iniciativas locales.	Flexibilidad para innovar, atractivo para sumar sector privado.

A continuación, desarrollamos cada una de las opciones presentadas:

A. EL SANTUARIO NACIONAL “RED DE MONUMENTOS NATURALES DEL PERÚ”

Tomando como base la experiencia de la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras que creó una red de áreas marinas protegidas vinculadas entre sí por la presencia de aves guaneras, y por una historia de décadas de gestión para la conservación y manejo sostenible, una primera opción es crear un área natural protegida que articule la Red de Monumentos Naturales del Perú. Es decir, se podría

establecer un Santuario Nacional que integre varios sitios, conformando así una Red de Monumentos Naturales. Esta alternativa permitirá darle una gestión integral a aquellos monumentos naturales del Perú, que cumplan con los requisitos y cuya integración al SINANPE sea viable.

De conformidad con el artículo 51° del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas⁴, se entiende que los Santuarios Nacionales son aquellas áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de flora y fauna silvestre, así como las formaciones de interés científico y paisajístico, por su importancia nacional. La segunda parte de esta definición, subrayada, sigue de algún modo la definición de Monumentos Naturales de la UICN. La UICN dispone que los objetos de conservación primordiales de los Monumentos Naturales son *aquellas características naturales o culturales específicas de valor destacado o excepcional por su rareza implícita, sus calidades representativas o estéticas o por importancia cultural*.

Cuadro 4. Listado de Santuarios Nacionales establecidos por el Estado Peruano a la fecha⁵

Santuario Nacional	Base Legal	Fecha de Promulgación	Ubicación	Extensión
Huayllay	D.S. N° 0750-1974-AG	07.08.1974	Pasco	6, 815.00 ha
Calipuy	D.S. N° 004-1981-AA	08.01.1981	La Libertad	4,500.00 ha
Lagunas de Mejía	D.S. N° 015-1984-AG	24.02.1984	Arequipa	690.00 ha
Ampay	D.S. N° 042-1987-AG	23.07.1987	Apurimac	3,635.00 ha
Los Manglares de Tumbes	D.S. N° 018-1988-AG	02.03.1988	Tumbes	2,972.00 ha
Megantoni	D.S. N° 030-2004-AG	17.08.2004	Cusco	215,868.96 ha
Pampa Hermosa	D.S. N° 005-2009-MINAM	26.03.2009	Junín	11,543.74
Tabaconas - Namballe	D.S. N° 051-1988-AG	20.05.1988	Cajamarca	32,124.87 ha
Cordillera de Colán	D.S. N° 021-2009-MINAM	09.12.2009	Amazonas	39,215.80 ha
Superficie total protegida				317,366.47 ha

4 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-2001-AG.

5 Información oficial extraída de la página web del SERNANP: http://www.sernanp.gob.pe/sernanp/archivos/biblioteca/mapas/ListaAnps_12112014.pdf

Viabilidad política y social

Esta propuesta se enmarca en la legislación y en la práctica del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINANPE). La lista de posibles sitios a ser incorporados en un Santuario Nacional integrado por diferentes Monumentos en su mayoría identifica sitios reconocidos y visitados localmente, por lo que su incorporación al Sistema no variaría los usos actuales sino más bien los potenciaría y haría más visibles. Es de esperar que la propuesta de incorporar estos sitios al Santuario sea bienvenida y celebrada a nivel local ya que sería un reconocimiento nacional a lo que ya constituye un atractivo y elemento de identidad local. Deberá desarrollarse una adecuada estrategia de comunicaciones para informar sobre dos aspectos claves: por un lado los modelos de gestión de las áreas, de modo que quede claro que no se estarían “centralizando” espacios que ya tienen una gobernanza local; y de otro lado respecto al aprovechamiento posible de recursos naturales en el ámbito de los monumentos que lo permitan, ya que la categoría de “Santuario” podría generar un mensaje erróneo de incompatibilidad para otros usos en el poblador.

¿Cómo se gestionaría el Santuario Nacional?

Deberá pensarse en una fórmula que optimice la presencia y rol de las poblaciones y autoridades cercanas a los monumentos; para que a través de acuerdos y convenios ellos realicen la gestión de estos espacios. Dado que los Monumentos Naturales que formarían parte del Santuario Nacional estarían ubicados de manera dispersa en el territorio peruano, se requiere pensar en formas novedosas de gestión. El Jefe del área protegida cumpliría en estos casos un rol más articulador y promotor. Por ejemplo, en el caso de la Reserva Nacional Sistema de Islotes y Puntas Guaneras, se cuenta con un Jefe y Coordinadores por zonas.

La visión que se propone para los Monumentos Naturales es que incentive el liderazgo y la participación de pobladores locales y actores interesados en la gestión del sitio. La legislación sobre áreas naturales protegidas ya incluye una diversidad de herramientas legales que podrían usarse para dicho fin, como los comités de gestión, las concesiones para la prestación de servicios turísticos, los contratos de administración parcial, la promoción de patronatos, entre otros. Estas herramientas podrían ser usadas dependiendo del interés y el modelo de gestión que se vea adecuado.

A diferencia de otras áreas del Sistema, la red de Monumentos Naturales deberá contemplar una gestión distinta, en tanto el SERNANP no se encargaría directamente de los sitios, sino también intervendrían los gobiernos locales provinciales y distritales que tengan un interés legítimo en proteger y conservar los rasgos naturales identificados en sus ámbitos jurisdiccionales. En adición a ello, la población local tendría una participación activa en la gestión de los Monumentos Naturales, encargándose por ejemplo de algunas acciones relativas al control y vigilancia, u otras en el marco de acuerdos que suscriban con el SERNANP para tal efecto.

Cuadro 5: Mecanismos de participación ciudadana en la gestión de ANP que podrían ser utilizados

Nombre	Descripción	Potencial rol en el Santuario Red de MN	Base legal
Comité de Gestión	La LANP establece a través de su artículo 14°, que cada ANP de nivel nacional debe contar con el apoyo de un Comité de Gestión integrado por representantes del Sector Público y Privado que nivel nacional, tengan interés o injerencia en el área protegida. En ese sentido, los Comités de Gestión son espacios de participación ciudadana conformados por actores interesados en la gestión de las ANP y en el apoyo de su gestión para lograr un buen funcionamiento.	<ul style="list-style-type: none"> • Proponer políticas de desarrollo y planes del Santuario. • Velar por el buen funcionamiento del ANP, así como proponer medidas que armonicen los usos de los recursos con los objetivos de conservación del ANP. • Proponer medidas para la captación de recursos financieros para el Santuario. 	Artículo 14° de la LANP y artículo 15° del RLANP
Contrato de administración	Los Contratos de Administración son mecanismos legales a través de los cuales el Estado, de oficio o a pedido de parte, encarga a una persona jurídica, por un plazo de hasta veinte (20) años, la ejecución parcial o total de las operaciones de manejo y gestión contenidas en los Planes Maestro. Esta persona jurídica sin fines de lucro y de derecho privado se denomina Ejecutor.	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecutar total o parcialmente las operaciones de manejo y administración • Realizar actividades económicas de aprovechamiento de recursos o de prestación de servicios turísticos o económicos en el área, para la sostenibilidad financiera de la misma. 	Capítulo IV del RLANP, modificado por Decreto Supremo N° 007-2011-MINAM
Patronato	Los patronatos son organizaciones/asociaciones sin fines de lucro que cumplen con la finalidad de dar apoyo y sostenibilidad a una causa determinada, a través de la recaudación de fondos y ejecución de actividades. Usualmente, las acciones del Patronato se financian de las aportaciones de sus socios (patrones) que son personas naturales o jurídicas.	<ul style="list-style-type: none"> • Apoyar en la gestión sostenible de la Red de Monumentos Naturales a través de la canalización de recursos económicos y de gestión. 	Código Civil, Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persiguen un fin no lucrativo.

B. HABILITAR EL REGISTRO DE MONUMENTOS NATURALES DEL PERÚ

En esta alternativa se plantea el reconocimiento de sitios como Monumentos Naturales por parte del Ministerio del Ambiente, estando la Dirección General de Diversidad Biológica, a cargo de la evaluación de los Monumentos Naturales propuestos y de la gestión del Registro de Monumentos Naturales del Perú. Se sugiere que la inscripción en el Registro de los Monumentos Naturales se formalice mediante Resolución Ministerial, siguiendo el antecedente del reconocimiento de las áreas de conservación privadas. Para ello se propone la promulgación de una Ley que declare de interés nacional la protección y puesta en valor de los monumentos naturales del Perú y le asigne al MINAM la responsabilidad de desarrollar y mantener actualizado dicho Registro. Asimismo el MINAM estaría a cargo de aprobar por RM los lineamientos para la calificación de Monumentos Naturales.

Criterios para crear un Registro de Monumentos Naturales

La singularidad de los lugares por los rasgos naturales sobresalientes y la biodiversidad asociada, la importancia del uso público y el reconocimiento extendido en la sociedad de la particularidad o belleza del sitio, y los valores culturales y espirituales asociados a dichos lugares, son los principales criterios en los que se sustentaría el Registro de Monumentos Naturales.

En el Perú ya se han promulgado normas que protegen elementos de la diversidad biológica, por su singularidad o porque son espacios que son de especial importancia para el uso público. En el primer caso tenemos la Ley 28477, Ley que declara como Patrimonio Natural de la Nación a los cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas. Esta Ley le dio la calidad de Patrimonio Natural de la Nación a diferentes especies y variedades de cultivos, dando un marco legal que permite disponer el rescate, conservación y promoción de distintas especies hasta la actualidad. Una de las últimas especies en recibir dicho status fue el Algodonero Nativo Peruano⁶. Por otro lado, destaca el caso del Bosque El Olivar, recuerdo vivo de la historia limeña que cuenta con cerca de 1700 olivos y da refugio a más de 30 especies de aves, incluido el turtupilín, el botón de oro, el violinista y el gavián acanelado. El Bosque Olivar, tradicionalmente usado como espacio de uso público y hábitat de vida silvestre en plena urbe fue declarado Monumento Nacional el 16 de diciembre de 1959, bajo Resolución Suprema N° 5773. También vale la pena resaltar la Ley 27280, Ley de Preservación de Rompientes aptas para la Práctica Deportiva, que creó un marco legal sui generis para protección de rompientes dada su importancia para el uso público y la práctica deportiva y recreativa.

6 Se puede acceder a la norma ingresando a este link: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/RelatAgenda/proapro.nsf/ProyectosAprobadosPortal/F4E34E51A5564DD70525743300707BC7/\\$FILE/1401ALGODONPERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/RelatAgenda/proapro.nsf/ProyectosAprobadosPortal/F4E34E51A5564DD70525743300707BC7/$FILE/1401ALGODONPERUANO.pdf)

¿Por qué el MINAM podría llevar este Registro?

Hay 4 ejes estratégicos de la gestión ambiental en el Perú⁷: (i) Estado soberano y garante de derechos; (ii) mejora de la calidad de vida con un ambiente sano; (iii) compatibilizando el aprovechamiento armonioso de los recursos naturales; y (iv) Patrimonio Natural saludable. Este último eje es entendido como el mantenimiento y mejoramiento de la capacidad de los ecosistemas para proveer bienes y servicios ambientales, de modo que aseguren las condiciones adecuadas para alcanzar el bienestar humano, el crecimiento y el desarrollo, en beneficio de la población.

Uno de sus objetivos prioritarios es promover la conservación y aprovechamiento sostenible de la biodiversidad como oportunidad y estrategia de desarrollo sostenible y distribuyendo equitativamente sus beneficios. Definitivamente la Red de Monumentos Naturales se enmarca y ayudaría a cumplir con dicho objetivo. En el Informe de la Comisión Multisectorial creada mediante Resolución Suprema N° 189-2012-PC, no hay mucho detalle de cómo lograr dicho objetivo. A grandes rasgos se mencionan algunas propuestas, entre ellas complementar la normatividad de los recursos naturales para fortalecer la gestión forestal y de fauna silvestre.

Por otro lado, es importante analizar las competencias del MINAM para determinar si es viable que gestione dicho Registro. En la medida que se busca promulgar una Ley que le asigne la competencia de desarrollar y mantener actualizado el Registro de Monumentos Naturales, no vemos ningún impedimento. Es más, existen algunas funciones, aunque bastante generales que podrían servir de base para que el MINAM asuma dicho encargo. Por ejemplo, resalta el artículo 3 de su ROF se dispone que el MINAM tiene como funciones rectoras:

- Prestar apoyo técnico a los sectores, los gobiernos regionales y locales para el adecuado cumplimiento de las funciones ambientales.
- Coordinar la implementación de la política nacional ambiental con los sectores, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

Asimismo, como funciones específicas destacan:

- Formular y proponer la política y las estrategias nacionales de gestión de los recursos naturales y de la diversidad biológica.
- Promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible y fomentar una cultura ambiental nacional.

7 Estos ejes fueron aprobados por Resolución Suprema N° 189-2012-PC. Se puede acceder al documento en: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/EJES-ESTRATEGICOS-DE-LA-GESTION-AMBIENTAL.pdf>

Como se ha mencionado, todas estas son funciones bastante generales pero que podrían servir de marco para la implementación de la Red de Monumentos Naturales. De manera más concreta, el artículo 11 que detalla las funciones del Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales le asigna como funciones:

- d. Formular, liderar y supervisar, la política planes, estrategias e instrumentos para la gestión de los ecosistemas del país, priorizando los ecosistemas frágiles.
- h. Elaborar el inventario y establecer mecanismos para valorizar el Patrimonio Natural del país en coordinación con las autoridades sectoriales y descentralizadas, con el fin de mantener la provisión de los servicios ambientales, así como promover el financiamiento, el pago y la supervisión de los mismos.

Finalmente, el artículo 35° establece como funciones de la Dirección General de Diversidad Biológica, las siguientes:

- c. Formular, conducir y supervisar, la política, planes, estrategias e instrumentos para la gestión de los ecosistemas del país, especialmente los ecosistemas frágiles, elaborando la Lista Nacional de los ecosistemas frágiles del Perú para su aprobación respectiva, sobre la base de las Listas Sectoriales correspondientes.
- d. Promover acciones en coordinación con las autoridades sectoriales y descentralizadas de conservación de los ecosistemas, especies y genes, incluyendo el manejo integrado de los ecosistemas marinos y costeros, en particular de aquellos de alto valor ecológico, económico, social y cultural identificados en la Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica, coordinando en lo que corresponda, con el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas del Estado - SERNANP.
- e. Promover esfuerzos e iniciativas conjuntas entre el sector público y privado para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Como vemos, dada sus competencias, la Dirección General de Diversidad Biológica sería el ente más adecuado para llevar a cabo el reto de implementar el Registro de Monumentos Naturales.

C. GENERAR UNA PLATAFORMA QUE IMPULSE LA RED DE MONUMENTOS NATURALES DEL PERÚ

Se propone la generación y habilitación de una Plataforma virtual de los Monumentos Naturales del Perú, que ayude a informar, visibilizar, poner en valor, y dar asistencia técnica y legal para la gestión de los monumentos naturales en el Perú. Se espera generar alianzas público-privadas y eventualmente constituir un Patronato de los Monumentos Naturales del Perú, que promueva actividades y proyectos en beneficio de los monumentos naturales.

¿Cómo se gestionaría la Plataforma?

Inicialmente en forma virtual. Articulando información de los sitios y generando una comunidad de personas interesadas en el tema y en difundir los valores de los monumentos. Para ello se requiere una organización o grupo promotor, el cual puede estar instalado en una ONG o Centro de Investigación.

Posteriormente, es posible promover a nivel nacional la conformación de una organización de la sociedad civil, idealmente un Patronato de los Monumentos Naturales del Perú, para promover incentivos y soporte para la gestión de los Monumentos Naturales. A nivel local, se fortalecerían a las organizaciones que ya vienen trabajando en la puesta en valor de cada sitio. Por un lado, se firmarían acuerdos de compromiso o memorándums de entendimiento, aclarando los roles y obligaciones de las distintas entidades interesadas en su gestión y puesta en valor. Asimismo, se analizarían opciones legales para dar seguridad jurídica a la gestión de estos espacios y de ser conveniente, se crearían Patronatos a nivel local para cada sitio en cuestión.

La forma de articular a los Monumentos Naturales sería creando una identidad colectiva, promoción conjunta a través de una página web, desarrollo de la marca *Monumentos Naturales del Perú*, campañas de comunicación que posicionen a estos espacios y el ya mencionado apoyo técnico, legal y financiero para hacer más viable su gestión. La creación de la plataforma permitiría ir avanzando en el posicionamiento de la identidad de los monumentos naturales. Al ser una plataforma basada en una alianza público-privada, existiría gran flexibilidad para crear formas innovadoras que den incentivos a la gestión y puesta en valor de estos espacios. Como antecedente se tiene a la plataforma Conservamos por Naturaleza (www.conservamos.org) que da visibilidad a iniciativas de conservación y promueve esquemas de colaboración entre empresas, ciudadanos y los titulares de las áreas de conservación.

Cuadro 6. Referencia de potenciales Monumentos Naturales aún no integrados al SINANPE

Nombre	Ubicación	Breve descripción	Instituciones involucradas en la gestión
Marcahuasi	Lima	Esta meseta de 3 km ² se eleva a 4,000 msnm presenta un origen volcánico. Comprende un conjunto de formaciones geológicas de alto valor paisajístico y científico que generan una serie de teorías en cuanto a su origen. Algunos señalan que se debe a la erosión del viento y la lluvia sobre la roca granítica a lo largo de los siglos, lo que ha producido la formación de curiosas figuras, bautizadas con nombres sugerentes por los pobladores y visitantes de acuerdo a la apariencia que presentan.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Lima • Municipalidad Distrital de San Pedro de Casta • Municipalidad Provincial de Huarochirí • INGEMMET • MINCETUR
Ola de Lobitos	Piura	Lobitos es una suerte de Meca para los aficionados –y profesionales– de la tabla hawaiana, kitesurf y windsurf. Su ola es considerada como una de las ‘izquierdas’ más perfectas que tiene la costa peruana.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Piura • Municipalidad Distrital de Lobitos • Municipalidad Provincial de Talara • DICAPE • MINCETUR
Catarata de Yumbilla	Amazonas	La catarata Yumbilla se encuentra entre las más altas cataratas de toda la región. De acuerdo a un estudio realizado por el Instituto Geográfico Nacional – IGN es la quinta más alta del mundo, superando los 895.4 metros. Consta de cuatro caídas y sus aguas se originan en la caverna San Francisco a 2723 msnm, desde donde desciende hasta los 1,828 msnm.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Amazonas • Municipalidad Distrital de Cuispes • MINCETUR
Nevado Huagaruncho	Huánuco	El nevado Huagaruncho o también conocido como “colmillo blanco o colmillo de nieve” es un hermoso y majestuoso nevado de forma piramidal, es una curiosidad del universo, que vista desde el espacio tiene la forma de una estrella blanca.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Huánuco • Municipalidad Distrital de Huacchón • MINCETUR
Río Shanay-Timpishca (río herviente)	Huánuco	Es un río hirviente de cerca de 5 km en medio de la amazonía y de origen aún en estudio. Sus aguas geotermales llegan a alcanzar temperaturas de hasta 96° grados centígrados. Asimismo, al ascender hasta la superficie, toman contacto con una capa de arenisca que se ha ido labrando con el curso del tiempo hasta formar curiosos diseños de capas sucesivas, hoyos, canales y otras formas que los antiguos habitantes han reconocido como huaca, lugar sagrado.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Huánuco • Municipalidad Distrital de Honoría • Municipalidad Provincial de Puerto Inca

Nombre	Ubicación	Breve descripción	Instituciones involucradas en la gestión
Huarango milenario	Ica	El huarango es un tipo de acacia silvestre, similar al algarrobo, que tiene la capacidad de sobrevivir en los desiertos, debido a sus raíces pivotantes y aéreas. Este árbol en particular ha sido estudiado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por el Instituto de Medicina Tradicional (INMETRA), y por la Universidad Nacional Agraria de La Molina. Mediante el conteo de los anillos concéntricos de su tallo y raíces, en 1998 el INMETRA determinó que este coloso vegetal de formas caprichosas había vivido 1,064 años.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Ica • Municipalidad Provincial de Palpa • MINCETUR
Cañón del río Seco o de los Perdidos	Amazonas	Es una vistosa y escarpada garganta escavada por el antiguo río Ica al Sur - Oeste del Distrito de Ocucaje de la provincia de Ica. El cañón es una maravilla natural de la Región Ica y está situado en el desierto del Distrito de Ocucaje, tiene aproximadamente 3 Kms. de extensión, y una profundidad de más de 150 mts, en su recorrido se puede apreciar restos de animales marinos fosilizados.	<ul style="list-style-type: none"> • Municipalidad Distrital de Ocucaje • Dirección Regional de Turismo sostenible de Ica • MINCETUR
Cañón de Tinajani	Puno	El Cañón de Tinajani tiene una extensión de 250 hectáreas. Está conformado por un conjunto de figuras pétreas antropomorfas, con estrechas quebradas y pequeños ríos que corren por su territorio. En el lugar también hay chullpas funerarias de antiguas culturas altiplánicas. El lugar presenta murallones de piedra, variedad de monolitos rocosos, caprichosas figuras de gran magnitud y belleza con formas de edificios, figuras humanas, figuras de animales y objetos como hongos, esfinges, etc.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Puno • Municipalidad Distrital de Ayaviri • DIRCETUR • MINCETUR
Lago Umayo	Puno	El Lago Umayo es un hermoso espejo de agua de forma circular alimentado por los ríos Chaullamayo, al suroeste, y Ccaccapunco, al norte. Cuenta con una profundidad máxima de 14 metros y se comunica a través del río Illpa con el lago Titicaca.	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional de Puno • Ministerio de Cultura • Municipalidad Distrital de Atuncolla • MINCETUR

III. CONCLUSIONES

- Los Monumentos Naturales son clasificados por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza – UICN, como Categoría III dentro de las seis categorías recomendadas para implementar sistemas de áreas naturales protegidas a nivel mundial. Los monumentos naturales son definidos a nivel internacional como espacios que protegen formaciones o características naturales o culturales de especial valor, debido a su rareza y sus calidades representativas estéticas o culturales. Se diferencian de las demás categorías de manejo, en tanto se enfocan en el aspecto paisajístico y la belleza escénica más que en el aspecto de ecosistemas o procesos naturales presentes dentro del espacio. Ello se ve reflejado en el limitado espacio que abarcan a diferencia de las demás categorías.
- A nivel internacional, podemos encontrar países como México, Estados Unidos, España y Chile, en los cuales la categoría de Monumento Natural ha sido incorporada e implementada en su legislación, dentro de los Sistemas Nacionales de Áreas Protegidas.
- En cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 68° de la constitución peruana, el Estado debe promover la conservación de la biodiversidad a través de diversas figuras de conservación; entre ellas las ANP. En dicho marco, resulta prioritario el establecimiento de una red de Monumentos Naturales, en tanto constituye una figura o categoría de área natural protegida aun no representada adecuadamente en nuestro país y más aun considerando que existen lugares en el territorio nacional que se encuentran desprotegidos y que cumplen las características establecidas por la UICN. Ello sumado a que en la actualidad, dentro del SINANPE, sólo existe un ANP que tiene por objetivo exclusivo proteger un monumento natural; y la realidad muestra que hay una enorme cantidad de monumentos naturales que califican y requieren de mayores acciones para su puesta en valor y adecuada gestión.
- La equivalencia de la Categoría III – Monumento Natural en la legislación peruana recae en la Categoría de Santuario Nacional establecida por la LANP y su reglamento, los mismos que la definen como aquellas áreas para la protección con carácter de intangibilidad, de hábitats de especies y comunidades de flora y fauna, así como de *formaciones naturales de interés científico y paisajístico, por su importancia nacional*. Por lo tanto, en base a esta equivalencia adoptada en la legislación nacional, encontramos una primera vía para dar sustento y viabilidad legal para declarar las formaciones naturales propuestas mediante el presente Informe, como Santuario Nacional. La propuesta es agrupar una serie de sitios que califican como Monumentos Naturales y articular una red, de un modo similar a lo ya realizado en el ámbito marino costero con la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras.

- Adicionalmente a esta opción, se proponen dos (02) ideas alternativas y no excluyentes para implementar una red de monumentos naturales en el Perú: (i) una implicaría la promulgación de una Ley que declare de interés nacional la protección y puesta en valor de los monumentos naturales en el Perú y encargue al Ministerio del Ambiente la implementación de un Registro para inscribir a dichos monumentos; y, (ii) la tercera alternativa sería la generación y habilitación de una plataforma que tenga como objetivo la puesta en valor y la prestación de asistencia técnica para los monumentos naturales. Se promoverían alianzas público – privadas y la eventual constitución de un Patronato de los Monumentos Naturales del Perú.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Conferencia Mundial sobre las Políticas Públicas Culturales

1982 Declaración de México sobre las Políticas Públicas Culturales.

DOUROJEANNI, M. J y TOVAR A.

1972 Notas sobre el ecosistema y la Conservación de la Cueva de las Lechuzas (Parque Nacional de Tingo María, Perú). Lima, Revista Forestal del Perú.

DUDLEY, N (Editor)

2008 Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas. Gland, Suiza: UICN.

EUROPARC-España

2014 Anuario 2013 del estado de las áreas protegidas en España. Ed. Fundación González Bernáldez. Madrid.

SINANPE

2007 Informe Nacional - Perú 2007.

Instituto Nacional de Cultura

¿Qué es Patrimonio Cultural?

http://www.bnp.gob.pe/snb/data/periodico_mural/2007/05/cultural/Que%20es%20patrimonio.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO

1972 Recomendación sobre la Protección, en el ámbito nacional, del Patrimonio Cultural y Natural.

SERNANP

2012 Compendio de Legislación sobre Áreas Naturales Protegidas. Lima, Perú

SOLANO, Pedro

2009 Marcos Regulatorios Nacionales de Áreas Protegidas. Lima. UICN.

2005 La Esperanza es Verde. Lima. SPDA.

ZAVALA CARRION, Bilberto

2006 Monumento Natural Marcahuasi, Proyecto de Espacio con Características de Geoconservación. INGEMMET.

V. ANEXOS

ANEXO 1. PROYECTO DE DECRETO SUPREMO PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL SANTUARIO NACIONAL “RED DE MONUMENTOS NATURALES DEL PERÚ”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 68° de la Constitución Política del Perú establece que es obligación del Estado promover la conservación de la diversidad biológica y de las Áreas Naturales Protegidas;

Que, el artículo 1° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobada con Ley N° 26834 y el artículo 1° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG, señalan que las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país;

Que, el artículo 7° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, hace referencia a que la creación de Áreas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Áreas de Conservación Regional se realiza por Decreto Supremo, aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro del Ambiente, salvo la creación de áreas de protección de ecosistemas marinos o que incluyan aguas continentales donde sea posible el aprovechamiento de recursos hidrobiológicos, en cuyo caso también lo refrenda el Ministro de la Producción;

Que, el artículo 22° inciso b) de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, y el artículo 51° de su Reglamento, definen a los Santuarios Nacionales como áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico, por su importancia nacional;

Que, esta opción permite proteger y gestionar los monumentos naturales, que son aquellos sitios de la naturaleza de especial valor por su belleza e historia y que la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza UICN recomienda incorporar a los sistemas de áreas naturales protegidas;

Que, el SERNANP sobre la base de estudios técnicos y coordinaciones realizadas con instituciones públicas y privadas vinculadas a la gestión de estos sitios, tales como los

Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, ha determinado la conveniencia de establecer un Santuario Nacional que conforme la “Red de Monumentos Naturales del Perú” e incluya inicialmente a nueve (09) sitios del territorio nacional que tienen condiciones sobresalientes para integrar esta red;

Que, el Ministerio del Ambiente tiene como función específica dirigir el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SINANPE, de conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; función que ejecuta a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente;

Que, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1013, es función del Ministerio del Ambiente evaluar las propuestas de establecimiento o modificación de Áreas Naturales Protegidas y proponerlas al Consejo de Ministros para su aprobación;

Que, atendiendo a lo previsto por la Ley de Áreas Naturales Protegidas dada por Ley N° 26834, en su artículo 7°, y lo dispuesto por su Reglamento en su artículo 42° y en su Quinta Disposición Complementaria, Final y Transitoria, el establecimiento de Áreas Naturales Protegidas de ecosistemas marinos, se realizará mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y refrendada por los Ministros del Ambiente y de la Producción;

En uso de las facultades conferidas en el numeral 24) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú; y,

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo 1°.- Establecimiento del Santuario Nacional “Red de Monumentos Naturales del Perú”

Declárese Santuario Nacional Red de Monumentos Naturales del Perú la superficie de (*por confirmar*) hectáreas, que comprende nueve (09) sitios distribuidos en el territorio nacional, según consta de la memoria descriptiva y mapa detallados en el Anexo que forma parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2°.- Fin y Objetivos del Santuario Nacional Sistema de Monumentos Naturales del Perú

El Santuario Nacional Red de Monumentos Naturales del Perú tiene como fin conservar una muestra representativa única de rasgos naturales de interés paisajístico, científico, histórico y cultural presentes en el territorio nacional.

Asimismo, tiene como objetivos:

- Proteger los rasgos naturales sobresalientes y la biodiversidad y hábitats asociados a ellos, tales como: los rasgos naturales con influencia cultural, los rasgos geológicos y geomorfológicos, los lugares naturales – culturales, así como los lugares culturales asociados con la ecología.
- Conservar la belleza escénica y singularidad de los sitios, por su valor excepcional y su rareza implícita.
- Contribuir a la conservación de los valores culturales y espirituales, así como las creencias que han contribuido en el mantenimiento del hábitat presente en el sitio.
- Promover la investigación científica que contribuya al mejor conocimiento y monitoreo de la naturaleza de cada sitio.
- Promover el desarrollo de actividades espirituales, científicas, educativas, recreativas y turísticas, compatibles con el monumento natural.

Artículo 3º.- De la Red de monumentos naturales

La red de monumentos naturales del Perú se conformará originalmente sobre los siguientes sitios:

(cuadro de sitios y coordenadas)

la red podrá ampliarse mediante la expedición de nuevos Decretos Supremos que agreguen sitios a la misma previa elaboración del expediente técnico respectivo.

Artículo 4º.- Rol del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado y entidades involucradas

El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, como ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SINANPE implementará un modelo de gobernanza y gestión participativa especial para el Santuario “red de monumentos naturales del Perú” que involucre activamente a las autoridades y población local.

Artículo 4º.- Documentos de gestión del Santuario Nacional Sistema de Monumentos Naturales del Perú

El SERNANP aprobará un Plan Maestro para el Santuario que cuente con un proceso participativo de elaboración y revisión, que involucre a las personas naturales y jurídicas, así como todos los actores dentro del ámbito geográfico de cada uno de los sitios que comprende el Santuario Nacional Red de Monumentos Naturales del Perú. Cada Monumento Natural contará con un Plan de Sitio elaborado de la misma manera.

Artículo 5º.- Actividades recreativas y de investigación

En el Santuario Nacional Red de Monumentos Naturales del Perú se permite el desarrollo de actividades de investigación y el uso público bajo condiciones debidamente reguladas, debiendo ser compatible con los objetivos de conservación del Área Natural Protegida y lo establecido en los documentos de gestión del área.

Artículo 6º.- De los derechos preexistentes

Respétense los derechos preexistentes al establecimiento del Santuario Nacional Red de Monumentos Naturales del Perú, y regúlese su ejercicio en armonía con los objetivos, fines y documentos de gestión del Área Natural Protegida, así como por lo normado por la Ley General del Ambiente, la Ley de Áreas Naturales Protegidas, su Reglamento, la Estrategia Nacional para las Áreas Naturales Protegidas - Plan Director y las normas sectoriales pertinentes.

Artículo 7º.- De las restricciones al interior del Santuario Nacional Red de Monumentos Naturales del Perú

Queda prohibido cualquier obra o actividad que altere las condiciones naturales del Monumento. El aprovechamiento de recursos renovables y el uso público están permitidos siempre y cuando no se afecte o altere el monumento natural.

Artículo 8º.- Refrendos y vigencia

El presente decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro del Ambiente y el Ministro de la Producción entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Dado en la casa de gobierno, en Lima, a los

ANEXO 2. PROYECTO DE LEY PARA LOS MONUMENTOS NATURALES DEL PERÚ

LEY DE DECLARACIÓN, PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE LOS MONUMENTOS NATURALES DEL PERÚ

Artículo 1.- Declaración de interés nacional de los Monumentos Naturales

Declárese de interés nacional la conformación de la “Red de Monumentos Naturales del Perú”, conformada por áreas del territorio nacional que por sus características naturales, extraordinaria belleza, calidades representativas o estéticas, importancia cultural, valor destacado y singularidad deben ser protegidas y conservadas por el Estado Peruano.

Artículo 2.- Sobre la declaración de la Red de Monumentos Naturales y el reconocimiento a las acciones de conservación

Podrán conformar la Red de Monumentos Naturales del Perú, aquellas áreas que cumplan con las siguientes condiciones:

- a. Que contengan rasgos naturales sobresalientes, tales como rasgos geológicos y geomorfológicos naturales; rasgos naturales con influencia cultural.
- b. Que sean lugares naturales-culturales, asociados históricamente con la población local.
- c. Que su extensión sea limitada.
- d. Que se encuentren preferentemente sobre áreas de propiedad del Estado.

Corresponde al Ministerio del Ambiente (MINAM), de acuerdo a sus competencias de ente rector sectorial en materia de ambiente, implementar un Registro de Monumentos Naturales y definir las condiciones técnicas y legales para su incorporación.

Artículo 3.- Registro Oficial de la Red de Monumentos Naturales

El MINAM aprueba el Registro Oficial de la Red de Monumentos Naturales, conformado por las fichas técnicas de cada una de las áreas, las cuales contienen la siguiente información:

- a. Ubicación y características del sitio.
- b. Coordenadas geográficas y mapa.
- c. Usos actuales y derechos reales en el sitio.
- d. Acceso al sitio.
- e. Servicios existentes en el sitio.
- f. Población local asentada.
- g. Autoridades Locales competentes.

- h. Aliados estratégicos o actores.
- i. Situación actual del sitio.
- j. Urgencia de protección y amenazas.
- k. Norma de reconocimiento del Monumento Natural.

Artículo 4.- Reglamentación y plazo

Encárguese al MINAM para que, en un plazo no mayor de sesenta (60) días, contados a partir del día siguiente de la fecha de vigencia de la presente Ley, dicte las disposiciones reglamentarias y complementarias necesarias para la debida implementación de la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los...

ANEXO 3. BASE LEGAL

Internacional

- Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972.
- Convención para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- Convención para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, diciembre de 1981.
- Convención de Washington para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, ratificada por el Perú en 1941.
- Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- Declaración de México sobre las Políticas Públicas Culturales.

Nacional

- Constitución Política del Perú
- Decreto Legislativo N° 1013.- Creación del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP.
- Ley N° 26834.- Ley de Áreas Naturales Protegidas.
- Ley N° 26821.- Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
- Ley N° 28477.- Ley que declara a los cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación.
- Ley N° 28711.- Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos.
- Ley N° 28296.- Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.
- Ley N° 27972.- Ley Orgánica de Municipalidades.
- Decreto Supremo N° 010-90-AG.- Creación del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SINANPE.
- Decreto Supremo N° 038-2001-AG.- Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.
- Decreto Supremo N° 002-2011-MC, aprueba el Reglamento para la Declaratoria y Gestión de los Paisajes Culturales como Patrimonio Cultural de la Nación.
- Resolución Directoral Nacional N° 1405/INC.- que aprueba el Reglamento de Aplicación de sanciones administrativas por infracciones contra el Patrimonio Cultural de la Nación.

SECCIÓN

3

INSTRUMENTOS
ESTRATÉGICOS
EN EL DERECHO
AMBIENTAL

FRACTURACIÓN HIDRÁULICA: ENTRE LA PROHIBICIÓN Y LA EXIGENCIA DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS Y MORATORIA ACONSEJABLE

Por: Antonio Embid Irujo¹ y Antonio Embid Tello²

SUMARIO

I. Introducción; II. Las decisiones adoptadas en el seno de la Unión Europea. La diferenciación entre evaluación ambiental y evaluación de riesgos como rasgo más significativo de la documentación examinada. 1. La acción del Parlamento europeo. El valor testimonial de la resolución del 2 de febrero del 2016. 2. La acción de la Comisión Europea. La distinción entre evaluación ambiental y evaluación de riesgos en su recomendación del 22 de enero del 2014. 3. Otros documentos europeos, en especial la directiva 2013/30/UE y el procedimiento que regula la evaluación de riesgos; III. La legislación de las comunidades autónomas en España y la intervención anulatoria del Tribunal Constitucional. 1. Las leyes de las CC.AA.: Prohibición, en la mayor parte de los casos. Evaluación ambiental en supuestos restringidos. 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Las bases en materia de medio ambiente, de régimen minero y energético y de ordenación de la economía son competencia del Estado, no de las CC.AA. Las referencias al medio ambiente o a la salud no sirven para justificar la legislación de las CC.AA. 3. Crítica a la jurisprudencia constitucional: El significado del principio de precaución; IV. El ordenamiento jurídico estatal en España: La aplicación de la evaluación ambiental y su insuficiencia para la valoración del riesgo. Consideraciones sobre las actuaciones económicas de compensación a comunidades autónomas y entidades locales; V. El control de las decisiones autorizatorias de la fracturación hidráulica en la jurisprudencia ordinaria española y otra jurisprudencia sobre cuestiones conexas; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

1 Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza (España). Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2015-66045-P otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad y en las actividades desarrolladas dentro del Instituto Universitario de Ciencias Ambientales de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: aembid@unizar.es.

2 Profesor ayudante y doctor en Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER 2015-70833-P otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Correo electrónico: aembid@der-pu.uc3m.es.

RESUMEN

La técnica de la fracturación hidráulica ha sido y es objeto de amplia polémica allí donde se desarrolla. En España y en el plano jurídico ha existido un fuerte debate de contenido competencial entre el Estado y algunas comunidades autónomas que ha desembocado en la anulación de leyes de estas que postulaban su prohibición y en un ordenamiento jurídico que somete a evaluación de impacto ambiental los proyectos para investigación, exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales, pero que no contiene un procedimiento adecuado para la valoración de los riesgos implícitos en la técnica. Igualmente se ha discutido ante los tribunales ordinarios algún permiso de investigación concedido. El trabajo examina todo este material, lo sistematiza, comenta y deduce sus líneas tendenciales. Se concluye en la razonabilidad de una moratoria hasta que el debate técnico se clarifique, al modo como se ha realizado en algunos países y en la necesidad, en todo caso, de insertar el debate en la problemática actual que presenta la relación energía-cambio climático en el marco del Acuerdo de París de diciembre del 2015.

PALABRAS CLAVE

Competencias del Estado y de las comunidades autónomas; evaluación de impacto ambiental; evaluación de riesgos; fracturación hidráulica; hidrocarburos no convencionales.

SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

BOCG-CD	Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española y, en segunda acepción, Comunidad Europea
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DS-CD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
EE.AA.	Estatutos de Autonomía
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
FJ	Fundamento jurídico
LAC	Latinoamérica y el Caribe
RAAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RD	Real Decreto
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La técnica de fracturación hidráulica (*fracking*) para la investigación y explotación de hidrocarburos (petróleo y gas de esquisto) tiene una relativa antigüedad aun cuando su utilización masiva y los “éxitos” en su aplicación son mucho más recientes. En todos los casos la polémica ha acompañado a su utilización³, dado que se le reprochan riesgos ambientales y para la salud pública que no se han acabado de concretar en un determinado acontecimiento de índole catastrófica, aun cuando sus detractores señalan ejemplos de contaminación y hasta acontecimientos sísmicos de pequeña intensidad que imputan a la utilización de esta técnica⁴.

Según información contrastada,

[L]a fracturación hidráulica se realiza en un pozo previamente construido, entubado y cementado, que puede ser vertical u horizontal. La técnica consiste en generar uno o varios canales de elevada permeabilidad a través de la inyección de agua a alta presión, de modo que supere la resistencia de la roca y que abra una fractura controlada en el fondo del pozo, en la sección deseada de la formación contenedora del hidrocarburo. Con el fin de evitar el natural cierre de la fractura, en el momento en que se relaja la presión hidráulica que la mantiene abierta, se bombea, junto con el agua, un agente de sostenimiento (propante), comúnmente arena, que mantiene la fractura abierta de un modo permanente(https://es.wikipedia.org/wiki/Fracturaci%C3%B3n_hidr%C3%A1ulica 2016)⁵.

De esta forma se consigue la extracción de petróleo “no convencional” o de gas “no convencional”, de “hidrocarburos no convencionales” como, resumidamente, podríamos decir.

-
- 3 En la historia de esas polémicas hay que reconocer un papel especial al documental *Gasland*, del 2010, que refería los problemas de contaminación de acuíferos en estados de Estados Unidos como Pensilvania, Wyoming y Colorado, y que se atribuían a la utilización del *fracking*. Ese documental fue contestado por la industria del gas y el petróleo siendo seguido por el documental *Gasland 2*, del 2013, que insistía en los mismos reproches. Muchas referencias sobre estas polémicas en Wikipedia —voz “fracturación hidráulica”—, con acceso el 30 de julio del 2016, donde se sitúa en 1947 el año de comienzo de la utilización de la técnica tal y como hoy se la conoce. Dentro del ámbito jurídico y en España, pueden verse diversas referencias técnicas en los trabajos de Moreu Carbonell (2012), Fernández de Gatta (2014) o Jordano Fraga (2015). La relevancia de la utilización de esta técnica en la consecución de los Estados Unidos del papel de exportador de hidrocarburos parece innegable (apoyada, por cierto, en la exención concedida de la aplicación de leyes de protección ambiental generales como la Clean Air Act, la Clean Water Act, la Safe Drinking Water Act, la National Environmental Policy Act y la Resource Conservation and Recovery Act), si bien la bajada en los precios del petróleo que es característica de los últimos años parece poner en entredicho la continuidad de muchas explotaciones y, desde luego, no es favorable al inicio de otras nuevas, dado que los gastos de la explotación son mucho mayores en comparación con los métodos más “clásicos” de extracción de hidrocarburos.
 - 4 Véase las informaciones sobre estos ligeros terremotos en distintos medios del 4 de abril del 2014, basadas en un informe proveniente del Departamento de Recursos Naturales del Estado de Ohio, en los Estados Unidos de América.
 - 5 Lo que se recoge en el texto es reproducción de la Wikipedia, acceso 30 de julio del 2016. En un acceso anterior realizado el 20 de abril del 2016, la voz recogía una definición de la técnica ligeramente distinta. El párrafo citado en el texto continúa diciendo que “una composición típica de un fluido de fracturación suele ser aproximadamente entre un 95 y un 98% de agua (no necesariamente potable), que incorpora hasta un 5% de arena de sostenimiento y menos de un 1% de productos químicos, tales como bactericidas, reductores de fricción, espesantes. Todos son compuestos que se utilizan en otras ramas de la industria tales como: farmacia, cosmética, industria alimentaria, etc.” (Wikipedia 2016).

Al margen de esta referencia general al contenido de la técnica y como bien podrá comprenderse, no es el marco de un estudio de corte exclusivamente jurídico el ámbito idóneo para aportar o discutir cuestiones que se desarrollan en el plano de la técnica. En este tema, quienes suscriben este artículo solo podrían operar, con dificultades, como lectores y sistematizadores de una literatura no jurídica; pero no es esa la función que pretende desempeñarse en estas páginas. Dentro, exclusivamente, del ámbito jurídico hay una importante y trabajosa función por desarrollar.

Lo que sí parece evidente a los ojos de cualquiera, no experto aún en cuestiones técnicas, es que la fractura hidráulica no es una “técnica más” de búsqueda y explotación de hidrocarburos, sino que, por los componentes químicos que se utilizan, el amplio volumen de agua necesario para inyectar —que, por tanto, se consume y afecta los balances hídricos de la correspondiente cuenca— y teniendo en cuenta el agua, subterránea, a que puede afectar y los gases de efecto invernadero (metano y otros) que se liberan durante el proceso de exploración y explotación, está perfectamente justificado que los autores de políticas públicas (los legisladores y los gobiernos) adopten decisiones normativas sobre la cuestión de corte precautorio dados los riesgos que la técnica conlleva⁶. Por eso, en algunos países se han adoptado moratorias sobre su utilización⁷; en otros se ha llegado a prohibiciones⁸; en otros más se hacen regulaciones protectoras de la salud y del medio ambiente⁹; y finalmente, en varios, la utilización de la técnica ha acabado siendo sometida al procedimiento de evaluación ambiental¹⁰.

En ese marco, España es un país en el que la fracturación hidráulica ha sido objeto de profundo debate, y no solo técnico, sino que también ha alcanzado el plano jurídico abocándose a soluciones de prohibición adoptadas por algunas CC.AA. que han aprobado leyes sobre esa cuestión; leyes que, finalmente, han sido sucesivamente anuladas

6 En la numerosísima literatura norteamericana sobre el tema, hay distintos autores que advierten sobre los peligros del *fracking*. Véase, singularmente, los trabajos de Wiseman (2013 a y b), probablemente la autora de referencia en esta cuestión. Vid. también el muy interesante estudio de Viscidi y Bailey (2016), en el que sus autores narran diversas experiencias del modelo regulatorio norteamericano y se lleva a cabo una consideración de los lugares de LAC donde sería aplicable la técnica del *fracking*; recomendándose, finalmente, los elementos regulatorios que se deberían aplicar; todo ello, basándose en la experiencia norteamericana. Es reciente la aparición de un importante libro (Bercovich y Rebossio 2015) sobre los distintos problemas (ambientales, políticos, económicos y sociales) que conlleva la explotación por esta técnica del yacimiento de Vaca Muerta —que fue titularidad de Repsol hasta su expropiación por el gobierno argentino— y otros.

7 Es el caso del Reino Unido, que adoptó una moratoria que fue levantada en el 2012, aunque luego parece haberse orientado por una política intensiva de utilización de esta técnica. Holanda continúa reiterando en diciembre del 2014 —según la información de que se dispone— la moratoria —que equivale a prohibición temporal— de esta técnica. Irlanda del Norte adoptó en el 2011 una moratoria sobre el *fracking* que sigue vigente actualmente. También han existido moratorias en India, Canadá y Sudáfrica. La República Federal de Alemania acaba de adoptar normativamente una moratoria según diversas informaciones aparecidas en los medios de comunicación del 30 de julio del 2016.

8 Dentro de los Estados Unidos de América, los estados de Buffalo, Nueva York y Vermont prohíben esta técnica. También se han adoptado prohibiciones en algunos condados, o celebrado referendos en algunos municipios con resultados prohibitivos, si bien creemos que ello es indiferente desde el punto de vista jurídico. En Europa la prohíben Bulgaria (2012) y Francia (2011).

9 Por ejemplo, en los Estados Unidos, Colorado y Texas han regulado a favor de que la información sobre la composición de los fluidos utilizados sea pública, lo que contradice las pretensiones de algunas empresas interesadas que aducen el secreto industrial para negarse a tal publicidad. La información a la que se refieren esta y otras notas anteriores está extraída de la Wikipedia, con acceso el 30 de julio del 2016.

10 Es la situación española sobre la que se centra el estudio.

por el TC tras los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el gobierno de la Nación. La razón de los recursos y de los pronunciamientos de anulación posterior radica en que las leyes autonómicas se habrían inmiscuido en cuestiones mineras y de hidrocarburos (régimen energético), medio ambiente y ordenación de la economía, que son de competencia del Estado sin que las apelaciones al medio ambiente, al urbanismo o a la salud —que realizan las leyes autonómicas y que sí se corresponden con competencias de las CC.AA.— fueran de suficiente intensidad como para justificar la regulación prohibitoria frente al título, que se juzga prevalente, estatal.

Es claro que la polémica en España tiene los rasgos habituales de las polémicas que se producen comúnmente en los Estados basados en la descentralización política (Estados federales), que son los que presentan un reparto de la potestad legislativa entre distintos poderes normativos y siguiendo las respectivas pautas constitucionales. Más adelante se dedicará un apartado especial a tratar del contenido de la legislación prohibitoria y de la jurisprudencia constitucional que la anula, así como también tendremos ocasión de reflejar una serie de sentencias del TS que resuelven recursos contencioso-administrativos contra una decisión autorizatoria de investigación de recursos no convencionales mediante esa técnica o relativas a cuestiones que se mueven en ese ámbito. Es claro, entonces, que la polémica jurídica tiene diversas manifestaciones, lo que es un acicate más para su estudio desde parámetros jurídicos.

Pero teniendo en cuenta que una unidad política supranacional, como es la UE, a la cual pertenece España, ha adoptado decisiones de diverso cariz jurídico sobre esta cuestión, se va a comenzar el trabajo exponiendo brevemente el contenido de los pronunciamientos europeos sobre el tema.

II. LAS DECISIONES ADOPTADAS EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EVALUACIÓN AMBIENTAL Y EVALUACIÓN DE RIESGOS COMO RASGO MÁS SIGNIFICATIVO DE LA DOCUMENTACIÓN EXAMINADA

En el ámbito de la UE, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo y en una ocasión también el Consejo Europeo —en sus conclusiones de 22 de mayo del 2013—, han llevado a cabo diversos informes y pronunciamientos sobre el *fracking*. Se entiende perfectamente que haya sucedido así dadas las agrias polémicas sobre la cuestión existentes en distintos Estados miembros de la UE y el papel que quieren jugar las instituciones europeas de propiciar una cierta homogeneidad en el tratamiento jurídico de la cuestión. Instituciones europeas citadas que actúan en función de las competencias en materia de medio ambiente, que no de minería, que tiene la UE. Se trata, por lo tanto, de

documentos que reconocen el papel fundamental de los Estados en este ámbito¹¹, pero que, no obstante, juzgan adecuado por razones del presumible impacto ambiental de esta técnica y por la tendencia a la homogeneidad que se considera necesaria en esta materia, llevar a cabo estudios, informes; finalmente y en el plano más elevado, como veremos, un documento denominado expresivamente Recomendación de la Comisión (a los Estados), que tiene una fundamentación basada prácticamente con exclusividad en consideraciones ambientales.

Las decisiones de la Comisión y del Parlamento que se van a reflejar a continuación tienen una caracterización jurídica no vinculante para los Estados miembros; lo que no es óbice para reconocerles una evidente utilidad por la relevancia de las instituciones que las originan. En esos documentos, singularmente en los de la Comisión, existe muy buena información para conocer y juzgar sobre las preocupaciones que han ido teniendo lugar y las respuestas que a ellas se ofrecen. En este apartado se va a realizar un breve resumen y comentario del contenido de los documentos más importantes aparecidos hasta la fecha; no solo estrictamente sobre la fractura hidráulica, sino también sobre cuestiones, como la explotación de petróleo en alta mar, con las que pueden señalarse evidentes signos de conexión¹².

1. LA ACCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO. EL VALOR TESTIMONIAL DE LA RESOLUCIÓN DEL 2 DE FEBRERO DEL 2016

La actividad del Parlamento europeo comienza con la elaboración de documentos del 2010 en los que se llevan a cabo estudios sobre el impacto ambiental y la necesidad de tener en cuenta esta técnica en la política energética europea, dada la limitación de recursos energéticos convencionales que existe en Europa¹³. Después de ello, habrá muy distintos documentos también provenientes del Parlamento en los que se valora

11 En la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE [Bruselas, 22.1.2014, COM (2014) 23 final] se dice expresivamente que: “Corresponde a los Estados miembros decidir su combinación energética, teniendo, eso sí, debidamente en cuenta la necesidad de preservar y mejorar la calidad del medio ambiente. Son, pues, los Estados miembros los que deben decidir si quieren proceder a la exploración y producción de gas natural a partir de formaciones de esquisto u otros recursos de hidrocarburos no convencionales. No obstante, los que así lo decidan tendrán que asegurarse antes de que existan las condiciones adecuadas. Entre esas condiciones, y para contribuir a aplacar la inquietud pública, tendrán que adoptar medidas para prevenir, gestionar y reducir los riesgos asociados a tales actividades”. Obsérvese cómo el punto de partida europeo indica, sin género de dudas, el valor del título medioambiental para enfocar estas cuestiones, título que en la jurisprudencia constitucional española ha sido preterido frente al de régimen energético.

12 La consulta a estos documentos citados es el menor consejo que puede darse para conocer su contenido. No obstante, hay también informaciones sobre algunos de ellos en distintos trabajos doctrinales. Vid., por ejemplo, a Fernández de Gatta (2014), que hace un seguimiento muy pormenorizado de los documentos del Parlamento y de la Comisión sobre el tema aparecidos hasta la fecha de su trabajo.

13 Fernández de Gatta estima que la primera vez que en documentos europeos se hace referencia al gas no convencional es en la resolución del Parlamento Europeo del 25 de noviembre del 2010, sobre una nueva estrategia energética para Europa 2011-2020 que sigue a un documento de la Comisión Europea de mayo del mismo año. En todo caso, los pronunciamientos de los diversos documentos europeos pueden seguirse en el expositivo de la recomendación de la Comisión del 22 de enero del 2014 que luego se comenta en el texto.

críticamente la técnica de la fracturación, pero no se la ataca frontalmente. Un estadio muy distinto se alcanza, sin embargo, en la reciente resolución del Parlamento Europeo del 2 de febrero del 2016 sobre la revisión intermedia de la estrategia de la UE sobre la biodiversidad. En el Punto 88 del expositivo se dice expresivamente que el Parlamento:

Insta a los Estados miembros a que no autoricen nuevas operaciones de fracturación hidráulica en la UE, sobre la base del principio de precaución y del principio de que deben tomarse medidas preventivas, teniendo en cuenta los riesgos y los efectos climáticos, medioambientales y para la biodiversidad negativos que conlleva la fracturación hidráulica para la extracción de hidrocarburos no convencionales y las deficiencias detectadas en el régimen regulador de la UE para las actividades de gas de esquisto (la cursiva es nuestra).

La afirmación es taxativa y singular dada la relevancia del órgano del que emana. En todo caso, el lenguaje parece muy medido, pues no se trata de instar a la “prohibición” a los Estados, sino a que “no autoricen” la utilización de esta técnica, con una forma de redacción que no parece definitiva. Se diría, más bien, que estamos ante una recomendación de “moratoria”, y la apelación a los principios de prevención y de precaución¹⁴, realizada conjuntamente, permite afianzar ese sentido interpretativo. Por otra parte, hay también que llamar la atención sobre la apelación a las “deficiencias” del régimen regulador de la UE para las actividades de gas de esquisto, confesión que es de valorar en una institución que, aunque no decisivamente, coopera a la formación de ese régimen regulador¹⁵.

Pero, profundizando un poco más en la cuestión, debemos decir que esta última referencia a un “régimen regulador” europeo no se acaba de entender, pues tal régimen no existe ni, parece, podría existir dada la limitación de competencias de la UE sobre esta materia como ya se ha indicado al comienzo de este apartado. En todo caso es muy importante esta imputación que el Parlamento hace a la obra de la Comisión, que nos da pie para pasar a ver la intervención en la materia del cogobierno europeo —gobierno al lado del Consejo, aunque con subordinación última a este—.

14 El papel de los dos principios es sustancialmente distinto. En todo caso la funcionalidad del principio de precaución parece fundamental en este sentido. Sobre el mismo, Embid Tello (2010) con amplias referencias a la profusa bibliografía sobre el tema. Volvemos posteriormente sobre esta capital cuestión.

15 No se acaba con esto la referencia a la intervención del Parlamento Europeo. Debe ser conocido que su comisión de Peticiones ha recibido centenares de solicitudes de información sobre distintos proyectos de explotación, con esta técnica, en diversos Estados miembros. Remitimos, sin más, a los documentos propios de esta comisión parlamentaria para que se pueda advertir la gran preocupación que estas peticiones muestran sobre el tema tratado. La publicación oficial suele mostrar también las respuestas que se han producido de la Comisión cuando se le ha transmitido la petición.

2. LA ACCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA. LA DISTINCIÓN ENTRE EVALUACIÓN AMBIENTAL Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN SU RECOMENDACIÓN DEL 22 DE ENERO DEL 2014

Con diversos antecedentes anteriores sobre los que no debemos extendernos, hoy en día hay que centrar el estudio de la actuación de la Comisión en el documento *Recomendación de la Comisión del 22 de enero del 2014 relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen* (DOUE L N° 39/72, del 8 de febrero del 2014)¹⁶. Se va a resumir su contenido en las siguientes líneas advirtiendo de que lo que pretende conseguir la Recomendación, tal y como dice su Punto 1.1, es garantizar “al mismo tiempo la preservación de la salud pública, el clima y el medio ambiente, el uso eficiente de los recursos y la información del público”. No se trata en modo alguno, pues, de una regulación del régimen de la técnica comprendida en el ámbito de la minería —para lo que la UE no tiene competencias—, sino de una serie de consideraciones “perimetrales” que, no obstante, tienen mucho interés¹⁷ al margen de que no se encuentren más que en una “Recomendación”¹⁸.

En primer lugar, se produce una precisión sobre la expresión “fracturación hidráulica de alto volumen”. Es solo a ella a la que se refiere la Recomendación, y ello lleva consigo, lógicamente, la definición de esa expresión en su Punto 2 indicándose que por tal debe entenderse “la inyección en un pozo de 1.000 m³ o más de agua por fase de fracturación, o de 10.000 m³ o más de agua durante todo el proceso de fracturación”. Se trata, por tanto, de una expresión de contenido meramente cuantitativo, con lo que queda claro que están al margen de la Recomendación aquellas actuaciones de escasa importancia; escasa, al menos, desde los parámetros cuantitativos que se usan en ella¹⁹.

La Recomendación juzga necesario que antes de conceder una autorización se proceda a una “evaluación ambiental estratégica para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud humana y el medio ambiente” (Punto 3.1). Evaluación estratégica que, apuntamos, debería versar sobre un plan o programa —y desarrollarse conforme indica la Directiva N° 2001/42/CE—; no, obviamente, sobre un proyecto

16 La recomendación acompaña a la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la exploración y producción de hidrocarburos —como el gas de esquisto— utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE [Bruselas, 22.1.2014, COM (2014) 23 final]. Son documentos paralelos, lo único que sucede es que la recomendación se publica en el DOUE unos días más tarde de la fecha que se da a la comunicación.

17 La recomendación que se cita es un documento utilísimo sobre esas consideraciones que luego, en el texto, se llaman “perimetrales”, pues en su expositivo se relacionan todas las directivas que pueden tener alguna relación con la técnica, aunque, obviamente, no se refieran ni expresa ni implícitamente a la misma.

18 Para la que, curiosamente y siguiendo el ejemplo de las directivas, se fija una fecha para que los Estados actúen. Se reproduce su contenido: “Se invita a los Estados miembros que hayan decidido explorar o explotar hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen a aplicar los principios mínimos establecidos en la presente recomendación el 28 de julio del 2014 como máximo, e informar a la Comisión cada año, y por primera vez en diciembre del 2014 como muy tarde, de las medidas adoptadas en respuesta a la presente recomendación” (Punto 16 de la Recomendación).

19 En el Apartado IV podremos apreciar cómo se han incorporado estas referencias cuantitativas a la Ley N° 8/2015 española.

concreto, pues ello sería objeto de una evaluación de impacto ambiental que también se postula en esta recomendación y que debería desarrollarse conforme indica la Directiva N° 2011/92/UE. En ambos procesos de evaluación los Estados deberían dar una “oportunidad real” de participar a la población afectada.

Particular importancia da la recomendación a la selección de emplazamiento de la instalación, debiendo velar los Estados para “garantizar la idoneidad de la formación geológica”. Para ello, deben procurar que los operadores realicen una caracterización y una evaluación de riesgos del emplazamiento potencial, de la superficie circundante y del subsuelo.

En este punto debe llamarse la atención de cómo la Recomendación separa la evaluación de riesgos (Punto 5) de las distintas menciones que se realizan en la misma a la evaluación ambiental (puntos 3.1 y 3.3). De lo que puede deducirse con claridad que para la Recomendación una cosa es la valoración de las consecuencias ambientales —en el medio ambiente— que puedan tener determinados proyectos y actividades, y otra distinta la valoración en sí misma de los riesgos que la autorización de un proyecto o actividad lleva consigo y que debe estar separada del procedimiento de evaluación ambiental; y que podría tener lugar antes o después de esta, añadimos.

Para esa conclusión basta con fijarse en los amplios contenidos en los que debe basarse la evaluación de riesgos en la Recomendación, lo que contrasta con la simple remisión que se hace a las directivas relativas a la evaluación estratégica (Directiva N° 2001/42/CE) y a la EIA (Directiva N° 2011/92/UE, que hoy debe entenderse en la modificación producida por la Directiva N° 2014/52/UE que luego se menciona). Efectivamente, se habla de una evaluación de riesgos que debe basarse en “datos suficientes que permitan caracterizar la superficie potencial donde va a realizarse la exploración y la producción e identificar todas las posibles vías de exposición” (Apartado 5.2), basarse en las mejores técnicas disponibles y tener en cuenta los resultados pertinentes del intercambio de información organizado por la Comisión entre los Estados miembros, las industrias implicadas y las organizaciones no gubernamentales que promueven la protección del medio ambiente” (Punto 5.3.a). También “anticipar el comportamiento cambiante de la formación objetivo, las capas geológicas que separan el yacimiento de las aguas subterráneas y los pozos existentes u otras estructuras artificiales expuestas a las altas presiones de inyección utilizadas en la fracturación hidráulica de alto volumen y a los volúmenes de fluido inyectados” (Apartado 5.3.b), etc.

En el marco de esta evaluación de riesgos —que, insistimos, parece lo más importante, cuantitativamente, al menos, de la Recomendación— hay diversas referencias a las cautelas que deben adoptarse sobre las posibles afecciones a las aguas subterráneas. En esos términos se dice que hay que evaluar el riesgo de fugas o migraciones de fluidos de perforación, anticipar el comportamiento de las capas geológicas que separan el yacimiento de las aguas subterráneas, respetar una distancia mínima de separación vertical entre la zona que va a fracturarse y las aguas subterráneas, asegurarse de que no se va a provocar un vertido directo de contaminantes a las aguas subterráneas.

Igualmente hay diversas referencias a la necesidad de existencia, por parte de los operadores, de planes de gestión de recursos hídricos para garantizar el uso “eficaz” del agua durante todo el proyecto ; necesidad de que desarrollen planes de gestión del transporte “para minimizar las emisiones atmosféricas”, de que “capturen” los gases para utilizarlos después debiendo, en particular, “adoptar medidas para garantizar la reducción de las emisiones atmosféricas en la fase de exploración y producción mediante la captura de los gases y su uso posterior, advirtiéndose expresamente de que el ‘venteo de metano’ y otros contaminantes atmosféricos debe limitarse a las circunstancias operativas más excepcionales por razones de seguridad” (Punto 9 de la Recomendación)²⁰.

También se hace una llamada a la aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad ambiental por parte de los Estados —lo que supone tener en cuenta la Directiva N° 2004/35/CE y las normas de su transposición por parte de los respectivos Estados—, debiendo velar los Estados por que el operador proporcione una garantía financiera o equivalente que cubra las condiciones de la autorización y las responsabilidades potenciales por daños al medio ambiente, antes de dar comienzo a las operaciones en las que se practique la fracturación hidráulica de alto volumen (Punto 12 de la Recomendación)²¹.

Existen otras variadas prescripciones en la Recomendación, pero para entender la misma es suficiente con lo ya dicho, que, como bien podrá concluirse, son un conjunto de advertencias que deberán tenerse en cuenta en la fase de evaluación ambiental y también en la de evaluación de riesgos, tal y como esta se configure. Desde luego y si los Estados en su normativa no lo recogieran así, la Recomendación de la Comisión induciría a la introducción en la normativa interna de la obligación de proceder a tal evaluación ambiental —e, incluso, a la estratégica si se dieran las condiciones previas de existencia de un plan o programa para ello—; y desde luego, a la evaluación de riesgos²².

20 Llama la atención esa referencia a la eficacia, que contrasta con lo habitual en los documentos europeos —concordantes con lo que dice el derecho originario — de una utilización “racional” de los recursos naturales y, por tanto, del agua.

21 Como se podrá advertir fácilmente, estas medidas de precaución se corresponden con los riesgos generales de los que se advirtió al comienzo de este trabajo que conlleva la técnica de la fracturación hidráulica y que justifica la intervención de los legisladores y de los gobiernos.

22 El tema merece, por su importancia, mayores consideraciones, pero no son propias de este lugar. Sobre el tema remitimos a García (2016: 214 y 215).

3. OTROS DOCUMENTOS EUROPEOS, EN ESPECIAL LA DIRECTIVA 2013/30/UE Y EL PROCEDIMIENTO QUE REGULA SOBRE EVALUACIÓN DE RIESGOS

Finalmente, y dentro de estas referencias europeas, es adecuado, para los fines generales de este trabajo, introducir algunas nuevas informaciones. La primera consiste en la referencia a la Directiva N° 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril del 2014, por la que se modifica la Directiva N° 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L. 124/1 de 25 de abril del 2014). Todavía no ha finalizado el plazo de transposición al derecho español (hay tiempo hasta el 16 de mayo del 2017 según el Artículo 3° de la directiva citada), pero está plenamente vigente y, por tanto, hay que tenerla en cuenta máxime en un trabajo en el que se examina, entre otras cosas, cómo en el derecho español existe, actualmente, una obligación de sometimiento a una EIA de los proyectos en los que se vaya a utilizar la técnica de la fracturación hidráulica (nos remitimos a lo que se indica en el Apartado IV).

La directiva que mencionamos no realiza menciones directas a esta técnica y, por lo tanto, la obligación de su sometimiento a una EIA se va a deducir (en términos expresos, otra cosa sería la interpretación que se pudiera deducir a partir del Anexo II de la directiva y de otros de sus preceptos) exclusivamente de lo previsto en el ordenamiento estatal español (Ley N° 21/2013 y la mención de su Anexo I). En todo caso, y en relación con alguna defectuosa práctica de la EIA que luego se resaltarán, conviene indicar que se inserta en el cuerpo de la Directiva N° 2011/92/UE un nuevo Artículo 9° bis en el que, preventivamente, la Directiva N° 2014/52/UE adopta decisiones encaminadas a hacer de la EIA un procedimiento lo más objetivo posible. A esos efectos se contiene el mandato de que los Estados miembros velen para que “la autoridad o autoridades competentes ejerzan las funciones derivadas de la presente directiva de manera objetiva y no se encuentren en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses”. También el Apartado 2° del nuevo precepto indica que cuando la autoridad competente ambiental sea también el promotor, “los Estados miembros deberán cuando menos aplicar en su organización de las competencias administrativas una adecuada separación entre funciones en conflicto al ejercer las funciones derivadas de la presente directiva”.

Los dos mandatos indicados pueden resultar poco importantes si los Estados consideran que su normativa y su organización administrativa ya están respondiendo a los criterios que marca el nuevo precepto. En todo caso y aunque así sea, no cabe duda de que la directiva proporciona, al menos, argumentos, si no nuevos, sí interesantes para los procesos de control de las DIA que se produzcan, por sí mismas o por su incorporación al acto final de aprobación de los correspondientes proyectos²³.

23 El tema merece, por su importancia, mayores consideraciones, pero no son propias de este lugar. Sobre el tema remitimos a García (2016: 214 y 215).

La siguiente referencia que querríamos hacer es a la Directiva N° 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de junio del 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva N° 2004/35/CE (DOUE L. 178/66, de 28.6.2013). Consideramos esta directiva sumamente interesante desde el tema específicamente considerado en este trabajo, puesto que en la misma se dedica una especial atención al procedimiento de evaluación del riesgo creado por las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro que se considera, obviamente, diferente de la EIA.

Sin realizar un estudio minucioso de la Directiva N° 2013/30/UE citada²⁴, es necesario aportar que la citada directiva recoge la necesidad de que en los Estados miembros exista una “autoridad competente” que deberá examinar el “informe sobre riesgos”, cuya obligación de redacción se impone al operador correspondiente. La directiva recoge minuciosamente el contenido de este informe de riesgos (artículos 12° y 13°) y la autoridad competente —sobre la que se contienen distintas precauciones sobre su trabajo con independencia y objetividad, los medios financieros y los recursos humanos de los que debe disponer— debe “evaluar y aceptar los informes sobre los riesgos graves, evaluar las notificaciones de diseño y evaluar las notificaciones de operaciones en los pozos o de operaciones combinadas (...) supervisar el cumplimiento por los operadores y propietarios de la presente directiva, incluidas las inspecciones, las investigaciones y las medidas de ejecución” (Artículo 8.1, entre otras de las funciones que se le atribuyen).

En correspondencia con esas funciones, la autoridad competente dispone de competencias para prohibir operaciones, entre otras muchas (Artículo 18°).

La directiva debía ser transpuesta al derecho español antes del 19 de julio del 2015 (Artículo 41°), si bien solo parece que hasta ahora se han transpuesto las prescripciones relativas a la responsabilidad ambiental (Artículo 38°). Ello por la Ley N° 11/2014, del 3 de julio, por la que se modifica la Ley N° 26/2007, del 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental²⁵.

Y la última referencia que queremos realizar es a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), del 11 de febrero del 2015, asunto C-531/13, Marktgemeinde Straswalchen y otros/Bundesminister für Wirtschaft, Familia und Jugend, en la que el

24 Pueden verse mayores consideraciones en Betancort (2014: 618 y 619).

25 No creemos que España pueda considerarse uno de los países que no estaría obligado a llevar a cabo esa transposición según lo previsto en los artículos 41.3 y 5 de la misma directiva, prescripción pensada para los Estados miembros “que no tengan operaciones relacionadas con el petróleo y el gas mar adentro bajo su jurisdicción y que no tengan previsto conceder licencias para dichas operaciones” (ap. 3), o que sean un Estado que no tenga al 28 de julio del 2013 ninguna empresa que efectúe operaciones con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20°. La existencia de las operaciones, ya concluidas, de búsqueda de hidrocarburos en las Islas Canarias, entre otras cosas, desmentiría la aplicación de esta prescripción exoneratoria de la transposición contra la que, por cierto, protesta agriamente la misma Comisión según informa la Declaración de la Comisión que se anexiona, en último lugar, a la citada directiva, y que constituye un supuesto muy peculiar en la historia de las relaciones de la Comisión con el Consejo y el Parlamento y que hay que reseñar aquí necesariamente.

TJUE resuelve una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al Artículo 267º TFUE por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), mediante resolución del 11 de septiembre del 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 8 de octubre del 2013.

El litigio que sirve de antecedente al planteamiento de la cuestión prejudicial presenta la situación de una empresa que ha recibido la autorización del ministerio para realizar una perforación con vistas a saber si sería posible la extracción de petróleo y gas natural, y todo ello sin sometimiento a evaluación de impacto ambiental. El municipio donde va a tener lugar esa extracción y algunos particulares recurren porque piensan que la evaluación sería necesaria, dado lo que indica el Punto 14 del Anexo I de la Directiva Nº 85/337/CEE: “Extracción de petróleo y gas natural con fines comerciales cuando la cantidad extraída sea superior a 500 toneladas por día en el caso del petróleo y de 500.000 metros cúbicos por día en el caso el gas”.

El Tribunal de Justicia va a indicar que en todo caso debe considerarse una perforación de prueba como que cumple el requisito de realizarse “con fines comerciales”. Pero no es posible encontrar el cumplimiento del requisito cuantitativo porque en el caso concreto solo se ha autorizado la extracción de un millón de metros cúbicos de gas, sin hablar de una periodificación que solo tiene sentido en el caso de las explotaciones comerciales consolidadas. Consiguientemente, desde este punto de vista está justificado que no se haya sometido esta perforación al requisito de realizarse una previa evaluación de impacto ambiental.

Ahora bien, debería tenerse en cuenta el Anexo II y la referencia del Artículo 4.2 de la Directiva Nº 85/337/CEE, que manifiesta la posibilidad de que en relación con los proyectos incluidos en ese anexo se lleve a cabo un estudio caso por caso con arreglo a determinados umbrales y criterios que implicarían un cierto margen de apreciación de los Estados. En ese hipotético sentido podría tomarse en cuenta el criterio de efectos acumulativos con otros proyectos, con lo que un proyecto que de por sí no debería estar sometido a evaluación puede resultar con tal obligación por los efectos acumulativos importantes para el medio ambiente (Punto 43). Ello debe ser verificado por la autoridad nacional (Punto 45).

Se trata de una sentencia en la que no es cuestionada directamente la técnica de la fracturación hidráulica, pero el TJUE indica —a falta de precepto específico en el anexo para ella— cuál sería la forma adecuada para su tratamiento desde la perspectiva de la evaluación ambiental: el tratamiento caso por caso. Como veremos en el Apartado IV, según la legislación española sí que dentro de determinados umbrales es necesaria la realización de tal procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

III. LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESPAÑA Y LA INTERVENCIÓN ANULATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Llegamos a la consideración específica de la normativa española. Como ya se ha dicho con anterioridad, ha tenido lugar la emanación de leyes prohibitorias de cinco CC.AA.; leyes que han sido anuladas por el TC después de la interposición de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad por el gobierno de la Nación aun cuando todavía falta el pronunciamiento sobre la última de las leyes promulgadas (la del País Vasco).

Pero en paralelo a la actuación normativa de las CC.AA., la impugnación y las sucesivas SsTC, también se ha desarrollado una acción legislativa del Estado. A efectos de la mejor sistematización posible de la situación, en este Apartado III se trata solo del contenido y avatares constitucionales de la legislación autonómica y en el Apartado IV nos referiremos a la normativa estatal.

1. LAS LEYES DE LAS CC.AA.: PROHIBICIÓN, EN LA MAYOR PARTE DE LOS CASOS. EVALUACIÓN AMBIENTAL EN SUPUESTOS RESTRINGIDOS

Las CC.AA. que han regulado hasta el momento, lo han hecho en el sentido de la prohibición casi generalizada de la técnica; pero, en algunos casos, la prohibición opera solo dentro de la realización de unas determinadas condiciones. Las tres primeras leyes que se van a citar llevan en su mismo título, incluso, la referencia a la prohibición que es general, para todo tipo de utilizaciones y suelos. Las últimas leyes —probablemente por ser sus autores concededores de la acción anuladora del TC en relación con las primeras— son más matizadas en el sentido de la prohibición que intentan enmarcar, en su caso, en una cierta condicionalidad.

Podrá apreciarse también que hay una fuerte tendencia a la imitación entre ellas: la ley cántabra, la primera de todas, inspira fuertemente a las dos siguientes, la riojana y la navarra. Asimismo, la catalana (cuarta) a la ley vasca, quinta y última por el momento, sin perjuicio de que estas dos últimas también presenten influencias de las tres primeras; por tanto, y sobre todo, de la ley cántabra.

A continuación, se realiza una enumeración de las leyes autonómicas y de su contenido fundamental:

- La primera en aparecer es la Ley N° 17/2013, del 15 de abril, por la que se regula la prohibición del *fracking* en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. La forma de prohibir consiste en calificar la utilización de la técnica como un uso prohibido del suelo; por lo tanto, si así se procediera, se estaría cometiendo una

infracción urbanística. La ley quiere reaccionar de una manera radical contra estas infracciones, y a esos efectos presenta una voluntad retroactiva: la prohibición se aplica también a los permisos concedidos y a los que se encuentren en tramitación, debiendo revocarse los permisos que estén en esas circunstancias.

- La segunda es la Ley Nº 7/2013, del 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la fractura hidráulica (fracking) como técnica de investigación y extracción de gas no convencional, inspirada en la primera hasta en su título. La ley tipifica el uso de esta técnica como infracción administrativa ambiental —no urbanística, como la anterior— y también se aplica a los permisos concedidos y a los que se encuentren en tramitación, debiendo revocarse los permisos que estén en esas circunstancias.
- La tercera es la Ley Foral Nº 30/2013, del 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. Se sigue, por tanto, el ejemplo en el título de la ley cántabra. Igualmente se califica la utilización de esta técnica como un uso prohibido del suelo. Por consiguiente, es una infracción urbanística y se aplica tanto a los permisos concedidos como a los que se encuentren en tramitación, debiendo revocarse los permisos que estén en esas circunstancias.
- La cuarta ley aparecida proviene de la Comunidad Autónoma de Cataluña y es la Ley Nº 2/2014, del 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público. Al contrario de en las anteriores, se trata de una ley de las llamadas “ómnibus”, con pluralidad de contenido normativo, y no es, por tanto, una ley especial y singular, que son características de las tres primeras citadas. Su Artículo 167º modifica el Texto Refundido de la Ley Catalana de Urbanismo —aprobado por Decreto Legislativo Nº 1/2010, del 3 de agosto— en su Artículo 47º ap. 10, que a partir de esta Ley Nº 2/2014 dirá así:

En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad.

Aquí aparece la condicionalidad que antes se refería: no es una prohibición general la que se regula, al menos aparentemente, sino que se encuentra vinculada con la producción de “efectos negativos” en una serie de campos. Obviamente, la percepción de esos efectos negativos obligará a llevar a cabo con anterioridad una EIA para poder determinarlos con exactitud, aunque ello no está expresado en la norma comentada. No obstante, la voluntad prohibitoria subyace al contenido del precepto, pues los términos utilizados son tan amplios que

prácticamente equivalen al otorgamiento de una potestad discrecional al órgano administrativo que deba decidir finalmente.

- La última ley aprobada hasta el momento —y todavía no objeto de sentencia anulatoria por el TC cuando se concluye este trabajo a finales de agosto del 2016—, procede de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuyo parlamento aprueba la Ley N° 6/2015, del 30 de junio, de medidas de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o *fracking*.

Esta ley, que tiene su origen en una iniciativa legislativa popular, presenta un planteamiento previo algo distinto a las anteriores, pues pretende moverse dentro de las competencias que para el País Vasco —y para todas las CC.AA.— se deducirían del Artículo 149.1.23 CE, que permite a las CC.AA. fijar “normas adicionales de protección” a las normas medioambientales dictadas por el Estado²⁶. En todo caso, bueno es conocer que toda la regulación existente en ella se orienta a la prohibición de la técnica²⁷ a la que se considera una “equivocación evidente” y una “amenaza indudable para el medio ambiente” frente a la que se debe actuar, “como ya lo han hecho en otros lugares de nuestro entorno” (frases contenidas en la exposición de motivos de la ley).

Por ello, es congruente con sus premisas que el articulado de la ley contenga una prohibición expresa de la técnica en las siguientes dos circunstancias:

- a) En el caso de terrenos clasificados como suelo no urbanizable, no se permite esta técnica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma Vasca, en función de lo que establezcan los instrumentos de ordenación territorial, urbanística y/o ambiental (modificación del Artículo 28° de la Ley del Suelo y Urbanismo vasca, en la que se advierte una influencia directa de la ley catalana).
- b) En aquellos espacios clasificados como de riesgo de vulnerabilidad media, alta o muy alta en el mapa de vulnerabilidad a la contaminación de los acuíferos de la Comunidad Autónoma Vasca (Artículo 5°).

Y también hay una referencia a la necesaria práctica de la evaluación ambiental estratégica indicándose en el Artículo 4° que cualquier plan o programa o estrategia sectorial que contemple la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos, especialmente la estrategia energética vasca, deberá contar con una evaluación

26 El Artículo 1° de la ley vasca, que trata del objeto de la ley, dice que este es “establecer medidas adicionales de protección medioambiental para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos”. No obstante, como luego se verá, el TC y desde la STC 106/2014 relativa a la ley cántabra, se ha planteado —negándolo— si el Artículo 149.1.23 CE podría justificar la emanación de estas leyes.

27 Que se define en el Artículo 2.2 como “aquella técnica de extracción de hidrocarburos consistente en fracturar hidráulicamente un estrato rocoso, introduciendo, a gran presión, un fluido de fractura de baja fricción al que se añaden una serie de agentes químicos”.

medioambiental estratégica (Artículo 4º). Es claro que la necesidad de practicar una evaluación estratégica no se deduce, estricta y técnicamente hablando, de lo que indica la ley vasca sobre el particular, sino de la previsión que sobre ello se contiene en la normativa europea (Directiva Nº 2001/42/CE) y en la normativa española que hoy refleja su contenido (la Ley Nº 21/2013 que luego se comenta desde la perspectiva de la EIA).

No se tiene conocimiento de que en la actualidad se esté tramitando alguna iniciativa normativa en otras CC.AA.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LAS BASES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE, DE RÉGIMEN MINERO Y ENERGÉTICO Y DE ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA SON COMPETENCIA DEL ESTADO, NO DE LAS CC.AA. LAS REFERENCIAS AL MEDIO AMBIENTE O A LA SALUD NO SIRVEN PARA JUSTIFICAR LA LEGISLACIÓN DE LAS CC.AA.

Cuatro de las cinco leyes anteriores y tras los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el gobierno de la Nación han sido declaradas inconstitucionales por el TC por haber violado de las competencias exclusivas del Estado sobre la ordenación del sector minero y energético (Artículo 149.1.25 CE) y de medio ambiente (Artículo 149.1.23) fundamentalmente²⁸. Estas sentencias son la 106/2014, del 24 de junio, relativa a la ley cántabra; la 134/2014, del 22 de julio, sobre la de La Rioja; la 208/2014, del 15 de diciembre, relativa a la ley de la Comunidad Foral de Navarra; y la STC 73/2016, del 14 de abril, sobre la modificación normativa catalana. No hay resolución todavía en relación con la ley vasca, pero es presumible que sea objeto de los mismos pronunciamientos anulatorios dado su contenido y la previa jurisprudencia del TC en relación con las otras cuatro.

La razón última de las anulaciones ya se ha anticipado: se trata de una cuestión competencial. Para el TC, la normativa autonómica controvertida violentaría las competencias básicas del Estado sobre el régimen minero y energético (Artículo 149.1.25 CE), sobre el establecimiento de la legislación básica en medio ambiente también de competencia estatal (Artículo 149.1.23 CE), así como sobre la competencia estatal relativa al establecimiento de las bases de la ordenación económica (Artículo 149.1.13 CE, esta apelación se produce con menos énfasis). Las bases en materia de medio ambiente se plasman hoy en las leyes estatales 17/2013 y 21/2013 que se analizan en el Apartado IV y que permiten la utilización de esta técnica bien que sometiéndola a evaluación de impacto ambiental. También la primera ley citada, la Ley Nº 17/2013, se referiría a las bases estatales en materia de régimen minero y energético, aun cuando el papel

28 También mencionará el TC la competencia del Estado sobre “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (Artículo 149.1.13 CE), si bien esta mención tiene menos trascendencia en el discurso general del TC y más bien cita ese precepto para fundamentar la competencia del Estado al dictar las leyes 17 y 21/2013 que luego se comentan en el Apartado IV.

fundamental en ese plano lo representa la Ley N° 34/1998, que se cita luego, con título completo, en el Apartado IV.

En particular tiene interés la negativa a que la prohibición dictada por las CC.AA. pueda ser considerada una “norma adicional” de protección ambiental según los parámetros del Artículo 149.1.23 CE. No se trata, dice el TC, de que las CC.AA., mediante esta medida, establezcan niveles “más altos” de protección ambiental que los que puedan encontrarse en la normativa del Estado, pues la prohibición no significa un nivel más alto de protección sino la mera contradicción con la normativa básica del Estado que autoriza esta técnica siempre y cuando se supere el procedimiento de evaluación ambiental (vid. f.j. 8 de la STC 106/2014 y en el mismo sentido todas las demás). Y ello porque “la exigencia de previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar los proyectos que requieran la utilización de la técnica del fracking en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales tiene un evidente contenido de protección medioambiental” (f.j. 8, STC 106/2014, igual que el resto). Resumiendo su doctrina el TC dirá:

La prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma. De la doctrina constitucional se infiere sin dificultad que, con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético. La prohibición de la técnica del fracking que establece el Artículo 1º de la ley autonómica impugnada vulnera la competencia estatal ex Artículo 149.1.13 y 25 CE, al excluir la eficacia en el territorio de Cantabria de la legislación básica que se dicta al amparo de los referidos títulos competenciales (f.j. 8).

La apelación de Cantabria acerca de sus competencias en materia de sanidad es despaçada por el TC sin mayores razonamientos cuando dice, simplemente, que

la competencia exclusiva del Estado, ex Artículo 149.1.13 y 25 CE, para regular la técnica de la fractura hidráulica en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales, no puede resultar excluida por la competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de protección de la salud que corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria (Artículo 25.3EACant).

En suma, las leyes cántabra, riojana y navarra son incompatibles con la legislación del Estado —que examinaremos en el Apartado IV²⁹— apoyada en los títulos constitucionales mencionados; por tanto se declaran inconstitucionales y nulas³⁰.

Una atención especial merece la STC 73/2016, relativa a la ley catalana, que es el último pronunciamiento del TC sobre la cuestión, y ello porque también la innovación normativa catalana, que se ha recogido antes, es más matizada en su presentación que lo que sucede con las tres leyes anteriores que, simplemente, se basan en la prohibición, hasta en su mismo título. En el caso de la ley catalana se puede llegar a la prohibición cuando se den consecuencias negativas por la utilización de la técnica, lo que, se apuntó anteriormente, precisa imprescindiblemente de la realización de una EIA aun cuando ello no se diga expresamente en la normativa catalana recurrida. Precisamente, los abogados de la Generalidad y del Parlamento de Cataluña insisten ante el TC en que no se produce en la ley recurrida la prohibición sin más, sino que la interpretación del precepto aboca a que solamente habría prohibición en el caso de esas consecuencias negativas que implicarían la realización de una EIA tal y como se recoge en la normativa básica del Estado (f.j. 10).

Pero el TC niega tal posibilidad interpretativa con las siguientes palabras:

Sin embargo, tal interpretación no es ya que altere el significado del precepto; le hurta contenido propio para transformarlo en una norma muda que —según se afirma— remite implícitamente a otras leyes en contra de su tenor literal y de su cabal sentido. Nada hay dentro del precepto impugnado (...) que permita entender que el legislador catalán ha querido establecer una norma vacía de contenido o de mera remisión. Tal interpretación es demasiado forzada y debe ser en consecuencia rechazada (...). Además, aceptar aquella interpretación supondría dificultar los objetivos de claridad y seguridad jurídica que ha perseguido específicamente el legislador estatal en este caso amparándose válidamente en los apartados 13, 23 y 25 del Artículo 149.1 CE.

Por lo demás, aunque pudiera interpretarse que el Artículo 47.10 del Decreto Legislativo Nº 1/2010 no hace más que reiterar la legislación básica relativa a la fracturación hidráulica aprobada al amparo de los apartados 13, 23 y 25 del Artículo 149.1 CE, no por ello desaparecerían los problemas de constitucionalidad. No puede perderse de vista que la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no solo cuando contradice la normativa básica estatal, sino también cuando penetra en el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases (f.j. 10).

29 Las leyes estatales 17 y 21/2013 son posteriores a las leyes autonómicas recurridas; pero eso no es un óbice para la inconstitucionalidad sobrevinida de las normas autonómicas conforme a jurisprudencia del TC que se cita específicamente en las sentencias correspondientes.

30 Existe un voto particular a la STC 106/2014 —y se repite en las siguientes— que suscriben tres magistrados, que reprocha al TC su método de razonamiento, que juzga escaso y no basado en la ponderación de títulos, pero que no cuestiona en el caso de la competencia de medio ambiente que la misma pueda servir para prohibir la fracturación hidráulica, aunque se muestra más dubitativo en el caso de la competencia sobre salud que debería haber merecido, para los suscribientes del voto particular, más atención por parte del TC dado el significado específico de la salud.

Y como, además, la norma catalana no se limita a reproducir la norma estatal con el sentido finalista que haría justificable tal repetición, también habría inconstitucionalidad derivada de esta razón que se sumaría a la de la contradicción con la normativa estatal³¹.

Inconstitucionalidad³², pues, de la normativa catalana; pero este es un pronunciamiento que transmite al lector más dudas que las que dejaban las SsTC citadas anteriormente en relación con las leyes cántabra, riojana y navarra. Y esa impresión más dubitativa se basa en algo que no puede negarse: la normativa catalana no apuesta por la prohibición de la técnica, no hay nada en su contenido que directamente se exprese así. Es obvio, sin embargo, que el marco normativo que crea sí que puede desembocar en la prohibición, pero ello cuando vayan a tener lugar “efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad”. Que esto pueda ser contrario a la normativa estatal que exige una EIA —de la que podría derivarse tal resultado— es demasiado aventurado el decirlo, máxime cuando, como ya se ha expresado algunas veces en estas páginas, la norma catalana necesita para su realización práctica, imprescindiblemente, que tenga lugar un procedimiento de EIA para que pueda abocarse a esa conclusión sobre los efectos negativos de la utilización de la técnica.

Es por ello que, quizá, habría sido más apropiado que el TC se internara en el razonamiento propio de una sentencia interpretativa y que dejara bien acotadas en su sentencia las condiciones de aplicación de la normativa catalana —condiciones basadas fundamentalmente en la práctica de una evaluación que la ley catalana, bien es verdad, no preveía expresamente— para entenderla, de esa manera, como adecuada a la Constitución.

31 La STC 73/2016 reproduce la doctrina del propio TC acerca de cuándo y cómo la norma autonómica puede reproducir normas estatales, lo que sucederá “cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo”, concluyendo en que, “en el presente caso, es evidente que el Artículo 47.10 del Decreto Legislativo N° 1/2010 no es una reproducción o reiteración fiel de las bases que pretenda facilitar la comprensión de un desarrollo autonómico, por lo que vulnera las competencias constitucionales del Estado aún interpretado en el sentido propuesto por los Letrados autonómicos”.

32 Existen dos votos particulares a esta sentencia. El primero lo suscriben dos magistrados, y lo hacen brevemente, recordando sus votos particulares anteriores. El segundo lo suscribe el tercero de los magistrados, que, en unión de los anteriores, formuló voto particular a la STC 106/2014 que antes se recogió en nota. Este último voto particular discrepa en el fondo de la sentencia (no como sucedía anteriormente en que se aceptaba el fallo, pero no el razonamiento que conducía a él), y esa discrepancia se basa en que la normativa catalana no es de mera prohibición, sino que exige una valoración de las circunstancias, suficiente para el magistrado discrepante para basar la plena constitucionalidad de la norma autonómica.

3. CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Pero, en todo caso, habría otro modo jurídico de enfrentarse a la problemática planteada por estas leyes y que el TC podría haber abordado perfectamente, y es el de la aplicación del principio de precaución³³.

El principio de precaución tiene en la actualidad el estatuto de principio general del derecho comunitario³⁴, lo que posibilita su aplicación en cualquier rama del ordenamiento, no únicamente en el ambiental. Los sujetos llamados a su aplicación son igualmente extensivos³⁵, y por supuesto, no están limitados a las autoridades estatales, sino también a las autonómicas o locales. De acuerdo a esta previsión jurídica, unánime en la jurisprudencia comunitaria, la aplicación del principio no puede ser excluida por ninguna autoridad, ni siquiera, obviamente, por un tribunal constitucional.

El contenido del principio de precaución, como también relata unánimemente la jurisprudencia comunitaria y concreta la Comisión en su documento de referencia sobre el recurso a la precaución, puede ser muy diverso, lo que incluye la posibilidad del establecimiento de una moratoria sobre la utilización de una tecnología de riesgos inciertos³⁶, como pretenden las comunidades autónomas españolas que han buscado prohibir el uso de la fractura hidráulica en su propio territorio o someterla a fuertes restricciones.

En cuanto a la forma de utilización del principio, esta incluye la necesidad de una motivación jurídica de su utilización, donde cobran importancia los principios de gestión del riesgo³⁷. Cabe pronunciarse en particular sobre el análisis de beneficios y costes de la acción y de la inacción; si bien en algunos casos este requisito es imposible de cuantificar debido precisamente a la incertidumbre que lo rodea, en el caso del *fracking* sí parece posible cuantificar de alguna forma los beneficios y cargas económicos de su utilización, que como se ha dicho es excesivamente costosa económicamente y relativamente innecesaria en una coyuntura actual con bajos precios del petróleo. De ello se colige que permitir una actividad extractiva ambiental y sanitariamente arriesgada si

33 Cfr. en general Embid Tello (2010).

34 Tal y como reconoció tempranamente el Tribunal de Primera Instancia (UE) en su Sentencia *Artegodan*, del 26 de noviembre del 2002, párr. 184.

35 La jurisprudencia comunitaria habla de “autoridades públicas competentes” en un sentido abierto, es decir, cualquiera que tenga alguna competencia que permita gestionar un “riesgo inaceptable” (STJCE *National Farmers Union*, de 5 de mayo de 1998: I-2211).

36 Así lo establece la COM (2000), 1 final, del 2 de febrero del 2000, sobre el recurso al principio de precaución. En particular, párr. 5.2. La Comisión Europea reconoce expresamente que la técnica de la prohibición total puede ser en algunos casos la única respuesta posible ante un riesgo dado. COM (2000), 1 final, resumen inicial.

37 Tales principios serían la proporcionalidad, la no discriminación, la coherencia, el análisis de los beneficios y costes de la acción y de la inacción, la revisión de las medidas a la luz de nuevos conocimientos científicos y que dichas medidas sean capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa. COM (2000), 1 final, Punto 6.3.

de la misma no va a obtenerse un beneficio apreciable resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que ha de gobernar toda decisión pública.

Por otro lado, la prelación de la competencia estatal sobre la autonómica como técnica de coordinación constitucional de competencias puede tener sentido en ciertos casos, pero parece poco adecuada cuando la competencia que se hace ceder es la relativa al medio ambiente, del cual depende al fin y al cabo cualquier otra competencia. Existe ya, tanto en derecho comunitario como en el nuestro, una suerte de solución prelatória a la hora de ponderar la competencia ambiental con aquellas de orden económico. Como señalan desde hace tiempo las instituciones comunitarias, las preocupaciones ambientales y sanitarias deben primar sobre las económicas³⁸. Esta afirmación fue también asumida por la jurisprudencia española, que resolvió a favor del medio ambiente y la salud pública el debate suscitado en torno a la precaución como obstáculo al progreso económico³⁹. Recientemente, se pronunciaba sobre la cuestión el magistrado del TC Juan Antonio Xiol Ríos, defendiendo que la competencia ambiental debe prevalecer, pues “la opinión contraria implica una trivialización del derecho al medio ambiente, en cuanto supone reducir el concepto a una consideración del ecosistema como el conjunto de recursos naturales (...), cuando el medio ambiente y las políticas públicas que inciden en su protección suponen un elemento condicionante de la supervivencia de la especie humana y de la vida en el planeta” (STC 53/2016, del 17 de marzo del 2016).

Todo lo cual debería llevar a considerar inapropiada la doctrina constitucional según la cual las preocupaciones ambientales deben quedar insertas en aquellas de índole energética, siendo que, al contrario, la solución más acorde tanto con la jurisprudencia comunitaria como por supuesto con el orden natural de las cosas en el que ningún orden económico o social puede desarrollarse sin un medio ambiente que lo soporte.

En todo caso, este conflicto de índole competencial, entre la normativa estatal y la autonómica, exige que a continuación se examine el estado del ordenamiento jurídico estatal, que, como antes se ha dicho, se ha ido formando conforme también se iba elaborando la normativa autonómica y se recibían los documentos elaborados en el seno de la UE.

38 Ver asuntos *Königreich/Comisión*, del 17 de julio de 1997, *Affish/Comisión*, de 1997, e *Infrisa/Comisión*, de 1998. La Comisión Europea también apoya esta jurisprudencia en su comunicación sobre el recurso al principio de precaución. COM 2000, 1, final, Punto 6.3.4.

39 STS de 4 de marzo del 2009 (RJ/2009/1264), FJ 3°.

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL EN ESPAÑA: LA APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL Y SU INSUFICIENCIA PARA LA VALORACIÓN DEL RIESGO. CONSIDERACIONES SOBRE LAS ACTUACIONES ECONÓMICAS DE COMPENSACIÓN A COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ENTIDADES LOCALES

El contenido fundamental del ordenamiento jurídico estatal sobre esta cuestión reside en el sometimiento de los proyectos de exploración, investigación o explotación de hidrocarburos no convencionales al procedimiento de evaluación de impacto ambiental; lo que implica que, en principio, la utilización de la técnica se considera posible por la normativa del Estado y simplemente queda al albur de lo que indique la EIA y de la aplicación del correspondiente ordenamiento jurídico.

Ese camino normativo lo inicia la Ley N° 17/2013, del 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares⁴⁰, que en sus disposiciones finales segunda y tercera adopta dos importantes decisiones.

La primera (disposición final segunda) consiste en introducir una modificación en la Ley N° 34/1998, del 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, añadiendo un Apartado 5 a su Artículo 9° —artículo dedicado al régimen jurídico de las actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos—, que supone “legalizar” la técnica. Obsérvese su contenido, ciertamente un cuerpo extraño en relación con el objeto del precepto en el que se inserta el nuevo apartado:

En el desarrollo de los trabajos a ejecutar en el marco de los títulos (autorizaciones y concesiones, señalamos) señalados en este artículo podrán aplicarse métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, perforación de sondeos verticales o desviados con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, entre ellas, la fracturación hidráulica, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria y aquellos otros métodos aéreos, marinos o terrestres que resulten necesarios para su objeto (la cursiva es nuestra).

Y la segunda es la de introducir en la normativa de la EIA en ese momento vigente (un Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo N° 1/2008, del 11 de enero) la previsión de aplicar ese procedimiento cuando se realicen técnicas de fracturación hidráulica⁴¹.

40 Obsérvese la fecha de la ley: 29 de octubre del 2013, posterior a las tres primeras leyes autonómicas. No es inadecuado pensar que el Estado actúa cuando observa los proyectos legales autonómicos y su orientación.

41 Así, se someten a EIA “los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica”.

Esta aplicación de la EIA se ha incorporado de una forma más explicativa a la actualmente vigente Ley N° 21/2013, del 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Su Anexo I sujeta a evaluación ambiental ordinaria:

Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO₂, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, *que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.*

No se incluyen en este apartado las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigos previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.

En todos los apartados de este grupo se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos (la cursiva es nuestra).

Obligación de practicar una EIA, lo que conduciría, en su caso, a la aparición de una DIA, positiva o negativa, de la que se derivarán las correspondientes consecuencias. Normalmente, en el derecho español las DIA son de contenido positivo (son rarísimas las que tienen un pronunciamiento negativo), pero suelen ir acompañadas de una serie de correcciones o condiciones a tener en cuenta en la configuración final y en la ejecución de los correspondientes proyectos.

La solución final —por ahora— a la que se llega en el ámbito de la evolución del ordenamiento jurídico estatal, puede, en principio, parecer adecuada por el prestigio que, también en principio, tiene la EIA y que no puede discutirse en grandes rasgos. No obstante y uniéndola con la constatación realizada en el párrafo anterior —la de las escasas declaraciones negativas que se producen en la práctica española de la EIA—, la observación del derecho español muestra cómo la EIA se practica normalmente en ausencia de unos parámetros claros que guíen la actuación; lo que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina especializada⁴².

Pero en todo caso lo que parece bastante evidente a la luz de la teoría de la EIA y de las enseñanzas que pueden desprenderse de la documentación y normativa europea examinada en el Apartado II de este trabajo, es que la EIA no es el instrumento apropiado para realizar —a la vez que un juicio sobre los impactos ambientales— una evaluación sobre los riesgos que puedan presentarse. Esto está muy claro en la recomendación del 2014 allí examinada y, además, tiene una plasmación práctica en la Directiva N° 2013/30/UE, relativa a la seguridad de las operaciones concernientes al petróleo y al gas mar adentro, en donde claramente se distingue entre la EIA y la evaluación de riesgos que es, sobre todo, el objeto de la citada directiva.

42 Véase ahora, por todos, Santamaría (2016: 45 y 46), insistiendo en la falta de claridad en cuanto a la metodología a aplicar en la evaluación.

Puede decirse, entonces, que en la evolución compleja y problemática del derecho español todavía no se han adoptado todas las decisiones normativas necesarias para ofrecer un adecuado marco regulatorio a este problema, siendo la cuestión del riesgo y su valoración el aspecto más necesitado de completar.

Y esta incidencia del riesgo sobre el que razonamos cobra todavía mayor importancia si apuntamos, por último, la aparición más reciente de una norma que puede considerarse de “compensación” de los posibles perjuicios que pueda causar la técnica de la fracturación hidráulica. Se trata de la Ley N° 8/2015, del 21 de mayo, por la que se modifica la Ley N° 34/1998, del 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. Su Artículo 7º, con el expreso título de “Incentivos para las comunidades autónomas y entidades locales en los (sic, las) que se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos”, contiene la previsión de que los presupuestos generales del Estado, “de acuerdo con las disponibilidades financieras existentes”, establezcan dotaciones destinadas a estas CC.AA. y EE.LL. en las que se desarrollen las actividades “que constituyan el hecho imponible del impuesto sobre el valor de extracción de gas, petróleo y condensados y las tarifas tercera y cuarta del canon de superficie regulados en la presente ley”.

La conexión con el nuevo impuesto que establece esta Ley N° 8/2015 y con el canon mencionado exige, en principio, tener en cuenta los preceptos que tratan del referido impuesto (artículos 9º-20º) y del canon (Artículo 21º). Digamos, en relación con el impuesto, que se trata de uno nuevo que se define como un “tributo de carácter directo y naturaleza real que grava el valor de los productos de dominio público gas, petróleo y condensados extraídos en el ámbito de aplicación del impuesto, una vez realizado el primer tratamiento de depuración y separación de los mismos”. Tras esta definición la ley contiene los elementos claves de todo impuesto: descripción del hecho imponible, contribuyentes, base imponible, período impositivo y devengo, escala de gravamen, cuota íntegra, liquidación y pago, infracciones y sanciones; cuestiones todas ellas que sería interesante examinar en un trabajo que tuviera como objeto la consideración jurídica del nuevo impuesto; lo que no es el caso.

Digamos, de cualquier forma, que la referencia a la fracturación hidráulica aparece en el Artículo 17.2, cuando se trata en él de la escala de gravamen. Allí existe la referencia a un tipo impositivo en el caso de explotación en tierra y referido al gas no convencional indicándose que

se entenderá como extracción no convencional aquella que requiere la previa aplicación de técnicas de fracturación hidráulica de alto volumen, consistentes en la inyección en un pozo de 1.000 m³ o más de agua por fase de fracturación, o de 10.000 m³ o más de agua durante todo el proceso de fracturación y como convencional, aquella que se realiza mediante el uso de las restantes técnicas.

Como se observa fácilmente en esta definición, puede comprobarse la traslación a España de la definición de “fracturación hidráulica de alto volumen”, que es el

concepto utilizado por la recomendación europea del 2014 que se ha examinado en el Apartado II de este trabajo.

Pero la compensación a las CC.AA. y entidades locales no se configura como una parte de la recaudación del citado impuesto, sino que el planteamiento de la Ley N° 8/2015 es que existirán unas dotaciones económicas que irán a los entes territoriales donde se realicen actividades sujetas a ese impuesto. Y los presupuestos generales del Estado recogerán las cantidades que se juzguen adecuadas, no una parte (un porcentaje) de esa recaudación. No hay que equivocarse entonces sobre el significado de las referencias al nuevo impuesto, y lo mismo puede decirse de las referencias a las tarifas del canon de superficie que regula el Artículo 21⁴³.

V. EL CONTROL DE LAS DECISIONES AUTORIZATORIAS DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA ESPAÑOLA Y OTRA JURISPRUDENCIA SOBRE CUESTIONES CONEXAS

Y vamos a cerrar el presente estudio considerando las sentencias del TS que han aparecido en relación con un permiso concreto y tras la interposición de los correspondientes recursos contencioso-administrativos por distintas personas jurídicas (asociaciones ecologistas y ayuntamientos). Se trata del permiso sobre el proyecto Cronos, otorgado por el Real Decreto N° 317/2013, del 26 de abril, por el que se otorga a Frontera Energy Corporation S.L. el permiso de investigación denominado Cronos. En todas las sentencias se niegan las pretensiones de anulación del permiso que postulan los recurrentes. A continuación, se reflejan los principales temas tratados por estas sentencias prestando atención especial a la sentencia clave, que es la primera, pues al margen de que en el resto se traten problemas adicionales —lo que no sucede en todos los casos—, lo que hace con buen sentido el TS es remitirse a las cuestiones ya decididas en ella.

Y esta primera sentencia es la 25-4-2016 (rec. 372/2013). El recurrente es una asociación ecologista (Ecologistas en Acción) que imputa al RD N° 317/2013 su nulidad por haber cometido diversos defectos jurídicos, como no incorporar de forma adecuada las medidas de protección requeridas por el Artículo 16.2 de la Ley N° 34/1998 del

43 Por cierto, que cuando se está concluyendo la elaboración de este trabajo, los medios de comunicación recogen la noticia de que el gobierno británico propone pagar a los hogares afectados por el *fracking*. Parece que la nueva primera ministra, Theresa May, ha propuesto —y el asunto se halla ahora a discusión— pagar a los ciudadanos afectados una proporción de los beneficios obtenidos con los impuestos sobre el *fracking*; lo que, dice la información leída (véase, *El Economista*, acceso del 7 de agosto del 2016), contrasta con el propósito del anterior gobierno de entregar esas cantidades a las autoridades locales de las zonas afectadas. La información indica que “cada familia podría recibir entre 5.000 y 20.000 libras”. La información no aclara la forma de seleccionar a las familias, la necesidad, o no, de que demostrarán un perjuicio. En todo caso, tal y como se dice en el texto, estas previsiones de compensación económica —tal y como también hace, pero para las CC.AA. y las entidades locales, la Ley N° 8/2015— incrementan la sensación de los riesgos, evidentes, asociados a esta técnica, pues en caso contrario serían difícilmente entendibles —o justificables— estas previsiones de ayudas o compensaciones económicas.

sector de hidrocarburos (antes citada), no haberse realizado la evaluación de impacto ambiental o infringirse una directiva comunitaria: la 94/22/CE, del 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos.

El reproche a la falta de adopción de medidas de protección ambiental se particulariza en la demanda de la asociación recurrente en que hay falta de diagnóstico de la afección a las aguas continentales y subterráneas y en que tampoco existe adecuación a la legislación relativa a los lugares de la Red Natura 2000. EL TS rechaza los argumentos remitiéndose al documento titulado “Medidas de protección medioambiental y plan de restauración para la solicitud del permiso de investigación de hidrocarburos Cronos”, presentado por el solicitante del permiso que se juzga suficiente por el Tribunal a la luz de lo exigido por la normativa aplicable. También rechaza el TS la alegación de la recurrente a la falta de respeto a la Recomendación 2014/70/UE —examinada en el Apartado II de este trabajo— indicando, como allí se dijo, que no es vinculante y, sobre todo, que es posterior al otorgamiento del permiso. En general, el TS indica que se trata de un permiso de investigación dividido temporalmente (seis años) en tres fases y que las medidas de protección contenidas en el RD recurrido son más que suficientes para el objeto de una mera investigación. También rechaza documentos presentados por el recurrente en relación con la afección a aguas subterráneas o lugares de la Red Natura indicando que solo cuando se decida, en su caso, perforar en determinadas localizaciones, habrá de obtenerse concretas autorizaciones y presentarse un estudio de impacto ambiental.

En relación con la omisión de la evaluación ambiental estratégica o de la EIA, el TS tiene que partir de la fecha concreta del RD, que es la del 26 de abril del 2013, y por tanto, se remite a jurisprudencia anterior indicando que según ella la evaluación estratégica solo procede cuando se trate de examinar planes o programas, y que el hecho de que un permiso de investigación sobre una actividad se desarrolle en varias fases no permite concluir en que se ha trasmutado su naturaleza en la de un plan o programa. En cuanto a la falta de una EIA, el TS se remite a la sentencia del 24 de febrero del 2004, reiterada por la del 25 de junio del 2014 (rec. 353/2012), que señalaba que estos permisos en aquel momento no estaban sometidos a una EIA y que solo debería procederse a esta cuando se hubiera llegado a un cierto grado de precisión en las labores que deberían desarrollarse. En todo caso, el TS afirma que a partir de la Ley N° 17/2013 —reiterada por la Ley N° 21/2013, ambas estudiadas en el Apartado V— ya habría necesidad de realizar la EIA; pero que ni el propio recurrente se remite a dicha ley dada su fecha, 29 de octubre.

Finalmente, la violación de la Directiva N° 94/22/CE se traduce, para el recurrente, en que no se habría abierto el procedimiento a todas las partes interesadas en la obtención del permiso, que es lo que se deduciría del Artículo 3° de dicha directiva; pero el TS indica que ese precepto también dice que tal apertura puede ser obviada si los Estados hubieran publicado un anuncio indicando las zonas disponibles en ese Estado para el procedimiento competitivo indicado, cosa que España había hecho publicando el correspondiente anuncio en el DOCE (entonces eran Comunidades, no Unión) del 27 de octubre de 1995, por lo que también se rechaza este argumento impugnador.

En la STS 28-4-2016 (rec. 440/2013) los recurrentes eran los ayuntamientos de Jaraba y de Ariza (provincia de Zaragoza). Los argumentos de impugnación son semejantes a los manejados en la anterior sentencia, por lo que los motivos de desestimación, también. Basta con la remisión a ella.

En el supuesto de la STS 29-4-2016 (rec. 359/2013), la recurrente es una asociación ecologista (Desarrollo Verde). Una primera cuestión que se debate es la legitimación de esta asociación para recurrir. El TS encuentra que no cumple los requisitos que figuran en los artículos 22º y 23º de la Ley Nº 27/2006, del 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En concreto, se estima que no cumple el requisito de haberse constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción (Artículo 23.1 b, de la ley citada), sino que se constituyó, precisamente, tras la aprobación del RD del 2013 contra el que se recurre. Se declara la inadmisibilidad, por tanto, pero el TS, en cuanto a las razones de impugnación, se remite a la fundamentación jurídica de las anteriores sentencias repitiéndola extensamente.

Por fin debemos mencionar la STS 6-5-2016 (rec. 37/2014), en la que los recurrentes son los ayuntamientos de Alcolea del Pinar, Anguita, Luzaga, Luzón y Saúca, vecinos al lugar de la investigación. Los argumentos de los recurrentes son semejantes a los ya conocidos, pero introducen como un adicional el de que se habría vulnerado la garantía constitucional de la autonomía local y el principio de lealtad institucional porque no se habría respetado el legítimo ejercicio de su competencia por los ayuntamientos ni se habría ponderado la totalidad de los intereses públicos implicados, indicándose también que los municipios recurrentes no han sido informados ni consultados a lo largo del proceso de elaboración del RD impugnado.

La respuesta del TS es taxativa sobre la falta de base jurídica de ese reproche y la reproducimos por su interés general desde el ámbito del significado de la garantía de la autonomía local, siempre problemático en España. Dice, así, el TS que:

[...] no se alega ningún trámite específico previsto en las leyes que haya sido omitido o concretos preceptos de las normas invocadas que hayan sido conculcados, lo que conduce a la desestimación de la queja. En efecto, la invocación genérica de la autonomía local o del principio de lealtad institucional no acredita por sí sola ninguna actuación contraria a derecho por parte de la Administración del Estado si esta actúa en ejercicio de sus propias competencias y no omite ningún trámite preceptivo en el procedimiento administrativo que regula dicho ejercicio. O, dicho de otra forma, tanto la autonomía local como el principio de lealtad institucional se manifiestan a través de los concretos instrumentos y requisitos previstos en las leyes, y en ningún caso las entidades locales recurrentes han alegado ni acreditado una infracción de esa naturaleza. Debemos, pues, rechazar la queja (f.j. 4º).

Finalmente, y al margen de ese debate en torno a un permiso concreto, damos noticia de otra sentencia del TS existente en un aspecto relacionado con la técnica. Se trata de la STS del 19 de noviembre del 2014 (rec. 467/2013), en la que se estima, en relación con una pretensión del ayuntamiento alavés de Kuartango, recurrida por acuerdo del

Consejo de Ministros, que los municipios no pueden celebrar consultas ciudadanas sobre el uso del fracking porque la regulación de la técnica es de competencia estatal. En el f.j. 3º se indica de forma clara que:

El recurso no puede prosperar. En efecto, en contra de lo que defiende el ayuntamiento recurrente, el uso de técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos, que es sobre lo que versa la consulta pretendida, ni es competencia municipal ni se trata de un asunto que se circunscriba al ámbito local, requisitos exigidos por el Artículo 71º de la Ley de Bases del Régimen Local.

VI. CONCLUSIONES

Lo primero que debe destacarse en este apartado conclusivo es la riqueza del debate jurídico en España, de lo que son suficiente muestra los múltiples elementos normativos y jurisprudenciales que han podido aportarse, bien que en su mayor parte estén basados en una pugna competencial en la que se debe decidir —tras los correspondientes planteamientos normativos— sobre el último titular de las decisiones sobre la utilización de la técnica de la fracturación hidráulica. Ese debate competencial permite también la aportación de documentos —en algún caso solo de tomas iniciales de partida— sobre una cuestión ciertamente difícil, como es la de los efectos ambientales o de salud que pueden derivarse de la utilización de esta técnica.

Un debate jurídico pero que ha sido también político. Es curioso constatar, en esa dirección, el sentido de diversos documentos parlamentarios o vinculados con la formación de gobierno que, en este singular 2016 (se escribe a finales de agosto), han aparecido. Todos ellos en la línea de prohibición del *fracking*. Así, por ejemplo, el “Acuerdo para un gobierno reformista y de progreso” que suscriben en febrero del 2016 los partidos políticos socialista y de Ciudadanos, contiene en la parte relativa a la “transición energética y lucha contra el cambio climático” este acuerdo: “Establecer una moratoria durante esta legislatura para las prospecciones con fractura hidráulica (*fracking*) y restringir las autorizaciones de nuevas exploraciones de gas e hidrocarburos”.

Pero este impulso se extiende a la acción parlamentaria, y la Comisión de Industria del Congreso de los Diputados aprueba el 29 de marzo del 2016, con solo los votos en contra del Partido Popular y de Foro Asturias, una proposición no de ley presentada por el grupo parlamentario de Esquerra Republicana, por la que se insta al gobierno a prohibir la técnica del *fracking* y derogar toda la legislación que la hace posible⁴⁴.

44 No nos extendemos más sobre esta cuestión de la más corta legislatura, hasta ahora, del período democrático y nos remitimos, sin más, al BOCG-CD, N° 34, del 15 de marzo del 2016, y al DS-CD (Comisiones) N° 30 del 29 de marzo del 2016. Diversos medios de comunicación informan en esas fechas de la iniciativa parlamentaria y su resultado. Puede presuponerse que en esta nueva legislatura volvería a aprobarse un texto semejante, dada la distribución parlamentaria existente. Y si la legislatura llega, realmente, a iniciarse materialmente, que esa mayoría parlamentaria podría derogar la legislación estatal que se ha examinado en este trabajo.

Un debate realizado en España que, como se ha tratado de mostrar en el trabajo, no es ajeno a lo que sucede en otras partes del mundo y también en el plano supranacional, por lo que se han aportado y comentado los principales documentos en el ámbito de la UE. Destaca, por lo reciente de lo mismo, el planteamiento muy radical, en sentido negativo a la utilización de esta técnica, del Parlamento Europeo en una resolución de febrero del 2016 sobre la que es presumible pensar que será seguida de nuevos pronunciamientos del Parlamento, bien que a los mismos, igual que a las resoluciones de la Comisión, continuará faltándoles el elemento básico de la vinculatoriedad, porque las decisiones últimas sobre la utilización de esta técnica —y de los hidrocarburos en general— corresponden a los Estados y no están cedidas a la UE más que en cuestiones perimetrales al fondo último de la cuestión.

En todo caso es resaltable el amplio número de entidades políticas o Estados que se deciden por la prohibición o, la mayoría, por una moratoria, debiendo destacarse el reciente ejemplo de la República Federal de Alemania (julio del 2016), que también introduce una moratoria. Probablemente, desde la perspectiva jurídica, es la solución de la moratoria la más adecuada a los distintos intereses y vectores presentes en la cuestión. Como hemos indicado en el trabajo, no pensamos que en el ámbito de los estudios técnicos esté decantada decisivamente la cuestión de los efectos perjudiciales, o no, de la fracturación hidráulica, pero lo cierto es que hay importantes manifestaciones y testimonios que ponen de relieve los riesgos de la misma, por lo que conforme al principio de precaución, lo más adecuado sería la introducción de una moratoria temporal hasta tanto la cuestión quedara más clara (se concluyera la evidente incertidumbre hoy existente). La normativa que decidiera sobre ello podría fijar un plazo adecuado para esa moratoria para que no pudiera criticarse que, indirectamente, lo que en realidad se estaba regulando era una prohibición definitiva. Por otra parte, en los tiempos actuales de bajos precios del petróleo y de los hidrocarburos en general, no podría juzgarse que una decisión así pueda poner en riesgo un desarrollo económico en el que hoy —a diferencia de lo que ocurría solo hace unos pocos años— no se advierten —en España y pensamos que lo mismo sucede en otros países europeos— excesivas presiones para la autorización de actividades de investigación, exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales porque la rentabilidad de estas explotaciones, con los actuales precios, no puede sostenerse.

Por otra parte, la solución de someter a una EIA los proyectos sobre la cuestión, es, cómo no, adecuada; pero la práctica, en España, de las EIA permite deducir fácilmente lo muy raro de que se produzcan evaluaciones negativas. Prácticamente, solo hay testimonios de ello; lo que induce a pensar en que existe una permisividad bastante evidente sobre proyectos que sí presentan amenazas ambientales aun cuando el control judicial que se lleva a cabo suele ser muy deferente en relación con la actuación de la autoridad ambiental y, posterior a ella, con la autoridad aprobadora de los proyectos conforme a las condiciones fijadas en la DIA. Aquí hay algo que corregir en la práctica de las evaluaciones para lo que deberían aparecer pronto unas claras y adecuadas guías metodológicas sobre ello. Esto, incluso, está todavía mucho más claro, si cabe,

en el ámbito del seguimiento ambiental de los proyectos previamente sometidos a una EIA y autorizados⁴⁵.

En todo caso y valorando, como se ha hecho, positivamente la incorporación de la EIA a la fracturación hidráulica, lo que no parece adecuado es que la evaluación de riesgos que, en general, debería practicarse sobre dichos proyectos —recuérdese lo indicado por la recomendación de la UE examinada en II— es que la EIA sea elemento adecuado para ello. Debe existir, además, un procedimiento de análisis de riesgos que puede ser tanto anterior como posterior a la EIA y que debe realizarse con metodología propia de la evaluación de riesgos, de lo que es buen ejemplo lo que indica la Directiva N° 2013/30/UE antes analizada⁴⁶.

Lo que debe descartarse de plano en cualquier análisis que se realice de la compleja problemática —no solo jurídica— que plantea la fracturación hidráulica es la pura apelación a planteamientos económicos o economicistas como el de la riqueza que podría crearse o los muchos puestos de trabajo que —en un país con los niveles de paro que todavía presenta España tras muchos años de crisis económica— podrían generarse⁴⁷. Esta es una forma equivocada de resolver los problemas, o amenazas, que puedan existir para el medio ambiente.

Finalmente, no queremos concluir sin llamar la atención de que cualquier problemática que hoy se refiera a la energía (obtención, transporte, consumo) debe estar insertada en el cambio climático y en el marco de los efectos que puedan derivarse del Acuerdo de París de diciembre del 2015. Dicho acuerdo, cuya trascendencia a nadie se le oculta, va a llevar consigo una necesaria profundización en las energías renovables para que puedan cumplirse sus objetivos; lo que determinará una revalorización de ciertas formas de producción de energía y la consiguiente desvalorización de otras, entre las que deberían contarse las más problemáticas desde el punto de vista ambiental. Muchas cosas están cambiando en el ámbito de la energía y hay que ser testigo y observador atento de todo ello. Y postular que el cambio vaya en la dirección adecuada, sobre cuya concreción no hace falta profundizar, pues está muy clara⁴⁸.

45 Véase nuevamente el trabajo de Santamaría (2016: 59) antes citado, que realiza un breve apunte sobre la extensión de la EIA a la técnica de la fracturación hidráulica, que pone en relación con los defectos que aprecia en la práctica de la EIA. Está por ver cuáles son las novedades que se aportan al derecho español cuando se transponga la Directiva N° 2014/52/UE y si las mismas atienden a los defectos reseñados. Sobre la misma véase García (2016).

46 Cfr. sobre lo particular y relativo al caso de las prospecciones petrolíferas en Canarias, la opinión de Betancor (2014: 621-622) concordante con cuanto se indica aquí.

47 Es el argumento final, que criticamos sin paliativos, de Jordano (2015: 31).

48 En este ámbito de reflexiones finales creemos que hay que tener en cuenta también el significado del abandono de la energía nuclear de país tan significativo como Alemania, que hará que aquella desaparezca a partir del año 2023, para lo que ya se están dando los pasos adecuados con la desconexión progresiva —conforme a la programación realizada— de las centrales existentes. La evolución previsible del régimen energético en el ámbito de la UE es estudiada, desde el punto de vista jurídico, últimamente por Embid (2015), destacando el papel que les corresponde a las energías renovables.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVICH, Alejandro y Alejandro REBOSSIO

2015 *Vaca muerta. El sueño de un boom petrolero argentino. Las historias detrás de los negocios, la corrupción y la amenaza de un desastre ambiental. Una investigación entre Texas y Neuquén.* Buenos Aires: Espejo de la Argentina y Planeta.

BETANCOR, Andrés

2014 “Impacto y accidente. El caso de las prospecciones petrolíferas en Canarias”. *Revista Vasca de Administración Pública.* volumen I, número 99-100, pp. 599-623.

EMBED, Antonio

2015 “Energías renovables, medio ambiente y mercado interior de la energía: Algunas reflexiones en las vísperas del cuarto paquete sobre la Unión de la Energía”. En EMBED, Antonio (coordinador). *Agua, energía, cambio climático y otros estudios de derecho ambiental.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 133-160.

EMBED, Antonio Eduardo

2010 *Precaución y derecho. El caso de los campos electromagnéticos.* Madrid: Iustel.

FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio

2014 “Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España”. *Revista Vasca de Administración Pública.* volumen 2, número 99-100, pp. 1331-1351.

GARCÍA, Agustín

2016 “La Directiva 2014/52 de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos”. En GARCÍA, Agustín (coordinador). *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: Balance de treinta años.* Madrid: Marcial Pons, pp. 193-224.

JORDANO, Jesús

2016 “El fracking en el estrado: recogiendo el guante verde arrojado por el Tribunal Constitucional a las comunidades autónomas”. *RArAP.* número 45-46, pp. 9-34.

MOREU CARBONELL, Elisa

2012 “Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)”. *Revista Catalana de Dret Ambiental.* volumen III, número 2, pp. 1-43.

SANTAMARÍA, René Javier

- 2014 “Las claves jurídicas del debate sobre el fracking”. *Revista Catalana de Dret Ambiental*. volumen V, número 1, pp. 1-38.
- 2016 “Evaluando al evaluador: Razones técnicas jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos”. En GARCÍA, Agustín. (coordinador). *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: Balance de treinta años*. Madrid: Marcial Pons, pp. 29-224.

WIKIPEDIA

- 2014 y 2016 “Fracturación hidráulica”, acceso los días 20-4-2014 y 30-7-2016.
https://es.wikipedia.org/wiki/Fracturaci%C3%B3n_hidr%C3%A1ulica

VISCIDI, Lisa y Jed. BAILEY

- 2016 *La explotación del shale y el medio ambiente: Lecciones de política para América Latina*, CAF, 20 pp.

WISEMAN, H.J.

- 2013a “Risk and response in Fracturing Policy”. *University of Colorado Law Review*. Colorado, volumen 84, pp. 729-817.
- 2013b “Hydraulic Fracturing and Information Forcing”. *Ohio State Law Journal*. Ohio, número 74, pp. 86-97.

EL INFORME TÉCNICO SUSTENTARIO Y EL DERECHO AMBIENTAL

Por: Vito Verna¹

Colaboradora: Lucía Maciel Gonzales Ascencios

SUMARIO

I. Introducción; II. El derecho ambiental y el ITS, 2.1 La dimensión sistémica del derecho ambiental, 2.2 La incertidumbre, 2.3 Prevención y precaución, 2.4 El criterio de significancia ambiental; III. El ITS y el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); IV. El ITS y el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM; V. La Evaluación del ITS; VI. El ITS y los subsectores minería e hidrocarburos; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

RESUMEN

El artículo aborda el estudio del informe técnico sustentatorio (ITS) a la luz de los principios y características del derecho ambiental en general y del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en particular para establecer su naturaleza como elemento que forma parte del derecho ambiental.

Establecida la naturaleza ambiental del ITS, se estudiará su génesis regulatoria, la cual se produjo a partir de una norma expedida por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y no de una norma emitida por el Ministerio del Ambiente (Minam) en su calidad de ente rector del SEIA.

Luego, ofreceremos una reflexión dedicada a la actividad de evaluación del ITS y a la necesidad de prevenir su uso abusivo, el cual se produce disfrazando tanto impactos significativos como no significativos, o fraccionando modificaciones al estudio de impacto ambiental (EIA) en varios ITS presentados sucesivamente.

Finalmente, realizaremos una breve comparación entre las regulaciones sectoriales de desarrollo que se han expedido en los subsectores minería e hidrocarburos, seguida de las conclusiones del artículo.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magister en Economía y Gestión Ambiental por la Universidad Luigi Bocconi de Italia. Se ha desempeñado como consultor independiente en temas de gestión ambiental, asesor del defensor del pueblo, defensor adjunto (e) para medio ambiente, servicios públicos y pueblos indígenas, entre otros puestos en el sector público. Actualmente, es socio responsable del Área Ambiental del estudio Grau Abogados y docente universitario en la PUCP, Universidad Peruana de Ciencias Aplicada (UPC) y Universidad ESAN.

PALABRAS CLAVE:

Informe técnico sustentatorio (ITS), estudio de impacto ambiental (EIA), evaluación de impacto ambiental, Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), impacto, modificación de EIA, participación ciudadana, significativo.

I. INTRODUCCIÓN

El 16 de mayo del 2013, se publicó, en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, el cual contiene disposiciones dirigidas a aligerar algunos procedimientos administrativos para dinamizar las inversiones. Dentro de este conjunto de normas, se incorporó a nuestro sistema regulatorio el ITS.

De acuerdo con la nueva regla aprobada por la PCM:

Artículo 4°.- Disposiciones ambientales de los proyectos de inversión

En los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tienen impacto ambiental no significativo o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones, no se requerirá un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental.

El titular del Proyecto está obligado a hacer un informe técnico sustentando estar en dichos supuestos ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación. Dicha autoridad emitirá su conformidad en el plazo máximo de 15 días hábiles. En caso que la actividad propuesta modifique considerablemente aspectos tales como, la magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o de las medidas de mitigación o recuperación aprobadas, dichas modificaciones se deberán evaluar a través del procedimiento de modificación².

En la práctica, la PCM estableció una vía alternativa más rápida que el procedimiento de modificación del EIA, la cual está reservada para aquellos supuestos en que se concluyera que la modificación prevista o mejora tecnológica por introducirse a un proyecto no implicará impactos ambientales significativos.

¿El ITS forma parte del SEIA, creado por Ley N° 27446 — Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental? ¿Un decreto supremo de la PCM fue el mejor camino para introducir modificaciones al SEIA? ¿Cómo se regula actualmente este instrumento en los distintos sectores productivos? Estas son las cuestiones que abordará la reflexión que iniciaremos a continuación.

2 Artículo 4°.

II. EL DERECHO AMBIENTAL Y EL ITS

El derecho ambiental, como expresión constante del pensamiento sistémico aplicado al estudio jurídico de la relación entre la sociedad humana y el planeta, encuentra su finalidad en el mantenimiento, protección y conservación del actual equilibrio ecosistémico, el cual incluye los actuales procesos de interacción vital entre los sistemas animados e inanimados de la Tierra.

Brañes (2004: 29) define al derecho ambiental positivo como:

[el]conjunto de normas jurídicas que regulan conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se esperan una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos (la cursiva es nuestra).

Desde nuestra opinión, la relevancia de la definición que acabamos de citar radica en la integración de conceptos esenciales del derecho ambiental, los cuales nos permiten perfilar la naturaleza, principios y características de esta forma de pensar, crear y aplicar el derecho, con la finalidad de analizar su compatibilidad con el ITS.

2.1 DIMENSIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO AMBIENTAL

En la definición de Brañes (2004), se destaca la dimensión sistémica del objeto de protección del derecho ambiental, en otras palabras, el equilibrio del ambiente, que incorpora la vida —en todas sus variantes— como un elemento constitutivo y explicativo de la armonía o equilibrio ecosistémico.

Dentro del componente vivo del sistema ambiente, destaca la sociedad humana, la cual, en los últimos 250 años, ha desarrollado patrones de comportamiento y producción que amenazan la capacidad de la naturaleza para continuar sosteniendo equilibradamente la vida, tanto la humana como la de los demás seres animados.

En efecto, como es ampliamente conocido, la capacidad de las sociedades de satisfacer sus necesidades se encuentra irremediablemente vinculada a la posibilidad que poseen los sistemas ambientales de suministrar los servicios necesarios: provisión de agua dulce, dispersión y asimilación de contaminantes, o mantener equilibrios esenciales para la vida, como el climático, por citar solo algunos ejemplos.

En tal sentido, el derecho ambiental nace como respuesta ordenadora a la necesidad de preservar las actuales interacciones armónicas que posibilitan la viabilidad, en el largo plazo, de la relación entre el sistema social y la naturaleza, así como la armonía al interior de estos dos sistemas.

Si bien es cierto, el derecho en general regula la sistemática social, la diferencia que plantea el derecho ambiental radica en que esta rama amplía el objeto de interés

jurídico al incorporar la interacción de la sociedad con el entorno ambiental, apreciado como un único fenómeno integrado y no dividido en las partes que lo conforman. Asimismo, el derecho ambiental aporta un propósito determinado a la actividad reguladora, la cual es la condición de equilibrio que, considerando el orden social, lo relaciona con el funcionamiento de la naturaleza en sí misma y en su interacción con dicho orden.

En tal sentido, para el derecho ambiental, el orden social implica al orden ambiental, porque son un solo sistema y no, dos aislados o no vinculados. Por lo tanto, al derecho ambiental le interesa prevenir y corregir el desorden ambiental causado por el hombre, en la medida que este tarde o temprano terminará por afectar el orden social.

2.2 LA INCERTIDUMBRE

La *incertidumbre* es otro elemento presente en la definición del derecho ambiental citada al inicio (Brañes 2004:29), la cual resulta inherente a las cuestiones ambientales y es aludida a través de la frase “[...]conductas humanas que pueden[...]”. Asimismo, esta deriva de la imposibilidad de anticipar, identificar y conocer plenamente el juego de interacciones que se gatillan como producto de una alteración del sistema ambiental. Al ser el ambiente un todo conectado, siempre será fuente de nuevos conocimientos y cuestionamientos, lo que supone considerar a la incertidumbre como un factor inherente a esta temática.

Solo por mencionar un ejemplo, en agosto del 2016, de acuerdo con la Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica de la Comunitat Valenciana (2016), científicos españoles han postulado una nueva relación entre la calidad del aire respirable y las tasas de nacimientos prematuros. Así como este avance en salud pública, es de esperarse otros más que aporten al conocimiento sobre nuestra relación con el ambiente, saberes que eventualmente podrían traducirse en la generación de nuevas reglas jurídicas.

2.3 PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

La expresión ‘pueden’, además de aludir a la incertidumbre, subraya la necesidad de anticipar o de prevenir consecuencias graves o significativas sobre nuestro entorno, que en el derecho ambiental adquiere rango de principio privativo, tanto en su expresión preventiva propiamente dicha como en la precautoria.

La incertidumbre respecto de las consecuencias de las perturbaciones y la necesidad de evitar estragos significativos sobre los elementos constitutivos del ambiente o sus procesos de interacción justifican plenamente tener a la prevención como prioridad, principio y constante preocupación del derecho ambiental, las políticas y la acción ambiental.

El principio precautorio, que se deriva de la matriz preventiva, se explica por la necesidad de actuar incluso en un escenario signado por la duda científica —en el cual el riesgo ambiental grave que se cierne sobre el ambiente no queda del todo claro— para evitar la concreción de una amenaza relevante o irreversible sobre el equilibrio del ambiente.

2.4 EL CRITERIO AMBIENTAL DE SIGNIFICANCIA

El criterio de significancia es mencionado hasta en dos ocasiones en la cita de Brañes (2004: 29) a través de las frases “de una manera relevante” y “modificación significativa”. Para este autor, el derecho ambiental no se ocupa de cuestiones pequeñas o mínimas ambientalmente hablando, su objeto se concentra en aquellas alteraciones o modificaciones capaces de producir consecuencias ambientales de una magnitud calificada como relevante, significativa o importante.

Desde este punto de vista, la significancia se convierte en un criterio que acota el ámbito de las conductas o relaciones reguladas por el derecho ambiental. Por lo tanto, las interacciones, alteraciones o impactos, que no suponen un riesgo relevante para la conservación de las relaciones, vitales no merecerían la atención de la norma ambiental positiva.

En nuestro país, el criterio de significancia se encuentra recogido en varios artículos del dispositivo medular de la regulación ambiental peruana: la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente. Así, el Artículo 24°, que se ocupa de regular el SEIA, establece que:

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental — SEIA (la cursiva es nuestra).

Asimismo, el Artículo 27°, en el cual se dictan disposiciones sobre los planes de cierre, prescribe que:

Los titulares de todas las actividades económicas deben garantizar que al cierre de actividades o instalaciones no subsistan *impactos ambientales negativos de carácter significativo*, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental que les correspondan de conformidad con el marco legal vigente (la cursiva es nuestra).

Una mención especial merece que el artículo citado líneas arriba, al parecer, considera que los planes de cierre deben garantizar solo que los impactos ambientales negativos no subsistan; sin embargo, olvidan aquellos que se producen luego de la actividad, como productos del abandono y la inactividad subsecuente.

Del mismo modo, la regulación sobre emergencias ambientales, considerada en la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, prescribe que esta se configura ante un daño ambiental significativo. En el caso de los estándares de calidad ambiental (ECA), este se define como:

31.1 El Estándar de Calidad Ambiental - ECA es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa *riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente* (la cursiva es nuestra).

Del mismo modo la fiscalización ambiental, como regla general, se aplica, de acuerdo con el Artículo 131.1 de la ley en cuestión, a “[t]oda persona, natural o jurídica, que *genere impactos ambientales significativos [...]*” (la cursiva es nuestra).

Como puede apreciarse de los textos legales transcritos, los instrumentos para la gestión ambiental se construyen sobre la lógica intrínseca contenida en los principios del derecho ambiental y la política ambiental, siendo el criterio de significancia el que los calibra para la consecución eficaz y eficiente de sus objetivos.

De este modo, el SEIA, así como sus instrumentos y los elementos que lo conforman³, se forjan en los principios ambientales de prevención, precaución, internalización de costos, responsabilidad ambiental, participación ciudadana, sustentabilidad, entre otros; y encuentran, en el criterio de significancia, la pauta necesaria para discriminar los impactos y riesgos que deben ser objeto de estudio, gestión, prevención, mitigación o compensación ambiental, de aquellos impactos que por su pequeña magnitud no necesariamente lo hacen.

En tal sentido, todas aquellas actividades, en las que se anticipe que los proyectos pueden ocasionar impactos ambientales negativos significativos, se encuentran dentro del ámbito del SEIA, sistema en el marco del cual se estimará la magnitud de los impactos en atención a la información disponible al momento de la evaluación.

El derecho ambiental, de acuerdo con la definición del Brañes (2004), tiene naturaleza sistémica, preventiva y se aboca a la regulación de aquellas conductas o impactos susceptibles de generar alteraciones significativas.

Otra característica privativa del derecho ambiental deriva del fundamento de la norma ambiental, el cual tiene naturaleza técnica y multidisciplinaria. Conocer las interacciones de los sistemas ambientales solo es posible a través de la contribución de las ciencias sociales, la biología, la física, la química, entre otras muchas más.

3 Los diferentes tipos de EIA, la declaración de impacto ambiental, la certificación ambiental, los términos de referencia, entre otros.

Es sobre la base de las conclusiones y dudas que plantean las diferentes disciplinas científicas que la regulación ambiental estructura sus contenidos y modula sus prescripciones, teniendo siempre presente los principios del derecho ambiental y las políticas ambientales.

En este punto, corresponde plantearse la siguiente interrogante: ¿Es el ITS un elemento extraño al derecho ambiental?

Conforme se desprende de su norma de creación, el ITS aborda el estudio científico utilizando la sistémica, es decir, analiza el fenómeno proyecto-entorno apreciado en su complejidad sistemática.

Probar la no significancia de los impactos ambientales implica analizar las relaciones entre el proyecto, su modificación, y el entorno social y ambiental. Todo esto considerado como un solo fenómeno conectado.

Asimismo, queda claro, en su norma de creación, que el ITS tiene naturaleza preventiva. Se presenta antes de la ejecución de la modificación propuesta y a nivel de factibilidad, al igual que los estudios ambientales, no es subsanatorio.

Por último, y como no podría ser de otra forma, la sustentación del ITS deberá ser técnica y quizás hasta multidisciplinaria como el EIA que pretende modificar. Asimismo, el ITS se presenta ante la autoridad ambiental certificadora, la cual aplica en su accionar institucional los criterios y principios del SEIA, uno de los ejemplos más preclaros de lo que constituye una norma ambiental.

En este orden de ideas, queda claro que el ITS constituye un elemento que se introduce en la dinámica del SEIA, y que se adecua a la naturaleza del derecho ambiental.

Asimismo, la regulación del ITS establece —como criterio de verificación anticipada de la autoridad evaluadora— el criterio ambiental de significancia, elemento que no solo no es ajeno al derecho ambiental, sino que forma parte de su definición.

Por lo expuesto, creemos que el ITS responde a la naturaleza, principios y criterios del derecho ambiental, en general; y del SEIA, en particular, por lo que es —a nuestro entender— un elemento que conforma la sistémica de la evaluación de impactos ambientales.

III. EL ITS Y EL SEIA

De acuerdo con el Artículo 1° de su norma de creación Ley N° 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, el SEIA tiene como finalidad:

La creación del Sistema Nacional de Evaluación del 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 del proyecto de inversión.

En línea con su finalidad y el criterio de significancia ambiental comentado líneas arriba, dicha ley establece en su Artículo 2° que:

Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impacto ambientales negativos significativos.

El Reglamento señalará los proyectos y actividades comerciales y de servicios que se sujetarán a la presente disposición.

De acuerdo con las normas del SEIA, por regla general, una vez concluida la etapa de evaluación de los impactos, la autoridad de certificación ambiental determina el tipo de estudio ambiental que le corresponderá presentar al proyectista; en caso se anticipen impactos negativos no significativos, el instrumento preventivo o estudio ambiental se denomina 'declaración de impacto ambiental' (DIA). Para impactos cuya magnitud sea considerada como moderada, se deberá preparar un 'EIA semidetallado' (EIA-sd); mientras que para los proyectos que involucren impactos significativos, deberá profundizarse el nivel de análisis a través de un 'EIA detallado' (EIA-d). De acuerdo con lo expuesto, la DIA se reserva para aquellos proyectos con impactos leves.

¿Cómo entonces proyectos con impactos leves forman parte del SEIA, si este fue diseñado para aquellos proyectos con impactos significativos? En principio, creemos que no existe en el SEIA una contradicción interna.

Asimismo, sostenemos que la contradicción entre el alcance o ámbito material del SEIA y la DIA es solo aparente y que su solución transita por interpretar los alcances del SEIA a la luz del principio de prevención ambiental y la condición de incertidumbre inherente al ecosistema.

Como explicamos hasta aquí, el derecho ambiental no se ocupa de regular hechos o conductas cuyos efectos se prevén no relevantes o leves. Sin embargo, esta disciplina busca anticipar la verificación de efectos negativos, es decir, parte muy importante de su acción se enfoca en conocer y evaluar la magnitud de los riesgos que se ciernen sobre el ambiente.

Todas las actividades humanas crean riesgos ambientales; no obstante, existen actividades que pueden engendrar riesgos cuyos efectos deben ser evitados. Al respecto, el SEIA, con la finalidad de cumplir con su función social, ha definido una lista de actividades que conforman su ámbito material⁴. ¿Esto quiere decir que todos los proyectos de inversión que se plantearán en cada una de estas actividades listadas producirán riesgos significativos para el ambiente? La respuesta es negativa.

Será en el marco del SEIA que se determinará, a través del análisis específico de cada proyecto, los riesgos, que en el caso particular, se crearán durante todo su ciclo de vida. En caso la magnitud del proyecto, su ubicación, tecnología, entre otras características, que determinen que los impactos generados no son significativos, el proyecto deberá ser aprobado utilizando una DIA.

Sostenemos, que todos los proyectos, que pertenecen a las categorías listadas dentro del SEIA, sean sometidos al sistema de evaluación ambiental responde al principio de prevención, que impone al operador de la norma ambiental, conocer y estudiar todos los riesgos, para luego calificar su identidad y ofrecerles la vía procedimental que les corresponda, según su magnitud.

Recordemos que la incertidumbre en el derecho ambiental impone un deber de acción precautoria, por la cual deben analizarse incluso riesgos cuya naturaleza se esconde tras el velo de la ignorancia científica.

Sostener por el contrario, que el ITS no forma parte del derecho ambiental ni del SEIA, debido a que solo es aplicable a cambios que carecen de implicancias relevantes sobre el entorno ambiental, nos parece una posición lógica solo a la luz de un razonamiento que no considera en su real dimensión la función social del SEIA.

De acuerdo con el *Glosario de términos para la formulación de proyectos ambientales*, el impacto ambiental es:

[c]ualquier alteración de los elementos del medio ambiente o de las relaciones entre ellos, causada por una o varias acciones (proyecto, actividad o decisión). El sentido del término no involucra ninguna valoración del cambio, la que depende de juicios de valor (Ministerio del Ambiente 2012: 31).

En tal sentido, solo califican como impacto ambiental aquellas alteraciones que se explican directamente por la acción humana. Por ello, no forman parte de esta categoría las consecuencias producidas por eventos naturales, tales como tifones, sismos, oleajes anómalos, tormentas, entre otros.

4 Anexo II del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Modificado por la Resolución Ministerial N° 157-2011-MINAM, publicada el 21 de julio del 2011; Resolución Ministerial N° 298-2013-MINAM, publicada el 01 de octubre del 2013; Resolución Ministerial N° 300-2013-MINAM, publicada el 04 de octubre de 2013; y la Resolución Ministerial N° 186-2015-MINAM, publicada el 1 de agosto del 2015.

La alteración del ambiente no solo es función directa de la acción humana, el ambiente puede amplificar los efectos con el tiempo o puede corregir naturalmente la alteración hasta volverla imperceptible.

En este orden de ideas, la evaluación de impacto ambiental involucra no solo el estudio preventivo de la acción humana propuesta, sino que el análisis debe incluir necesariamente la interacción de esta acción humana en un contexto ambiental y social determinado, para, en función a esta relación, determinar primero el impacto ambiental y luego su calificación como leve, moderado o significativo.

Todos los proyectos, que se postulen en las actividades que conforman el ámbito material del SEIA, involucrarán un conjunto de acciones humanas, las cuales producirán cada una impactos leves, moderados y significativos. La identificación, evaluación y clasificación de estos impactos se realiza solo en el marco del SEIA y, dentro de este marco, se dictarán las medidas necesarias para hacer el proyecto en su conjunto ambientalmente viable.

En esa línea, el ITS responde a una necesidad del SEIA: incorporar la dinámica de los proyectos, los cuales son susceptibles de ser modificados a través de la introducción de nuevas acciones humanas, las que a su vez podrían o no tener impactos ambientales significativos.

En nuestra opinión, el SEIA debía contemplar —al igual que lo hace al momento de distinguir las tres categorías de los estudio ambientales (DIA, EIA-sd y EIA-d)— un procedimiento para modificaciones del proyecto que impliquen impactos ambientales relevantes; y otro procedimiento, menos exigente en términos procedimentales, para aquellas modificaciones que ocasionen impactos ambientales no significativos. En tal sentido, el ITS cumple un rol similar a la DIA, solo que tiene relación con proyectos que cuentan con un EIA aprobado, cuando lo que se pretende es modificar el EIA.

El ITS se incorpora armónicamente como un elemento que forma parte del SEIA al respetar su esencia preventiva y de análisis de la magnitud de los impactos que podrían derivarse de la modificación de actividades sujetas al SEIA y que cuentan con certificación ambiental. Es en esta lógica que los ITS son elaborados solo por consultoras ambientales registradas para confeccionar estudios ambientales.

Asimismo, el ITS le otorga la flexibilidad que requiere el SEIA para acompañar, siempre con enfoque preventivo, el devenir del proyecto, una vez aprobada la certificación ambiental.

IV. EL ITS Y EL DECRETO SUPREMO N° 054-2013-PCM

No obstante que el ITS se inspira en los principios y criterios del derecho ambiental y se integra en uno de los sistemas funcionales más importantes de la institucionalidad ambiental, su creación respondió a un acto de la PCM y no a una decisión de la autoridad rectora del SEIA, es decir, el Minam.

De acuerdo con el Artículo 44° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo:

Los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

Asimismo, el Artículo 16° de la Ley N° 27446 - Ley del SEIA establece que “[e]l Ministerio del Ambiente - MINAM, es el encargado de dirigir y administrar el SEIA, en concordancia con lo que se establece su Ley de Creación y la presente Ley”.

En la misma línea, el Artículo 6° del Reglamento del SEIA, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, establece que:

El MINAM en su calidad de autoridad ambiental nacional es el organismo rector del SEIA; asimismo, constituye la autoridad técnico-normativa a nivel nacional y, como tal, dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con el SEIA, coordina su aplicación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la Ley, el presente Reglamento y las disposiciones complementarias y conexas.

En este orden de ideas, la creación del ITS debió aprobarse a través de una norma emitida por el Ministerio del Ambiente en su calidad de autoridad rectora del SEIA.

El Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, que aprueba este instrumento —que a nuestro juicio integra armónicamente el SEIA— solo cuenta con la rúbrica del ministro del Ambiente, junto a la de otros ministros más, lo que expresa la opinión favorable del sector. Sin embargo, afirmamos que debió ser el sector ambiente, el que asuma directamente la iniciativa y responsabilidad de esta necesaria modificación.

V. LA EVALUACIÓN DEL ITS

En el caso particular del ITS, el riesgo radica en que se presenten ampliaciones, modificaciones o mejoras tecnológicas utilizando la vía del ITS cuando los impactos sean significativos. Esto, sumado a que la calificación de impactos involucra una alta dosis de discrecionalidad técnica, resulta en que el riesgo de que el ITS sea utilizado para encubrir reales modificaciones al estudio ambiental se incrementa considerablemente.

Asimismo, la posibilidad de fraccionar una modificación de EIA en varios ITS constituye una posibilidad que debe ser estudiada con atención para evitar su configuración.

Finalmente, un factor no menor a tener presente es que la reacción social hacia las modificaciones planteadas a través del mecanismo del ITS, podría ser un elemento que afecte negativamente las relaciones de confianza entre el proyecto y la población vecina. Esto en la medida que —a diferencia del procedimiento para la modificación de EIA, el cual implica a la participación ciudadana—, en el caso del ITS, la participación de la población no es considerada.

El ITS fue pensado como una vía rápida para modificaciones a los estudios ambientales que no representarán un impacto ambiental relevante. Este es el sentido que debe mantenerse en su aplicación, tanto por los proyectistas como por los evaluadores.

Es importante tener presente que los impactos ambientales significativos o no, se producirán de todos modos en el ambiente y muchas veces serán visibles a la población, quienes también los evaluarán y calificarán atendiendo a su propia percepción, razón y sentimientos.

Los operadores de las normas ambientales deben recordar siempre que naturaleza y sociedad —apreciadas en conjunto y permanente interacción— conforman el ámbito de interés y acción del derecho ambiental y, por lo tanto, también debería ser el ámbito de atención de sus operadores. Asimismo, el análisis y calificación de los impactos es sistémico: resulta de proyectar el comportamiento de múltiples factores que entrarán en interacción dinámica como consecuencia de una acción provocada siempre por el hombre.

Por lo tanto, el ITS deberá presentar una descripción de la nueva acción propuesta, las características del ambiente que será impactado, la aptitud del entorno para interactuar con el impacto y, finalmente, las medidas de mitigación que serán implementadas; todo esto acompañado de una justificación técnica sobre la magnitud no significativa de los impactos previstos.

Presentado el escenario de análisis y aceptando que la calificación de la intensidad o magnitud de los impactos es una tarea discrecional y técnicamente controversial, las conclusiones a las que arriben los evaluadores sobre la significancia de los impactos esperados deben tener en cuenta cuestiones básicas que funcionen como referentes

objetivos que disminuyan la discrecionalidad y alejen el fantasma de la arbitrariedad, al tiempo que motivan, justifican y sostienen la decisión estatal.

Discrecionalidad no equivale a arbitrariedad, la diferencia radica en la posibilidad de relacionar el razonamiento realizado con referentes o parámetros objetivos, que sirvan de punto de partida o soporte para la comparación. Un parámetro o referente objetivo muy importante lo constituye el propio estudio ambiental aprobado y la certificación ambiental expedida por el mismo Estado, en el marco de la cual se presenta el ITS.

Las ampliaciones, modificaciones o mejoras tecnológicas propuestas se realizan en el marco de un proyecto ya evaluado, calificado y aprobado, cuyos impactos han sido calificados con criterios y consideraciones que deberán formar parte necesariamente del análisis del ITS presentado. En tal sentido, la evaluación del ITS podrá reafirmarse en dichos criterios o sustentar su no aplicabilidad al nuevo caso concreto.

Asimismo, la información que obra en el estudio ambiental y que la propia autoridad de certificación o supervisión haya obtenido de fuentes primarias o secundarias —respecto del ambiente, tales como la línea de base ambiental, estudios posteriores como el informe sobre sitios contaminados, supervisiones, fiscalizaciones, monitoreos— también forman parte la base objetiva del análisis del ITS.

Los estándares ambientales —como los ECA de suelo, aire o agua, los límites máximos permisibles (LMP), parámetros para los estados de alerta, etc.— deben ser adecuadamente considerados al momento del análisis de significancia de los impactos. Mención aparte merece la aceptabilidad social de los impactos no significativos.

Como observamos en las líneas anteriores, la regulación del ITS no contempla el despliegue de instrumentos de participación ciudadana que acompañe la presentación, evaluación e implementación de los ITS. Entendemos que se considera que, al ser insignificantes en términos ambientales las modificaciones, no se justifica someter este procedimiento a la consideración de la población interesada.

El Artículo 34° del reglamento de la Ley del SEIA establece que toda referencia a los impactos ambientales en el marco del SEIA involucra también a los impactos sociales. Esto a nuestro juicio implica dos consideraciones distintas: una referida al impacto social (ambiental) de la modificación planteada a través del ITS, que puede ser calificado como significativo o no significativo y otra cuestión relativa a la percepción social de los impactos aprobados por esta vía.

Los proyectos no limitan sus efectos al ecosistema, también despliega efectos sociales que pueden expresarse objetivamente en mercados tales como el inmobiliario, laboral o el de los alimentos, o en la cultura e incluso espiritualidad de los pueblos. En tal sentido, la valoración de los impactos debe considerar también este factor fundamental.

Asimismo, una modificación aparentemente intrascendente con impactos igualmente poco significativos puede ser percibida por la población como un engaño o un acto poco transparente de la empresa, situación que condicionará negativamente las relaciones empresa-comunidad.

VI. ITS EN LOS SUBSECTORES MINERO E HIDROCARBUROS

En la actualidad, la regulación matriz del ITS ha sido desarrollada a detalle solo en los subsectores minería e hidrocarburos; en ambos casos, utilizando criterios similares, pero con algunas diferencias que pasaremos a exponer a continuación.

El nacimiento del instrumento bajo comentario generó algunas dudas sobre su naturaleza y alcances, las cuales paulatinamente han sido despejadas. En ese contexto, no es casual que el sector energía y minas, en el cual el SEIA mantiene una dinámica más intensa que en otros sectores productivos, haya sido el primero en definir criterios para orientar a los administrados, empresas consultoras y funcionarios público, sobre los requisitos de formulación y evaluación aplicables a los ITS.

Por técnica legislativa, las normas de desarrollo deben ceñirse a los márgenes que establece la norma objeto de reglamentación. Para el caso que nos ocupa, las normas sectoriales deben respetar tres elementos esenciales del ITS, a fin de no desnaturalizarlo y prevenir su uso abusivo, los cuales son: i) su carácter técnico, ii) su naturaleza preventiva, y iii) la valoración no significativa de los impactos que tendrá la modificación del estudio ambiental aprobado.

Asimismo, es importante recordar que el ITS se encuentra reservado para i) componentes auxiliares, ii) ampliaciones, o iii) mejoras tecnológicas, de proyectos que cuentan con un instrumento de gestión ambiental aprobado.

En ambos subsectores, los ITS deben tener como zona de ejecución y/o impacto el área de influencia directa establecida en el respectivo estudio ambiental aprobado. Aunque, cabe señalar que la resolución ministerial del subsector hidrocarburos relativiza este requisito al abrir la posibilidad de que el administrado ejecute el cambio en una zona no estudiada, siempre que demuestre que el área en cuestión guarda características similares a otra que sí está contemplada en la línea de base del estudio ambiental aprobado.

La información contenida en la línea de base ambiental resulta importante, debido a que los impactos ambientales dependen de las condiciones del ecosistema, por lo tanto, evaluar la magnitud del impacto implica analizar no solo la modificación proyectada al estudio ambiental propuesto, sino también cómo esperamos que el ambiente se comporte una vez implementada en la realidad la citada modificación. Para

ello, el evaluador requiere contar y conocer la información ambiental asociada con la modificación.

En esa misma línea, en ambos subsectores se subraya la necesidad de que la línea de base ambiental se encuentre dentro de su plazo de vigencia (cinco años), condición indispensable para poder emprender la evaluación de los impactos.

Para los casos en que el instrumento de gestión ambiental no haya contemplado la elaboración de una línea de base ambiental, se le exige al proponente del ITS que la realice. Sin embargo, no queda claro si sería la línea de base de la actividad en su conjunto o solo la información ambiental necesaria para evaluar el impacto ambiental de la modificación planteada en el ITS presentado.

Al respecto, consideramos que la norma debe ser interpretada en su sentido literal, debido a que de esta manera no contraviene los principios ambientales fundamentales y a que es la más favorable para la protección del ambiente. Asimismo, dicha norma corrige una situación confusa creada por la propia norma sectorial ambiental, en virtud de la cual actividades que no proporcionaron información sobre su entorno ambiental cuentan con certificación ambiental, o en todo caso no cuentan con ella y operan legalmente.

En otras palabras, la certificación ambiental, de acuerdo con su definición legal, implica el pronunciamiento de la autoridad evaluadora sobre la viabilidad ambiental del proyecto, la cual implica la evaluación y valoración de los impactos ambientales, en consecuencia no es posible expedir esta certificación ambiental si previamente no se ha evaluado el proyecto en interacción dinámica con los componentes ambientales y sociales. Sin embargo, para las actividades que se encontraban en curso al momento en que se aprobaron las normas sobre el EIA se les impuso la obligación de presentar programas de adecuación y manejo ambiental, los cuales no necesariamente consideraron la inclusión de la información que hoy sí contiene la línea de base ambiental.

De acuerdo con el sentido común, si una actividad no es evaluada en interacción con el ambiente, no puede contar con una certificación ambiental y, si la tiene, esta sería un acto administrativo esencialmente distinto a la certificación ambiental establecida en el SEIA.

Por otro lado, ambos reglamentos proscriben los supuestos en que el ITS afecta ecosistemas frágiles, zonas legalmente protegidas, centros poblados o comunidades no considerados en el instrumento de gestión ambiental aprobado y vigente, así como zonas arqueológicas, no declaradas originalmente en el estudio ambiental matriz.

Respecto de los supuestos en los cuales puede presentarse un ITS, ambos reglamentos dejan abierta la posibilidad de que el ITS sea presentado en cualquier momento del ciclo de vida del proyecto: exploración o explotación para el caso minero y actividades tanto del upstream como del downstream para el sector hidrocarburos.

Ambos reglamentos establecen que, en caso el ITS involucre actividades al interior de un área natural protegida o que afecte cuerpos de agua, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado y la Autoridad Nacional del Agua deberán emitir opinión previa vinculante respecto del ITS propuesto. Durante el lapso de tiempo que esté pendiente la mencionada opinión, el plazo legal de quince días hábiles para resolver el ITS queda en suspenso.

Ambos reglamentos recomiendan a los administrados reunirse con la autoridad evaluadora antes de la presentación del ITS para conocer preliminarmente si la modificación prevista se encuentra dentro de los supuestos legales que habilitan la presentación de un ITS, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM.

Respecto de la presentación sucesiva de ITS o el fraccionamiento de modificaciones al EIA, el subsector minero limita a tres el número de los ITS que se pueden presentar por cada unidad minera, lo que deja abierta la posibilidad de presentar nuevos ITS, pero solo los relacionados con componentes auxiliares.

Por su parte, la resolución ministerial del sector hidrocarburos establece que, en caso exista más de un ITS aprobado y se planteen otras modificaciones más, el titular deberá demostrar que los impactos a generarse seguirán siendo no significativos.

Sobre este punto, la regulación de los dos subsectores guarda importantes diferencias. Sin embargo, en ambos casos será el funcionario de evaluación el que, analizando sistemáticamente el estudio ambiental, las modificaciones aprobadas y los ITS presentados para un mismo proyecto determine, no en forma aislada, sino conjuntamente, determine si los impactos ambientales acumulativos superan o no el umbral de lo no significativo.

VII. CONCLUSIONES

- El ITS es un instrumento cuya naturaleza es compatible con el derecho ambiental, ya que implica un análisis sistémico, enfoque preventivo y características técnicas, y eventualmente multidisciplinarias. Asimismo, su elaboración y evaluación se sujeta a los principios rectores del derecho ambiental y del SEIA, destacando el principio de prevención y el criterio de significancia ambiental.
- No existe contradicción entre el ámbito material del SEIA y la DIA en su condición de instrumento de gestión ambiental.
- El ITS constituye un elemento del SEIA, en la medida que responde a la necesidad de contemplar una vía procedimental para las modificaciones de los EIA aprobados, que no impliquen impactos ambientales significativos.

- El ITS, al ser un elemento del SEIA, debió ser aprobado mediante una norma emitida por su entidad rectora nacional, es decir, el Ministerio del Ambiente.
- La calificación de los impactos es un tema técnico discrecional. Sin embargo, la evaluación de los ITS debe considerar cuestiones como el estudio ambiental matriz, los criterios técnicos utilizados en la evaluación del referido estudio ambiental, la información ambiental primaria y secundaria obtenida por las autoridades ambientales, estándares ambientales de calidad y emisión, entre otros.
- La valoración de los impactos derivados de una modificación presentada a través de un ITS debe considerar también las implicancias sociales.
- El desarrollo regulatorio del ITS, verificado en los subsectores minería e hidrocarburos, considera que la modificación presentada mediante un ITS debe comprender una zona cubierta por el estudio de línea de base del EIA aprobado.
- El fraccionamiento de modificaciones al EIA en varios ITS es abordada de diferente forma, mientras en minería se limita a tres los ITS a ser presentados por unidad minera, en hidrocarburos, la evaluación se deja a criterio del evaluador.
- En todo caso, la valorización del impacto de un ITS debe considerar los impactos acumulativos del proyecto considerado en su conjunto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BRAÑES, Raúl

2000 Manual de Derecho Ambiental Mexicano. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

2001 *Ley N° 27446. Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.* 13 de abril del 2001.

2005 *Ley N° 28611. Ley General del Ambiente.* 15 de octubre del 2005.

2007 *Ley N° 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.* 20 de diciembre del 2007.

FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA INVESTIGACIÓN SANITARIA Y BIOMÉDICA DE LA COMUNITAT VALENCIANA

2016 *Científicos del proyecto INMA relacionan la exposición a contaminación del aire con riesgo de parto prematuro.* Consulta: 15 de julio del 2016. http://fisabio.san.gva.es/web/fisabio/noticia/-/asset_publisher/1vZL/content/estudio-proyecto-inma-contaminacion-del-aire-y-partos-prematuros

MINISTERIO DEL AMBIENTE

2009 *Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Aprueban el Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.* 25 de setiembre del 2009.

2011 *Resolución Ministerial N° 157-2011-MINAM. Aprueban Primera Actualización del Listado de Inclusión de Proyectos de Inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA.* 21 de julio del 2011.

2012 *Glosario de Términos para la Formulación de Proyectos Ambientales.* Lima: Ministerio del Ambiente.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

2013 *Decreto Supremo N° 054-2013-PCM. Aprueban disposiciones especiales para ejecución de procedimientos administrativos.* 16 de mayo del 2013.

DESAFÍOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ

Por: Martha Aldana¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Marco legal de la descentralización; III. El rol de los niveles descentralizados de gobierno en la política e institucionalidad ambiental peruana; IV. La descentralización de la gestión ambiental; V. A modo de conclusión; VI. Bibliografía.

RESUMEN

En este artículo, se presenta el marco normativo que regula la descentralización a nivel constitucional y las normas de desarrollo constitucional vigentes. Asimismo, se revisa la normativa ambiental que regula la descentralización aplicada en el ámbito de la gestión ambiental. A partir de ello, se analiza el proceso de transferencia de funciones ambientales con especial énfasis en materia de evaluación de impacto ambiental y fiscalización ambiental. Finalmente, se presenta un conjunto de aspectos a tomar en cuenta para la consolidación de la descentralización en el ámbito de la gestión ambiental.

PALABRAS CLAVE

Descentralización, gestión ambiental, evaluación de impacto ambiental, certificación ambiental, fiscalización ambiental.

¹ Abogada por la Universidad de Lima. Cuenta con una maestría en Derecho Ambiental Internacional y Comparado por el Washington College of Law (Washington D.C.). Ha sido directora de Fiscalización del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), directora de Gestión Estratégica del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace), asesora del Viceministerio de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente (Minam), entre otros cargos en el sector público. Actualmente, es consultora ambiental independiente.

I. INTRODUCCIÓN

Descentralizar es compartir el poder. Lo contrario es centralizar la toma de decisiones en el nivel nacional de gobierno, lo que, por un lado, genera obstáculos en la necesidad de lograr una mayor cercanía del ciudadano con el Estado y, por el otro, desconoce la capacidad de las autoridades regionales y locales para decidir sobre las actividades que se desarrollan en su territorio.

La descentralización supone un reconocimiento de la pluralidad social, regional, política y económica de todo el Perú. De forma que cada región o municipio tiene peculiaridades socioeconómicas y políticas que deben ser revaloradas en oposición a un centralismo político y administrativo (Presidencia del Consejo de Ministros 2009).

La experiencia peruana en materia de descentralización presenta una serie de desafíos que es necesario enfrentar de manera integral para avanzar en el logro de la consolidación del estado de derecho y el fortalecimiento de las instituciones en todo el territorio nacional.

En materia ambiental, la descentralización se constituye en la oportunidad perfecta para propiciar un desarrollo sostenible de la nación en su conjunto.

El Perú tiene un territorio extenso y montañoso, con gran diversidad biológica, variedad y fragilidad de ecosistemas, y gran riqueza de sus culturas ancestrales, por lo que las características de desarrollo que ha emprendido plantean retos considerables. El más importante desde la dimensión ambiental es cómo se debe promover que todos los peruanos cuenten con un ambiente de calidad y cómo se debe conseguir una gestión sostenible de los recursos naturales. Para avanzar en esa dirección, es necesaria la presencia del Estado con una densidad y respuesta adecuada a las demandas de los ciudadanos en el ámbito regional y local².

La descentralización es particularmente importante en materia ambiental, considerando la necesidad de gestionar los recursos naturales y la calidad ambiental en el nivel más cercano al ciudadano y en función a la magnitud de la actividad, y un estado amigable con las personas y con el ambiente.

En este contexto, este artículo explora el proceso de descentralización en materia de gestión ambiental para lo cual se revisará la normativa que regula la descentralización desde su marco normativo constitucional hasta las normas orgánicas que regulan la materia para llegar a la legislación ambiental que desarrolla las competencias de los niveles descentralizados de gobierno y la regulación de las funciones ambientales que han sido objeto de transferencia, lo que permitirá formular reflexiones en torno a la gestión ambiental descentralizada en nuestro país.

2 Resolución Ministerial N° 254-2014-MINAM, Item II

II. MARCO LEGAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN

1. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

La Constitución Política del Perú de 1993, modificada en materia de descentralización en el año 2002³, establece que la descentralización es una forma de organización democrática y que constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene por objetivo fundamental el desarrollo integral del país.

Este proceso de descentralización, señala la Constitución, se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales⁴.

El gran reto de la descentralización en el Perú se encuentra expresado en los mandatos constitucionales que, por un lado, señalan que nuestra organización de gobierno es de carácter unitario⁵ y, por el otro, establecen la autonomía de los niveles descentralizados de gobierno⁶. La descentralización en nuestro país, por tanto, debería permitir la confluencia de esta autonomía en el marco de la unidad de gobierno.

El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado el Estado peruano no es “unitario descentralizado”, sino “unitario y descentralizado”. La diferencia entre uno y otro caso no es un simple juego de palabras: encierra profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta. Un Estado “unitario descentralizado” es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, más no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, estas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales⁷.

Sin embargo, tal como lo señala el TC, nuestra Constitución no solo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce en la elección de sus órganos por sufragio directo y en la capacidad de dictar normas con rango de ley⁸.

3 Mediante la Ley N° 27680

4 Constitución Política, artículos 191° y 188°, de conformidad con la modificación constitucional dada por Ley N° 27680 del año 2002.

5 Constitución Política, Artículo 431°

6 Constitución Política, artículos 43°, 191° y 194°

7 Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional 0020-2005-PI/TC. 0021-2005-PI/TC, Fundamento 38.

8 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, 0020-2005-PI/TC. 0021-2005-PI/TC, Fundamento 38.

Por otro lado, el carácter descentralizado del Estado peruano no es incompatible con la configuración de Estado unitario, ya que si bien ella supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, su ejercicio debe realizarse dentro de lo previsto por la Constitución y las leyes marco que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales⁹.

La regionalización es incompatible con la autarquía y con el principio de autodeterminación. Estos últimos presuponen la desintegración de la unidad político-estatal, en tanto que la regionalización su fortalecimiento, dentro de una forma de organización democrática del poder estatal¹⁰.

El proceso de descentralización forma parte de la reforma del Estado peruano y tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país en beneficio de la población¹¹. Para ello, se distribuyen competencias, funciones y recursos entre tres niveles de gobierno (gobierno nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales) para el ejercicio equilibrado del poder estatal. Se busca organizar el territorio de manera racional para garantizar la adecuada prestación de servicios a la ciudadanía. Así pues, la descentralización no es un fin sino un medio para hacer que el Estado brinde mejores servicios a la ciudadanía asegurando el desarrollo del país (Usaid año).

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido desde la reforma constitucional del año 2002, que permitió relanzar el proceso de descentralización, actualmente, no existe claridad sobre los beneficios específicos para la población que el proceso ha significado en sus distintas dimensiones, ni sobre la delimitación de competencias sectoriales entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales en varias materias de función pública, y menos aún sobre el rol que se espera que los gobiernos locales en estas, entre otros aspectos (Acuerdo Nacional año).

A continuación, se revisarán los principales contenidos de la normativa derivada de la regulación constitucional en el ámbito de la descentralización.

2. NORMAS DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DESCENTRALIZACIÓN

La primera norma de desarrollo constitucional en materia de descentralización se dictó luego de la modificatoria constitucional sobre la materia en el año 2002. Esta fue la Ley de Bases de la Descentralización, la cual estableció los principios guía del proceso

9 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, 0020-2005-PI/TC. 0021-2005-PI/TC, Fundamento 39.

10 Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional, 0020-2005-PI/TC. 0021-2005-PI/TC, Fundamento 51.

11 Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, Artículo 3°

descentralizador entre los cuales cabe señalar, la subsidiariedad así como su carácter de permanente, dinámico, irreversible y gradual¹².

Asimismo, esta normativa clasificó los tipos de competencias que se ejercen en el marco de la descentralización, señalando el ámbito de las competencias exclusivas, compartidas y delegables¹³.

Dentro de las competencias exclusivas del gobierno nacional, se encuentran las relativas al diseño de políticas nacionales y sectoriales¹⁴, y, entre ellas, se encuentra la Política Nacional del Ambiente¹⁵ que, en efecto, comprende la actuación de las autoridades con competencias ambientales en los diversos niveles de gobierno.

La temática ambiental —entendida como la gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental así como la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente— fue considerada en la Ley de Bases de la Descentralización como una competencia compartida¹⁶.

Asimismo, la Ley de Bases de la Descentralización estableció un conjunto de objetivos de la descentralización, entre los cuales comprendió los siguientes a nivel ambiental¹⁷:

- Ordenamiento territorial y del entorno ambiental, desde los enfoques de la sostenibilidad del desarrollo
- Gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental
- Coordinación y concertación interinstitucional y participación ciudadana en todos los niveles del Sistema Nacional de Gestión Ambiental

En el 2002 también se dictó la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGGRR). Esta norma de desarrollo constitucional señaló que los gobiernos regionales tienen por finalidad esencial fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo así como garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo¹⁸. Además, la LOGGRR recogió el principio de sostenibilidad señalando que la gestión regional se caracteriza por la búsqueda del equilibrio intergeneracional en el uso racional de los recursos

12 Ley 27783 - Ley de Bases de la Descentralización. Artículo 4°

13 Ley 27783 - Ley de Bases de la Descentralización. Artículo 13°

14 Ley 27783 - Ley de Bases de la Descentralización. Artículo 1°

15 Aprobada mediante Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM.

16 Ley 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, Artículo 36 d) y Art. 43 d)

17 Ley 27783 - Ley de Bases de la Descentralización. Artículo 6°

18 Ley 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Artículo 4°

naturales para lograr los objetivos del desarrollo, la defensa del medio ambiente y la protección de la biodiversidad¹⁹.

En cuanto a la definición de las competencias de los GORE, en materia ambiental, la LOGGRR señaló como competencias exclusivas de los gobiernos regionales promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad²⁰. Dentro de las competencias compartidas de los GORE, también se incluyó la gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental²¹.

Asimismo, esta normativa dispuso, que le corresponde al gobierno nacional establecer las políticas nacionales y sectoriales considerando la diversidad de las realidades regionales, concordado con el carácter unitario y descentralizado del gobierno del país. A su vez, señaló, los gobiernos regionales establecen sus políticas regionales y ejercen sus funciones en concordancia con estas políticas nacionales y sectoriales²².

Las normas y disposiciones del gobierno regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, razón por la cual no se pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno²³.

La LOGGRR comprende un listado temático de funciones específicas de los gobiernos regionales en las diversas materias de la gestión pública (artículos del 47° a 64°). De estos listados de funciones, particularmente el Artículo 53° fue el signado como aquél que regulaba las competencias en materia de ambiental. Esta consideración no permitió lograr avances en la gestión ambiental descentralizada en tanto dicho artículo no comprende todas las competencias ambientales a cargo de los gobiernos regionales, como se verá más adelante.

Por su parte, la Ley Orgánica de Municipalidades vigente, aprobada en el año 2003, regula la gestión ambiental a nivel local. En ella se establece que los gobiernos locales promueven el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción²⁴.

A las municipalidades provinciales les compete la tarea de planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial a nivel provincial incluyendo la organización del espacio físico y uso del suelo. Asimismo, dentro del rubro de protección y conservación del ambiente, se dispone que a las municipalidades les corresponde desarrollar planes y políticas en materia ambiental, en concordancia con los establecidos a nivel regional y nacional, proponer la creación de áreas de conservación

19 Ley 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Artículo 8°

20 Ley 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Artículo 10.1

21 Ley 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Artículo 10.2

22 Ley 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Artículo 45 a)

23 Ley 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Artículo 36°

24 Ley 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, Título Preliminar, Artículo IV, Finalidad

ambiental y coordinar la correcta aplicación de los instrumentos de planeamiento y gestión ambiental²⁵.

El desarrollo de las competencias ambientales municipales en particular se encuentra en el Artículo 80° de esta norma orgánica que desarrolla la temática en materia de saneamiento, salubridad y salud. Sin embargo, esta normativa recoge competencias genéricas en materia ambiental, tales como “regular y controlar la emisión de humos, gases y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente”, como competencia exclusiva a cargo de las municipalidades provinciales, y la función de “fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente”. Sin embargo, la norma no establece el criterio para definir la diferenciación de las funciones de nivel provincial con las del nivel local en esta materia. Tampoco señala cómo se debe relacionar el ejercicio de estas funciones con las asignadas a las autoridades ambientales en el nivel nacional de gobierno. Ello constituye un potencial riesgo de posibles conflictos de competencia entre autoridades ambientales, en tanto más de una autoridad podría intervenir respecto de una misma denuncia ambiental.

Como regla aplicable tanto a los gobiernos regionales como a los gobiernos locales, debe tomarse en consideración que la transferencia de funciones opera a través de los denominados planes anuales de transferencias²⁶; por ello, puede establecerse convenios de gestión para la delegación a estos niveles de gobierno las funciones que actualmente son competencia del ámbito nacional.

Para asegurar un adecuado proceso de transferencias, se establecen comisiones sectoriales de transferencia, las cuales deben ser presididas por un viceministro del sector correspondiente. Estas comisiones deben proponer, hasta el mes de febrero de cada año, los respectivos planes anuales de transferencia, que deben ser presentados ante la Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros. Esta entidad debería, hasta el último día útil de cada año, evaluar y articular los planes sectoriales y coordinar la formulación del Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales, el cual debe aprobarse mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros²⁷. El último de estos planes aprobados por la Presidencia del Consejo de Ministros se dio en el año 2010²⁸. Por su parte, los sectores continúan aprobando sus respectivos planes anuales de transferencia de su respectivo ámbito sectorial.

25 Ley 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, Artículo 73°

26 Ley 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 83°
Ley 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades. Séptima Disposición Complementaria

27 Esta regla se encuentra establecida tanto en el artículo 83° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales como también en la Séptima Disposición Complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades.

28 Mediante Decreto Supremo N° 115-2010-PCM

Una regla importante en materia de transferencias de funciones es la que señala que en tanto no se efectivice la transferencia, las competencias continuarán en el ámbito de gobierno nacional, siendo legítimo su ejercicio por este nivel de gobierno²⁹.

Sobre esta materia, el Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal, que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno nacional (cláusula de residualidad)³⁰.

En un reciente estudio del acuerdo nacional en materia de descentralización, realizado a partir del análisis de balances sobre este proceso, se señala como uno de los aspectos más valorados negativamente dentro de estos documentos de balance, se encuentra el relacionado a la delimitación de competencias. Al respecto, se sostiene que es innegable que en varias materias de acción pública exista un problema grave de imprecisión en la delimitación de competencias entre niveles de gobierno. A pesar de que la Ley de Bases de la Descentralización definió las competencias compartidas como aquellas en que dos o más niveles de gobierno comparten fases sucesivas de los procesos implicados, las leyes orgánicas de gobiernos regionales y de municipalidades no partieron del levantamiento de esos procesos, como paso previo para la asignación de competencias. Luego, llegó la LOPE (en el 2007), norma que se esperaba pudiera resolver las imprecisiones, pero que no lo hizo. En ese marco, la LOPE remitió a la actualización de las leyes de organización y funciones (LOF) de los ministerios, el mandato de aclarar la delimitación de competencias y funciones por nivel de gobierno, pero además de que solo parte de los ministerios han aprobado su respectiva LOF, el enfoque de estas —centrado en los propios ministerios y no en efectivas reformas de la organización sectorial— no ha cumplido con resolver las imprecisiones competenciales existentes (Acuerdo Nacional año).

A continuación, se detallarán las políticas nacionales que abordan la descentralización en general y la descentralización ambiental en particular.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA POLÍTICA NACIONAL DE MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

De acuerdo con lo señalado en la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, los ciudadanos demandan un Estado moderno al servicio de las personas, lo

29 Esto se encuentra así establecido en la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que estableció que en tanto dure el proceso de transferencia de competencias sectoriales, de acuerdo con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades y demás normas pertinentes, el Poder Ejecutivo, a través de sus dependencias, seguirá ejecutando aquellas que aún no han sido transferidas a los gobiernos regionales y gobiernos locales.

30 Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional, Exp. 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC, Fundamento 49.

cual implica una transformación de sus enfoques y prácticas de gestión, concibiendo sus servicios o intervenciones como expresiones de derechos de los ciudadanos. Todo ello caracteriza al Estado moderno como aquel orientado al ciudadano, eficiente, inclusivo, abierto, unitario y descentralizado.

En cuanto al Estado unitario y descentralizado, se señala que este busca satisfacer las necesidades de la ciudadanía adaptando sus políticas a las diferentes necesidades y condiciones existentes en cada espacio territorial, a través de gobiernos descentralizados autónomos en su ámbito de competencias y sujetos a políticas, rectorías y normas nacionales que garanticen los derechos que corresponden a todos por igual³¹.

Dentro de sus principios orientadores, esta política nacional comprende la articulación intergubernamental e intersectorial, la cual determina que las entidades públicas deben planificar y ejecutar sus acciones de manera articulada, tanto a nivel de los sectores como entre los niveles de gobierno, fomentando la comunicación y la coordinación continuas, asociando sus recursos y capacidades o cooperando entre sí de otras formas posibles, para responder a las demandas ciudadanas con eficiencia y de manera oportuna.

En ese sentido, según se señala³²:

- Se debe evitar la ambigüedad, duplicidad y superposición de funciones entre entidades y niveles de gobierno. Para ello, en el marco del proceso de descentralización, es necesario delimitar y respetar cuidadosamente las competencias de cada nivel de gobierno.
- El Gobierno nacional y sus instituciones deben enfocarse en fortalecer sus capacidades de planeamiento, formulación de políticas nacionales, y seguimiento y evaluación de resultados de manera que contribuyan efectivamente a la provisión descentralizada de bienes y servicios, a través del establecimiento de políticas, reglas, lineamientos, capacidades y recursos, para que los gobiernos regionales y locales puedan cumplir con sus respectivas competencias de servicio a la población.
- Por su parte, los gobiernos regionales y locales deben fortalecer sus capacidades para el diseño, ejecución y evaluación de las políticas, programas, proyectos y actividades de su competencia, en el marco de las políticas nacionales y de las prioridades específicas de sus ciudadanos.

Esta política nacional estableció tres ejes transversales entre los cuales se encuentra el relativo a la articulación interinstitucional. Según se señala, un Estado unitario y

31 Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública aprobada mediante Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, Item 2.1

32 Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública aprobada mediante, Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, Item 2.4

descentralizado requiere articular y alinear la acción de sus niveles de gobierno, cada uno en el ejercicio de sus respectivas competencias, para, de este modo, asegurar el logro de objetivos y metas de conjunto que contribuyan a equiparar las oportunidades de desarrollo a las que pueden acceder sus ciudadanos en cualquier lugar del país.

Para llegar a sus ciudadanos, el Estado unitario y descentralizado requiere poner en juego mecanismos efectivos de coordinación y cooperación entre los niveles de gobierno y las entidades que componen la organización del Estado³³.

4. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL MARCO DEL ACUERDO NACIONAL

El Acuerdo Nacional es el conjunto de políticas de Estado elaboradas y aprobadas sobre la base del diálogo y del consenso con el fin de definir un rumbo para el desarrollo sostenible del país y afirmar su gobernabilidad democrática (Acuerdo Nacional año).

Dentro de las políticas de Estado del Acuerdo Nacional, se encuentra recogida la “[d]escentralización política, económica y administrativa para propiciar el desarrollo integral, armónico y sostenido del Perú”(Política N° 8).

Al respecto, el Acuerdo Nacional señala el compromiso de desarrollar una integral descentralización política, económica y administrativa, transfiriendo progresivamente competencias y recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales con el fin de eliminar el centralismo. Además, se establece que se construirá un sistema de autonomías políticas, económicas y administrativas, basado en la aplicación del principio de subsidiariedad y complementariedad entre los niveles de gobierno nacional, regional y local del Estado, con el fin de fortalecer estos últimos y propiciar el crecimiento de sus economías. Con ese objetivo, el Estado, entre otras cosas, se comprometió a “establecer una clara delimitación de funciones, competencias y mecanismos de coordinación entre los tres niveles de gobierno”.

A su vez, en la Política de Estado N° 19, en materia de desarrollo sostenible y gestión ambiental, se encuentra establecido el compromiso de institucionalizar la gestión ambiental, para proteger la diversidad biológica, facilitar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, asegurar la protección ambiental y promover centros poblados y ciudades sostenibles. Con ese objetivo el Estado, entre otras cosas, “fortalecerá la institucionalidad de la gestión ambiental optimizando la coordinación entre la sociedad civil, la autoridad ambiental nacional, las sectoriales y los niveles de gestión descentralizada, en el marco de un sistema nacional de gestión ambiental”.

33 Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública aprobada mediante, Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, Item 3.3

III. EL ROL DE LOS NIVELES DESCENTRALIZADOS DE GOBIERNO EN LA INSTITUCIONALIDAD Y POLÍTICA AMBIENTAL PERUANA

Las competencias ambientales del Estado son ejercidas por organismos constitucionalmente autónomos, autoridades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, de conformidad con la Constitución y las leyes que definen sus respectivos ámbitos de actuación, funciones y atribuciones, en el marco del carácter unitario del Estado³⁴.

Con esta premisa, se revisará a continuación, la regulación que en materia de descentralización se encuentra en la legislación ambiental así como en la política ambiental peruana.

1. EN LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

La Ley General del Ambiente señala que los gobiernos regionales y locales ejercen sus funciones y atribuciones de conformidad con lo que establecen sus respectivas leyes orgánicas y con lo dispuesto en la propia ley. Se ha dejado establecido, también, la obligación de las autoridades regionales y locales, de coordinar y consultar entre sí, y con las autoridades nacionales, con el fin de armonizar sus políticas, evitar conflictos o vacíos de competencia en el ejercicio de sus funciones ambientales a efectos de responder, con coherencia y eficiencia, a los objetivos y fines de dicha Ley y del Sistema Nacional de Gestión Ambiental³⁵.

Las normas regionales y municipales en materia ambiental deben guardar concordancia con la legislación de nivel nacional³⁶. Sin embargo, existen diversas resoluciones del Tribunal Constitucional que dan constancia de las diferencias interpretativas entre el nivel nacional de gobierno y los gobiernos regionales en relación con la aplicación de esta regla. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las ordenanzas regionales N° 031-2005-GRC/CRC (expedida por el Gobierno Regional de Cuzco), y las N° 015-2004-CR-GRH y N° 027-2005-E-CR-GRH (expedidas por el Gobierno Regional de Huánuco³⁷, relacionadas con la legalización del consumo de hoja de coca.

34 Ley 28611 - Ley General del Ambiente, Artículo 52°

35 Ley 28611 - Ley General del Ambiente, Artículo 59°

36 Incluso, en el Artículo 60 de la Ley General del Ambiente, se encuentra establecido que los gobiernos regionales y locales informan y realizan coordinaciones con las entidades con las que comparten competencias y funciones, antes de ejercerlas.

37 Tribuna Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC

Asimismo, la Ley General del Ambiente refiere que los gobiernos regionales, en coordinación con las comisiones ambientales regionales y la Autoridad Ambiental Nacional, implementan un Sistema Regional de Gestión Ambiental³⁸. A su vez, corresponde a los gobiernos locales organizar el ejercicio de sus funciones ambientales, en base a sus recursos, necesidades y el carácter transversal de la gestión ambiental. Deben implementar un Sistema Local de Gestión Ambiental³⁹.

Estos sistemas de gestión son parte del Sistema Nacional de Gestión Ambiental que constituye el mecanismo en el que se debería sustentar el ejercicio de competencias ambientales y la integración de estas entre los diversos niveles de gobierno, tal como veremos a continuación.

2. EN LA LEY MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE GESTIÓN AMBIENTAL

El Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA) organiza la gestión funcional y territorial en materia ambiental y de recursos naturales del país (Ministerio del Ambiente 2016). Creado en el año 2004, el SNGA tiene por finalidad orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, programas y acciones destinados a la protección del ambiente, y contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales⁴⁰. En suma, el SNGA busca asegurar el cumplimiento de la Política Nacional del Ambiente (Ministerio del Ambiente 2016).

El SNGA se compone de instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos especializados⁴¹ e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejerzan competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los sistemas regionales y locales de gestión ambiental, que cuentan con la participación del sector privado y la sociedad civil.

Este sistema de gestión pública constituye un sistema funcional⁴², en el marco de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y surge como respuesta al carácter transversal, transsectorial y descentralizado de las funciones y competencias en materia ambiental y de recursos naturales que tienen los diferentes niveles de gobierno, articulando al sector privado y la sociedad civil. Su operación debería permitir la articulación de los sistemas funcionales ambientales como los sistemas territoriales ambientales (Ministerio del Ambiente 2016).

38 Ley 28611 - Ley General del Ambiente, Artículo 61°

39 Ley 28611 - Ley General del Ambiente, Artículo 62°

40 Ley 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Artículo 3°

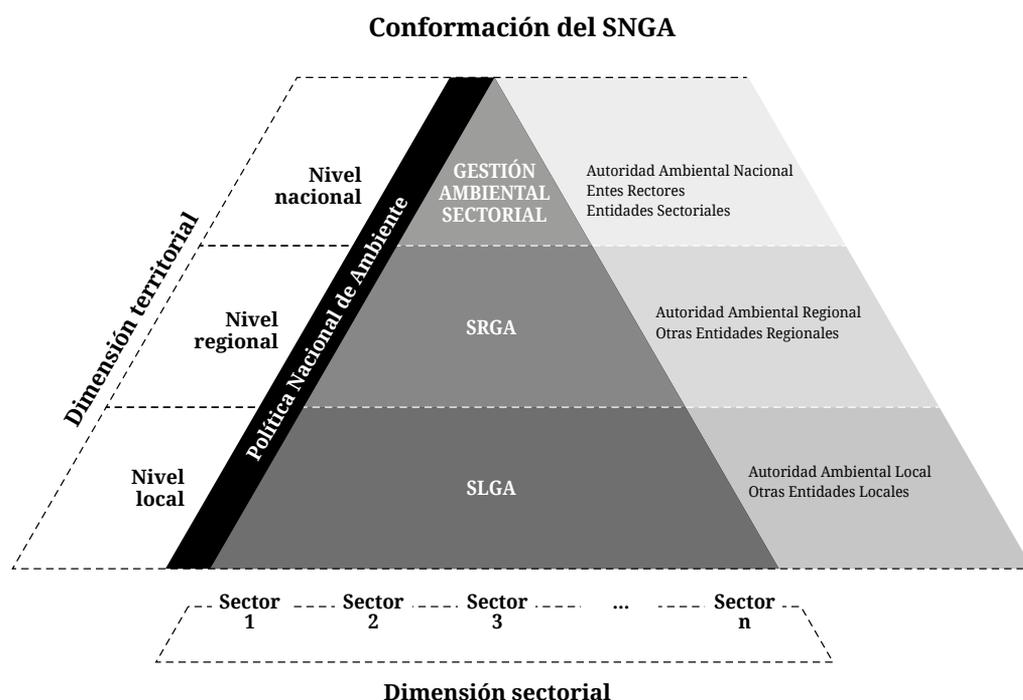
41 De acuerdo con la denominación dada por la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Artículo 31°

42 Según lo señalado en el Artículo 45° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los sistemas funcionales tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado

El SNGA, en su implementación, comprende las siguientes dimensiones de integración (Ministerio del Ambiente 2016):

- **Dimensión sectorial:** La dimensión sectorial del SNGA responde a reconocer que, dentro de la transversalidad de la gestión ambiental, se requiere la integración entre los sectores con competencia ambiental del nivel nacional, con el fin de que se proyecte en los niveles regional y local, y se garantice una integración multisectorial en la implementación de la Política Nacional del Ambiente. En esta dimensión, se considera a los siguientes sectores:
 - Agricultura
 - Vivienda, urbanismo, construcción y saneamiento
 - Energía y minas
 - Industria
 - Pesquería
 - Transportes
 - Turismo
 - Salud
 - Defensa

- **Dimensión territorial:** La dimensión territorial del SNGA, se sustenta en la interdependencia que se genera en el funcionamiento del SNGA en los distintos niveles de gobierno, para lograr una gestión ambiental descentralizada, a través de la proyección del SNGA en los ámbitos territoriales (sistemas territoriales del SNGA) de la siguiente manera:
 - Sistemas Regionales de Gestión Ambiental (SRGA), que son de responsabilidad de los gobiernos regionales.
 - Sistemas Locales de Gestión Ambiental (SLGA), que son de responsabilidad de los gobiernos locales.



Fuente: Ministerio de Ambiente (2016)

Los sistemas regionales de gestión ambiental tienen como finalidad desarrollar, implementar, revisar y corregir la política ambiental regional y las normas que regulan su organización y funciones en el marco político e institucional nacional para guiar la gestión de la calidad ambiental, el aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos naturales, y el bienestar de su población⁴³. Son integrados por un conjunto organizado de entidades públicas, privadas y de la sociedad civil que asumen diversas responsabilidades y niveles de participación. Son parte componente del SNGA y se regulan mediante una ordenanza regional, previa opinión favorable de la Autoridad Ambiental Nacional.

Los sistemas locales de gestión ambiental tienen como finalidad desarrollar, implementar, revisar y corregir la política ambiental local y las normas que regulan su organización y funciones, en el marco político institucional nacional y regional para guiar la gestión de la calidad ambiental, el aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos naturales, y el mayor bienestar de su población. El Sistema Local de Gestión Ambiental se desarrolla en el marco del SNGA y se regula mediante una ordenanza municipal, previa opinión favorable de la Autoridad Ambiental Nacional⁴⁴.

43 Decreto Supremo N° 008-2005-PCM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Artículo 37°

44 Decreto Supremo N° 008-2005-PCM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Artículo 45°

Dado que el SNGA funciona a través de la implementación de las políticas, normas e instrumentos de gestión ambiental, que sirven para dar cumplimiento a la Política Nacional del Ambiente (Ministerio Ambiente 2016), a continuación, se revisará qué señala la Política Nacional del Ambiente en materia de descentralización.

Una instancia de participación descentralizada que ha tenido importante desarrollo han sido las comisiones ambientales regionales (CAR), así como las comisiones ambientales locales (CAM). Si bien estas no constituyen órganos establecidos para la toma de decisiones, sí han servido para abrir el camino hacia la participación activa de todas las entidades involucradas en la gestión ambiental regional.

3. EN LA POLÍTICA NACIONAL DEL AMBIENTE

En cumplimiento del mandato constitucional⁴⁵, en el año 2009 se aprobó formalmente la Política Nacional del Ambiente (PNA)⁴⁶. Las políticas y normas ambientales de carácter nacional, sectorial, regional y local deben diseñarse y aplicarse de conformidad con lo establecido en la PNA⁴⁷. De esta manera, ha quedado establecida la necesaria sujeción a esta política nacional en el ejercicio de competencias ambientales en los diversos niveles de gobierno, incluidos (y particularmente) los niveles descentralizados de gobierno.

De acuerdo con lo señalado en la Ley General del Ambiente, la PNA tiene como propósito definir y orientar el accionar de las entidades del Gobierno nacional, regional y local, así como del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental⁴⁸. De allí su importancia y la necesidad de conocer y aplicar sus contenidos.

Uno de los ejes de política establecidos en la PNA es el referido a la gobernanza ambiental. Dentro de sus objetivos, se establece que se busca lograr que el SNGA ejerza, de manera eficiente y eficaz sus funciones en los tres niveles de gobierno bajo la rectoría del Ministerio del Ambiente⁴⁹.

Este eje de política, comprende la temática referida a la institucionalidad ambiental, dentro de cuyos lineamientos de política se señala lo siguiente⁵⁰:

- Afianzar el SNGA y de sus instancias de coordinación y concertación
- Impulsar la diferenciación y la complementariedad de las competencias ambientales institucionales en los tres niveles de gobierno

45 Constitución Política del Perú 1993, Artículo 67°

46 Mediante Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM

47 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, Artículo 8.2

48 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, Artículo 8.1

49 Política Nacional del Ambiente, Eje de Política 3, Gobernanza Ambiental, Objetivos.

50 Política Nacional del Ambiente, Eje de Política 3, Gobernanza Ambiental. Institucionalidad Ambiental, Lineamientos de Política.

Por tanto, la PNA enfatiza en la necesidad de un fortalecimiento institucional que permita afianzar el ejercicio de competencias ambientales en el marco del SNGA y bajo la dirección de su ente rector (el Minam).

4. ROL DEL MINAM EN MATERIA DE DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización ha tenido un rol importante en el ámbito de competencias de la Autoridad Ambiental Nacional. En efecto, desde la creación del Consejo Nacional del Ambiente (Conam 1994), los gobiernos regionales y locales han tenido una participación activa en la gestión ambiental. Así, por ejemplo, dentro del Consejo Directivo del Conam, se debía contar con un representante de los gobiernos regionales, así como un representante por los gobiernos locales, elegido por los alcaldes provinciales de las provincias capitales de departamento⁵¹.

Dentro de las funciones generales del Ministerio del Ambiente (Minam, 2008), se encuentra la referida a coordinar la implementación de la política nacional ambiental con los sectores, los gobiernos regionales y los gobiernos locales⁵², así como prestar apoyo técnico a los gobiernos regionales y locales para el adecuado cumplimiento de las funciones transferidas en el marco de la descentralización⁵³.

A su vez, al Minam le corresponde coordinar y hacer seguimiento del adecuado ejercicio de las competencias ambientales en los diversos niveles de gobierno, en su rol de ente rector del SNGA⁵⁴. Esta constituye una función otorgada a este ministerio en la Ley N° 30011 - Ley que modificó la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Sin embargo, esta función no ha sido objeto de reglamentación hasta la fecha.

De acuerdo con lo establecido en su norma de creación, el Minam debía elaborar la matriz de delimitación de las competencias y funciones de los tres niveles de gobierno, la cual debía ser aprobada por decreto supremo, previa opinión favorable de la Secretaría de Gestión Pública y la Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros^{55 56}. Sin embargo, el Minam, hasta la fecha, no ha cumplido con la aprobación de su respectiva matriz de competencias.

Asimismo, la Ley de creación del Minam tampoco cumplió con establecer el detalle de las competencias exclusivas y compartidas de este ministerio con los gobiernos regionales y gobiernos locales, tal como había sido dispuesto por la Ley Orgánica del Poder

51 Ley N° 26410 - Ley de creación del Consejo Nacional del Ambiente, Artículo 6°

52 Decreto Legislativo N° 1013. Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, Art. 6 c)

53 Decreto Legislativo N° 1013. Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, Art. 6 d)

54 Decreto Legislativo N° 1013. Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, Art. 7 s)

55 La norma estableció un plazo de 60 días hábiles, a contarse a partir del 24 de mayo del 200

56 Decreto Legislativo N° 1013. Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. Quinta Disposición Complementaria Transitoria.

Ejecutivo que señaló que ello debía ser especificado en las leyes de organización y funciones de los distintos ministerios⁵⁷.

No obstante, lo que sí estuvo regulado en la norma de creación del Minam fue la creación de la Comisión Ambiental Multisectorial⁵⁸, como órgano de la Alta Dirección, en el que se encuentra considerada la participación de representantes de los gobiernos regionales y locales. Esta comisión se encuentra a cargo de coordinar y concertar a nivel técnico los asuntos de carácter ambiental entre los sectores⁵⁹. Su composición y sus funciones se rigen por las disposiciones aplicables a la Comisión Ambiental Transectorial, regulada por la Ley N° 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

De acuerdo con dicha norma⁶⁰, esta Comisión está encargada de coordinar y concertar a nivel técnico los asuntos de carácter ambiental que someta a su consideración. Está integrada por los viceministros de los sectores, o quien haga sus veces; por los jefes de los organismos públicos especializados que poseen competencias y responsabilidades ambientales y, por un representante de los gobiernos regionales así como un representante de los gobiernos locales.

Esta comisión constituye una interesante oportunidad para contar con un órgano de concertación intergubernamental que está siendo implementado de manera limitada por el Minam. El pleno de esta comisión no se reúne desde hace varios años⁶¹.

Por último, cabe señalar que en el año 2014, el Minam aprobó una estrategia para el reforzamiento ambiental descentralizado⁶², la cual es una importante herramienta que está buscando orientar y fortalecer la descentralización en materia ambiental, así como a contribuir al reforzamiento de la gestión ambiental regional y local, en el marco del proceso de modernización del Estado.

57 Ley N° 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Cuarta Disposición Complementaria.

58 Decreto Legislativo N° 1013. Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, Artículo 14°

59 La norma hace referencia a coordinación entre sectores, pero se cuenta con participación de los niveles descentralizados de gobierno.

60 En concordancia con lo señalado en el Artículo 16° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

61 Se tiene conocimiento que las últimas reuniones del pleno de la Comisión se realizaron durante la gestión del Ministro Antonio Brack (2008-2011). Luego de cinco años de inactividad, en el mes de abril del 2016, se promulgó la Resolución Suprema N° 04-2016-MINAM, mediante la cual se conformó un grupo de trabajo de la Comisión Multisectorial Ambiental, de naturaleza temporal, dependiente del Minam, cuyo objeto es revisar y evaluar las recomendaciones del Estudio del Desempeño Ambiental del Perú CEPAL/OCDE, así como elaborar un plan de acción para su implementación. Con fecha 21 de octubre, este grupo de trabajo aprobó el mencionado plan de acción.

62 Aprobada mediante Resolución Ministerial N° 254-2014-MINAM

IV. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN AMBIENTAL

Si bien el SNGA tiene un componente importante de descentralización al contar con sistemas regionales y sistemas locales de gestión ambiental, cabe preguntarse cómo se está dando el ejercicio de competencias ambientales en el nivel descentralizado de gobierno.

1. LA TRANSFERENCIA DE FUNCIONES AMBIENTALES

Antes de abordar lo relacionado con la transferencia de funciones ambientales, se debe definir los alcances de lo que se considera como tales.

Tanto la LOGGRR, como los diversos planes anuales de transferencia aprobados por la Presidencia del Consejo de Ministros desde el año 2004 al 2010 toman como eje para la transferencia de funciones ambientales del nivel nacional al nivel regional de gobierno el listado de funciones comprendidas en el Artículo 53° de la LOGGRR, excluyendo las funciones en materia de demarcación territorial que fueron asignadas como competencia de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Así, el listado de funciones ambientales a ser objeto de transferencia comprendió las siguientes⁶³:

Artículo 53°. Funciones en materia ambiental y de ordenamiento territorial:

- a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, en concordancia con los planes de los gobiernos locales
- b) Implementar el sistema regional de gestión ambiental, en coordinación con las comisiones ambientales regionales
- c) Formular, coordinar, conducir y supervisar la aplicación de las estrategias regionales respecto a la diversidad biológica y sobre cambio climático, dentro del marco de las estrategias nacionales respectivas
- d) Proponer la creación de las áreas de conservación regional y local en el marco del Sistema Nacional de Áreas Protegidas
- e) Promover la educación e investigación ambiental en la región e incentivar la participación ciudadana en todos los niveles

63 Este listado se encuentra en el Plan Anual de Transferencias del MINAM correspondiente al año 2016 (anexo 02).

- h) Controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre uso racional de los recursos naturales, en su respectiva jurisdicción. Imponer sanciones ante la infracción de normas ambientales regionales
- i) Formular planes, desarrollar e implementar programas para la venta de servicios ambientales en regiones con bosques naturales o áreas protegidas⁶⁴
- j) Preservar y administrar, en coordinación con los gobiernos locales, las reservas y áreas naturales protegidas regionales que están comprendidas íntegramente dentro de su jurisdicción, así como los territorios insulares, conforme a ley

Los planes anuales de transferencia sectoriales aprobados por el Minam se iniciaron en el 2009 y siguen funcionando hasta la fecha, el último fue aprobado en el año 2016. Anteriormente, las transferencias de funciones se dieron en el marco de la transferencia de funciones de la PCM, en tanto la autoridad que antecedió al Ministerio del Ambiente, el Conam, se encontraba adscrito a dicho sector.

Estos planes han incluido, básicamente, actividades de capacitación. No se incluyó la transferencia de funciones sustantivas. Una excepción a esta regla fue el Plan Anual de Transferencia correspondiente al año 2013⁶⁵, en el que se hizo referencia a lo siguiente:

Los Organismos Adscritos al Ministerio del Ambiente, no han programado para el presente año iniciar procesos de transferencia de funciones, excepto el organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, que establece en el Informe N° 124-2013-OEFA/OAJ, la necesidad de programar el inicio del proceso de transferencias de funciones, debido a que se evidencia la necesidad de una fiscalización ambiental efectiva del sector hidrocarburos por parte de los Gobiernos Regionales.

Sin embargo, en este mismo plan, en el anexo 1 correspondiente al cronograma de actividades no se incluyó el detalle de las acciones a realizar con relación a la transferencia de estas funciones en particular. Ello tampoco fue considerado en los posteriores planes anuales de transferencia.

Cabe señalar que en el año 2009 se declaró concluido el proceso de transferencia de funciones sectoriales en materia ambiental y de ordenamiento territorial respecto de 21 regiones⁶⁶, por lo que quedó pendiente el cierre de dicho proceso con los gobiernos

64 De acuerdo con lo señalado en el Plan Anual de Transferencias del Minam correspondiente al año 2016, esta función, en el contexto actual equivale a formular planes, desarrollar e implementar programas para la retribución por servicios ecosistémicos en las regiones, como aquellas con bosques naturales, áreas naturales protegida u otros.

65 Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 280-2013-MINAM.

66 Mediante Decreto Supremo N° 300-2009-EF. Cabe señalar que en esta misma norma se autorizó una transferencia de partidas en el presupuesto público de alrededor de 58.000.00; a ser dividido entre las indicadas 21 regiones, lo cual, a todas luces, constituye un presupuesto exiguo.

regionales de Callao, Huánuco, Arequipa y Lima, lo cual se efectivizó recién en el año 2016⁶⁷. La efectivización de las transferencias a estos cuatro gobiernos regionales fue señalada como las transferencias pendientes (conjuntamente con la transferencia a la Municipalidad Metropolitana de Lima) dentro del Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales y Desarrollo de la Gestión Ambiental Descentralizada correspondiente al año 2016⁶⁸.

En materia de transferencia a los gobiernos municipales, a la fecha no ha habido plan anual de transferencias que lo haya abordado quedando este como un tema pendiente para ser objeto de desarrollo en el futuro. Sin embargo, estas autoridades ejercen las competencias que les fueron asignadas desde la anterior Ley Orgánica de Municipalidades (LOM); sin requerir de proceso de transferencia alguno.

Esto último fue reconocido de este modo en el Plan Anual de Transferencias del año 2005, el cual señaló que el proceso de transferencia de funciones sectoriales a los gobiernos locales solo son materia de transferencia aquellas funciones que les han sido asignadas por primera vez a las municipalidades provinciales y distritales en el marco de las disposiciones de la LOM⁶⁹.

2. REFLEXIONES EN TORNO AL PROCESO DE TRANSFERENCIA DE FUNCIONES AMBIENTALES

A partir de la normatividad en materia de descentralización en general y en materia de descentralización ambiental en particular, corresponde formular algunas reflexiones alrededor de la necesidad de una gestión ambiental efectivamente descentralizada.

2.1 LA NATURALEZA DE LAS FUNCIONES OBJETO DE TRANSFERENCIA

Una primera reflexión está relacionada con los alcances de las “funciones ambientales”, tal como fueron entendidas en la normativa en materia de descentralización. Como se ha observado, únicamente las funciones contenidas en el Artículo 53° de la LOGRR han sido aquellas consideradas como tales.

Agrupando temáticamente las funciones contenidas en dicho artículo, se puede señalar que estas comprenden las siguientes funciones:

67 Resolución Ministerial N° 264-2016-PCM del 23 de diciembre del 2016.

68 Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 146-2016-MINAM.

69 Véase Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2005, aprobado mediante Decreto Supremo N° 052-2005-PCM. Item I.

- Política regional y sistemas regionales de gestión ambiental
- Estrategias regionales en materia de diversidad biológica y cambio climático, servicios ambientales y áreas naturales protegidas regionales
- Participación ciudadana, educación e investigación ambiental en la región
- Fiscalización ambiental de normas de nivel regional

Cabe resaltar que todas estas son funciones propias del nivel regional de gobierno, no constituyen funciones que hayan sido ejercidas en el nivel nacional de gobierno y que, por tanto, corresponda que sean transferidas a los niveles regionales. La lógica básica de toda transferencia consiste en que uno transfiere aquello que tiene; sin embargo, en este caso, ello no fue así.

Por ejemplo, la aprobación de los sistemas regionales de gestión ambiental empezó desde el 2001⁷⁰, pero, en el marco del proceso de descentralización, la transferencia de estas funciones se comenzó a partir del primer plan anual de transferencias, aprobado en el 2004. En ese año, diez gobiernos regionales aprobaron la creación de sus respectivos sistemas regionales de gestión ambiental (Ministerio del Ambiente 2014). Por tanto, cuando en el año 2009⁷¹ se culminó la transferencia de las funciones comprendidas en el Artículo 53º, el único gobierno regional que tenía pendiente la aprobación de su respectivo sistema regional era el de Lambayeque. Todas las demás regiones ya contaban con la respectiva ordenanza regional que creaba dicho sistema y, por tanto, la transferencia fue más bien una mera formalidad antes que una real transferencia de funciones.

De similar manera, en el caso de las políticas ambientales regionales. En el año 2003, la región Ayacucho aprobó su política ambiental regional. En el año 2004, seis regiones también hicieron lo propio. Sin embargo, fue en el 2009 que se efectiviza la transferencia de competencias en este rubro.

A su vez, las estrategias regionales de diversidad biológica de la Región San Martín como también la de la Región Loreto fueron aprobadas en el año 2006, antes de la efectivización de la transferencia de funciones que ocurrió en el año 2009. En otras palabras, se transfirió a los gobiernos regionales una función que era ejercida por este nivel de gobierno. Una vez más, una transferencia meramente formal, no real, de funciones ambientales.

Por otro lado, no se debe dejar de mencionar, lo que constituye un problema estructural al cual se enfrenta una autoridad como el Minam en el ámbito de la descentralización ambiental y es el relativo a la naturaleza transectorial de la temática ambiental.

70 La Región San Martín fue la primera en contar con un SRGA en el año 2001.

71 No se considera los cuatro gobiernos regionales que recién culminaron sus transferencias en el año 2016.

En efecto, si bien el Artículo 53° de la LOGGRR regula las “funciones en materia ambiental y ordenamiento territorial” en realidad la regulación ambiental se encuentra dispersa a lo largo de dicha norma, lo que constituye un componente de los diversos temas sectoriales propios de las diferentes autoridades sectoriales. Por ejemplo, los temas ambientales que regulan el sector minero energético no se encuentran desarrollados en el artículo ambiental de dicha norma (el Artículo 53°) sino en el artículo que corresponde a las funciones en materia de energía, minas e hidrocarburos (Artículo 59°).

Esto que parece ser simplemente un tema de ubicación conceptual del tema ambiental, que tiene importantes repercusiones en tanto que, en el proceso de descentralización de las funciones hacia los gobiernos regionales, la transferencia de funciones se encuentra asignada a cada sector en función al ámbito temático correspondiente a los listados de funciones comprendidos en dicha norma.

El contenido del Artículo 53° de la LOGGRR, según entendemos, tomó como sustento el estado de lo vigente hasta ese momento. Ese sentido, el referente fue la normativa que regulaba la gestión ambiental regional en ese entonces, la cual se encontraba desarrollada en la Ley del SNGA y su Reglamento. No se analizó si una determinada función era o no una función ambiental por su propia naturaleza.

A nuestro modo de ver ello, explicaría la razón por la cual ciertas funciones que por su naturaleza son sustantivamente funciones ambientales, como la evaluación de impacto ambiental de proyectos de inversión, no fueron comprendidas dentro del listado de funciones contenido en el indicado Artículo 53° de la LOGGRR; como se detallará a continuación.

2.2 LA TRANSFERENCIA DE FUNCIONES EN MATERIA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Una función ambiental relevante que no fue considerada como parte de las funciones ambientales de los gobiernos regionales fue la evaluación de impacto ambiental de proyectos de inversión.

La evaluación de impacto ambiental constituye una herramienta que busca predecir los probables impactos ambientales de una determinada actividad a efectos de adoptar las medidas requeridas para disminuir los impactos negativos y potenciar aquellos positivos.

El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), regulado en la Ley N° 27446 y sus modificatorias, establece las reglas aplicables al proceso de evaluación de impacto ambiental de proyectos de inversión públicos y privados. El acto administrativo, a través del cual se aprueba, o desaprueba, un instrumento de gestión ambiental en el ámbito del SEIA, es la certificación ambiental.

De acuerdo con la Ley del SEIA, las autoridades a cargo de emitir la certificación ambiental⁷² pueden ser tanto las de nivel nacional como también los gobiernos regionales y gobiernos locales. Respecto de estas últimas, la Ley del SEIA señala que les corresponde emitir la certificación ambiental de proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia⁷³. Todas estas autoridades deben actuar bajo las directrices del Minam en su calidad de ente rector del SEIA.

Dado que la lógica del proceso de transferencia de funciones a los gobiernos regionales ha tomado como base el listado de funciones comprendidas en la LOGGRR, y considerando que la Ley del SEIA (abril 2001) se aprobó antes que la LOGGRR (noviembre 2002), se hubiera esperado que esta norma recogiese a la función de evaluación de impacto ambiental como una función ambiental a ser objeto de transferencia del nivel nacional al nivel regional de gobierno.

Sin embargo, a esta función únicamente se le encuentra en el listado de funciones en materia de energía, minas e hidrocarburos, en la que se señala como parte de las competencias de los gobiernos regionales la referida a “aprobar [...] los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) de su circunscripción...”⁷⁴. A partir de esta referencia a los PAMA instrumentos de gestión ambiental correctivos complementarios al SEIA⁷⁵, el Ministerio de Energía y Minas incorporó, en el primer plan anual de transferencias del año 2004⁷⁶, la transferencia de funciones de certificación ambiental para la pequeña minería y minería artesanal. Con esta base legal, se inició el proceso de transferencia de estas funciones, que comprenden también las actividades de menor escala en el ámbito de actividades eléctricas y de actividades de hidrocarburos.

Esto, a su vez, explica la razón por la cual hasta la fecha no se ha llegado a dar la transferencia de funciones en materia de certificación ambiental a favor de los gobiernos regionales en otros sectores, lo cual constituye un serio limitante para la implementación de un SEIA más cercano al ciudadano, particularmente respecto de la obtención de este permiso ambiental para actividades económicas de menor escala, las cuales se encuentran sujetas a la competencia del nivel nacional de gobierno.

Respondiendo a esta problemática, la Presidencia del Consejo de Ministros, en el año 2014, emitió una Resolución de Secretaría de Descentralización que reconoce que existen funciones especiales contempladas en normas especiales (y se hace expresa referencia a la Ley del SEIA) distintas a las señaladas en la LOGGRR las que deben incorporarse el proceso de transferencia de las mismas en los respectivos Planes Anuales de Transferencia de Competencias Sectoriales. Se dispone que los presidentes de las

72 A las que la Ley del SEIA denomina “autoridades de administración y ejecución”.

73 Ley N° 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Artículo 18°

74 Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 59 h)ar

75 Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Artículo 13°

76 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-2004-PCM

Comisiones Sectoriales de Transferencia prevean la transferencia de dichas funciones sectoriales⁷⁷. Sin embargo, hasta la fecha, ello no se ha efectivizado y continúa pendiente la transferencia de estas funciones, lo cual depende de cada Comisión de Transferencias Sectorial, que se encuentra sujeta a la rectoría del sector respectivo; a pesar de que el Minam es el ente rector en materia de evaluación de impacto ambiental.

Otra función ambiental de particular importancia es la fiscalización ambiental, tal como se observara a continuación:

2.3 LA TRANSFERENCIA DE FUNCIONES EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

La LOGGRR reconoce expresamente que los gobiernos regionales tienen competencias en fiscalización ambiental en materia de minería y energía⁷⁸, en agricultura⁷⁹, en pesquería⁸⁰, en transportes⁸¹ y en turismo⁸². Respecto de estas funciones, aquellas en materia de minería y energía (a partir del año 2004), pesquería y turismo han sido objeto de transferencia a los gobiernos regionales.

En estos casos, la problemática se centra en los aspectos organizacionales relacionados con el ejercicio de esta función en el ámbito regional.

La LOGGRR incluyó la regulación organizacional interna de los gobiernos regionales. Así, se consideró la creación de un conjunto de gerencias regionales, entre las cuales se consideró a la Gerencia de Desarrollo Económico (a la que le corresponde ejercer las funciones específicas regionales en los sectores industria, comercio, turismo, artesanía, pesquería, minería, energía e hidrocarburos y agricultura) y la Gerencia de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente (a la que le corresponde atender las funciones específicas sectoriales en materia de áreas protegidas, medio ambiente y defensa civil)⁸³.

Con la misma lógica sectorial del proceso de transferencia, las funciones de fiscalización ambiental que fueron objeto de transferencia se asignaron a la gerencia regional, en la se ubicaba la materia transferida.

Ello, que podría parecer la ubicación natural que debería tener la temática en razón de la especialidad de la materia significó, a nuestro parecer, un retroceso en el proceso de fortalecimiento de la fiscalización ambiental en el nivel regional de gobierno. Y es

77 Resolución de Secretaría de Descentralización N°018-2014-PCM/SD, Artículo 1°

78 Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 59 h)

79 Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 51 e)

80 Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 52 b), c), i)

81 Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 56 f), g)

82 Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 53 k)

83 Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 29-A

que, desde la creación del Organismo Supervisor de Inversiones en Energía y Minería (Osinergmin) en el año 2007, se buscó diferenciar entre el rol promotor de inversiones, que es el rol natural de un organismo sectorial (como lo es una autoridad ministerial) y el rol propio del ente fiscalizador de la actividad económica involucrada. Esta visión se consolidó con la creación, en el año 2008, del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como parte de la ley de creación del Minam, en calidad de organismo técnico especializado del sector ambiente, a cargo de la fiscalización ambiental de las actividades económicas que le sean transferidas. En esa línea, por la propia naturaleza de las cosas, es saludable que la promoción de la inversión y la fiscalización no se encuentren sujetas a la competencia de una misma autoridad sino que se encuentren bajo la competencia de autoridades diferentes ya que ambas son funciones que podrían llegar a ser incompatibles entre sí.

Sin embargo, en la transferencia de competencias de fiscalización ambiental, en el tema minero, esta función fue remitida a las direcciones regionales de energía y minas (DREM), dependencias que forman parte de las gerencias de desarrollo económico de los gobiernos regionales, las cuales se encuentran a cargo de la promoción del desarrollo de tales actividades a escala regional.

Esto constituye, a nuestro entender, un retroceso en el enfoque de fortalecimiento de la fiscalización ambiental en el ámbito regional, lo cual debería ser enfrentado con el empoderamiento que los propios gobiernos regionales deberían otorgarle a las gerencias de recursos naturales y gestión del medio ambiente, áreas muchas veces disminuidas en personal y presupuesto. En este sentido, sí constituye un avance importante la creación de autoridades ambientales regionales que integren en una sola oficina al conjunto de funciones ambientales asignadas a las diversas áreas de los gobiernos regionales⁸⁴.

Otro aspecto a tomar en cuenta, en el tema de fiscalización ambiental de las actividades minero energéticas en particular, son las funciones específicamente transferidas en esta materia a los gobiernos regionales. Sobre el particular, en los planes anuales de transferencia emitidos desde el año 2004, se encuentra únicamente la transferencia de la fiscalización ambiental en el ámbito de la pequeña minería y minería artesanal. No se programó ni ejecutó la transferencia de las funciones de fiscalización ambiental de otras actividades de menor impacto económico, tarea esta que, en aplicación del principio de subsidiariedad⁸⁵, debiera ser asumida por el nivel regional de gobierno.

Una posible explicación a tal omisión, en materia de actividades energéticas, podría encontrarse en el hecho de que la fiscalización ambiental de dichas actividades se

84 Tal como ha sucedido, con mayor o menor éxito, en la Región Arequipa y en la Región San Martín, entre otras.

85 Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, Artículo 4°. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad.

encontraba a cargo del organismo regulador (Osinerg, en aquel entonces) entidad que no gestionó transferencia de funciones alguna.

No obstante ello, dado que, desde el mes de marzo del 2011, el OEFA ha asumido la fiscalización ambiental de las actividades energéticas, se hace necesario iniciar efectivamente el proceso para la transferencia de la fiscalización ambiental de unidades menores (estaciones de servicio, gasocentros, unidades de generación y distribución eléctrica de menor envergadura, y similares) del nivel nacional de gobierno a los gobiernos regionales; ello, en aras de consolidar la descentralización en materia de fiscalización ambiental así como para dar una mayor racionalidad a la intervención de la autoridad de nivel nacional que debería concentrarse en los casos de mayor complejidad como son los propios derivados de la fiscalización ambiental en actividades de hidrocarburos de mayor magnitud⁸⁶.

Sin embargo, a pesar de que, como se ha mencionado anteriormente, en el Plan Anual de Transferencias del año 2013 se incluyó una referencia expresa al respecto; ello no llegó a ser desarrollado, por lo que fue necesaria su incorporación en el plan correspondiente al año 2017.

3. TEMAS PENDIENTES EN LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN AMBIENTAL

En un documento publicado por el Acuerdo Nacional⁸⁷, se señala un conjunto de temas considerados como aspectos clave para renovar la agenda de la descentralización en general. Tomando este documento como referente, a continuación, se abordarán cuatro temas allí señalados y se aplicarán al ámbito de la gestión ambiental descentralizada.

3.1 DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS⁸⁸

Es necesario avanzar en el desarrollo de la gestión descentralizada con enfoque de servicio al ciudadano, tal como estableció el Decreto Supremo 047- 2009-PCM (Plan Anual de Transferencias correspondiente al año 2009) y recoge la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, para precisar las funciones de cada nivel de gobierno en las materias de competencia compartida.

En ese marco, se requiere precisar las competencias exclusivas que corresponden a cada nivel de gobierno a lo largo del ciclo de producción de los bienes y servicios

86 Se conoce que a la fecha, se cuenta con un aproximado de 4 500 procedimientos administrativos sancionadores en trámite ante la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA. De este número, un 45% corresponde a procedimientos derivados de acciones de fiscalización a actividades de menor escala.

87 Este documento es *Análisis comparativo de balances sobre el proceso de descentralización*.

88 En base al *Análisis comparativo de balances sobre el proceso de descentralización*.

públicos de responsabilidad compartida entre dos o más niveles, en función de asegurar en conjunto cobertura, calidad y equidad crecientes en la provisión de dichos bienes y servicios a la población, considerando su diversidad y la de los ámbitos territoriales donde viven y se desarrollan.

En correspondencia con ello, se debería cumplir con adecuar las leyes de organización y funciones (LOF) de los ministerios concernidos, tanto de aquellos que ya la tienen vigente como de aquellos que aún la tienen pendiente de aprobación, según corresponda.

En el caso de la Ley de Organización y Funciones del Minam, no se realizó esta delimitación de funciones, por lo que correspondería actualizar esta normativa a efectos de incorporar las precisiones que sean requeridas de manera tal que cada instancia de gobierno tenga claramente establecido cuáles son sus funciones.

Por otro lado, la LOF del Minam establece la Comisión Ambiental Multisectorial se debería constituir en un espacio vivo para la coordinación interinstitucional, incluidos los diversos niveles de gobierno. Es necesario reactivar la operación de este mecanismo en su integridad, y no solamente operar a través de grupos de trabajo, tal como ocurre actualmente. A su vez, debería reactivarse la Comisión Intergubernamental Sectorial⁸⁹, que constituye el mecanismo para el desarrollo de la gestión descentralizada de las materias sectoriales de competencia compartida entre dos o más niveles de gobierno.

De igual manera, es necesario lograr la implementación del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales, que es el órgano establecido en la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental del año 2004 que hasta la fecha no ha llegado a ser implementado, pudiéndose constituir en un instrumento vivo para definir competencias en casos de conflictos positivos o negativos entre distintas entidades, en materia de ejercicio de funciones ambientales.

3.2 EL ROL DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN MATERIAS SECTORIALES⁹⁰

Más allá de las competencias que ya ejercían desde antes de la reforma constitucional del 2002, de lo poco avanzado en descentralización al nivel local, gran parte ha sido revertido (programas sociales, pilotos de educación y salud). En la mayoría de materias sectoriales, los entes rectores no tienen claro el valor público que pueden aportar los gobiernos locales en los servicios públicos correspondientes, con las variaciones que significa la gran diversidad de realidades locales que representan (distritos rurales de población dispersa y alta incidencia de pobreza, distritos urbanos con alta concentración de población desigualmente incluida y todas las gradaciones intermedias).

89 Este fue un mecanismo previsto en el Plan Anual de Transferencias Sectoriales 2009 aprobado mediante Decreto Supremo N° 47-2009-PCM.

90 Basado en el *Análisis comparativo de balances sobre el proceso de descentralización*.

Esto es particularmente crítico en el ámbito de la fiscalización ambiental. La actual redacción de la LOM permite interpretar que los gobiernos locales son competentes en todos los casos referidos a denuncias ambientales en la jurisdicción local. Incluso, en los casos relacionados con el ejercicio de competencias sectoriales, como podría ser el control de humos y gases, e incluso vertimientos, provenientes de actividades industriales, donde correspondería que intervenga tanto la autoridad de fiscalización ambiental sectorial como también la autoridad municipal respectiva. Ello podría conducir a conflictos de competencias lo que es contrario a los mandatos de modernización de la gestión pública.

3.3 SERVICIO CIVIL Y DESARROLLO DE CAPACIDADES⁹¹

El desarrollo de capacidades es una prioridad clave si se quiere realmente mejorar el desempeño agregado de la administración pública. Ello no se limita al desarrollo de capacidades en las personas; debe también alcanzar a las instituciones y ello requiere otro tipo de estrategias que no se circunscriben a la capacitación y formación de personas.

El fortalecimiento de capacidades humanas e institucionales en los gobiernos regionales y locales es indispensable si se quiere que la descentralización tenga éxito. El diseño de la política nacional de desarrollo de capacidades, así como la estrategia de implementación del nuevo régimen de servicio civil deben ser consistentes con esa prioridad.

Es indispensable que la implementación de la reforma del servicio civil abarque con prioridad a los niveles de funcionarios directivos de los gobiernos regionales y de las municipalidades mayores, donde están en juego los servicios públicos para mayores volúmenes de población.

Dada la especialidad que significa la materia ambiental, se requiere, con particular importancia, contar con un servicio civil capacitado para lograr que la toma de decisiones en este ámbito. En ese sentido, es necesaria la solidez técnica requerida a efectos de minimizar la posibilidad de errores que puedan significar la afectación de la calidad ambiental o el uso no sostenible de los recursos naturales, con los daños ambientales que ello podría significar.

3.4 FORTALECIMIENTO DE LA RECTORÍA DEL MINAM⁹²

Los organismos nacionales cabeza de sistemas funcionales y administrativos deben evolucionar de un rol principalmente ejecutor hacia uno predominantemente rector, cuyo alcance normativo debe ser definido más claramente.

91 Basado en el *Análisis comparativo de balances sobre el proceso de descentralización*.

92 Basado en el *Análisis comparativo de balances sobre el proceso de descentralización*.

Ello requiere que los órganos rectores desarrollen capacidades institucionales nuevas: regulación, desarrollo de capacidades descentralizadas, inducción del alineamiento de los gobiernos subnacionales mediante instrumentos de incentivo, entre otros.

Un aspecto clave para el desarrollo de la gestión descentralizada es que los ministerios del nivel nacional asuman efectivamente su función de rectoría. El concepto de rectoría fue introducido por la LOPE y luego retomado por el Decreto Supremo 047-2009-PCM -Plan Anual de Transferencias correspondiente al año 2009. Implica que, en las materias de competencia compartida, los ministerios migren de su rol tradicional de ejecutores directos de las políticas nacionales hacia un rol preferente de “directores de orquesta” de esas políticas, compartiendo su implementación con otros niveles de gobierno. Ello requiere el desarrollo de capacidades nuevas, que los ministerios y organismos nacionales no necesariamente han desarrollado; más bien, muestran tendencia a competir con los gobiernos subnacionales, ejecutando directamente obras y servicios públicos, muchas veces en las mismas materias y ámbitos territoriales en que lo hacen los gobiernos regionales y locales.

En el ámbito del sector ambiente, se hace necesaria la actualización de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental del año 2004 que, si bien establece la figura de los sistemas regionales y sistemas locales de gestión ambiental, ha quedado desfasada al haberse aprobado la normativa de creación del Minam (2008) con posterioridad a su aprobación.

El actual contenido de esta normativa responde a la ubicación y funciones que tenía anteriormente la autoridad ambiental nacional, como un organismo adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Sin embargo, con el esquema de competencias ambientales vigente este contenido ha sido objeto de un cambio estructural, lo cual no se ha reflejado en una modificatoria de esta Ley ni tampoco de su norma reglamentaria. Actualmente, los niveles descentralizados de gobierno continúan tomando como referente lo señalado por esta ley marco para el ejercicio de sus competencias ambientales dado que es la normativa vigente sobre la materia, lo cual hace más urgente la necesidad de formular dicha actualización.

Si bien el Minam es el ente rector del sector ambiente, este no solo debe ser entendido como el sector ambiental orgánico, es decir, como aquel que comprende al Minam y a sus organismos adscritos, sino que también debe llegar a entenderse que existe un sector ambiental funcional⁹³, en otras palabras, el que comprende a todas las diversas autoridades que ejercen competencias ambientales, sea en el nivel nacional, regional o local de gobierno (Aldana 2009).

93 La figura del sector ambiental funcional se encuentra recogida en el Artículo 5° de la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1013.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

- Nuestro país cuenta con un marco constitucional que impulsó el proceso de descentralización que está implementándose a la fecha y desde el año 2002.
- Un aspecto clave en el desarrollo constitucional en materia de descentralización se encuentra en la necesidad de integrar la autonomía de los niveles descentralizados de gobierno con la naturaleza unitaria del Estado peruano.
- El proceso de descentralización forma parte de la reforma del Estado que busca ser implementada en nuestro país y que tiene como fin último lograr un desarrollo integral, armónico y sostenible del país en beneficio de la población.
- Sin embargo, las normas orgánicas que regulan el accionar de los gobiernos regionales y de los gobiernos locales contienen reglas estructurales que limitan el fortalecimiento de una gestión ambiental descentralizada.
- En el caso de los gobiernos regionales, la identificación de funciones ambientales entendidas con un enfoque de intervención sectorial desconoció la posibilidad de que se incorporen funciones que son sustantivamente ambientales como es la referida a la evaluación de impacto ambiental (revisión y aprobación de estudios de impacto ambiental en general). A la fecha, la propia PCM ha reconocido que esta constituye una de las funciones que no fueron debidamente reguladas en la LOGGRR y que deben, también, ser objeto de transferencia bajo la responsabilidad de las respectivas comisiones sectoriales de transferencia. Esto cuestiona la rectoría del Minam en el ámbito del SEIA.
- Las transferencias de funciones ambientales a los gobiernos regionales, en la práctica, consistieron en meros formalismos pues se transfirieron funciones que ya eran ejercidas por los gobiernos regionales. Si bien, en el plan anual de transferencias del año 2013, se hizo referencia al inicio de transferencia de funciones en materia de fiscalización ambiental en materia de actividades energéticas de actividades de menor envergadura, ello no se llegó a concretar hasta la fecha.
- Otro aspecto relevante en lo relacionado con la transferencia de funciones en materia de fiscalización ambiental realizada por otros sectores hacia los gobiernos regionales se refiere a aspectos organizacionales en tanto que las funciones transferidas fueron asignadas al área del gobierno regional a cargo de la promoción de inversiones lo cual constituye una tendencia contraria a aquella que se ha dado en materia de fiscalización ambiental a nivel nacional. En efecto, desde la creación del Osinerg (1996), del Osinergmin (2007), y con mayor énfasis, con la creación del OEFA (2008), se ha estado buscando consolidar la separación orgánica entre la función promotora de inversiones y la función de fiscalización ambiental de proyectos de inversión. Sin embargo, en el nivel regional, las funciones transferidas fueron asignadas al área a cargo de la promoción de

inversiones, mas no así al área a cargo de la gestión ambiental a nivel regional. Ello, ha sido, con mayor o menor éxito, neutralizado por el esquema de Autoridad Ambiental Regional que se ha establecido en algunos gobiernos regionales, el cual busca concentrar a las diversas autoridades con competencias ambientales en el ámbito regional.

- En el caso de los gobiernos locales, la redacción de las funciones ambientales es amplia y comprensiva de manera que le da competencia a este nivel de gobierno en la atención de cualquier tipo de denuncias ambientales con lo cual se genera la posibilidad de duplicidad defunciones en materia ambiental particularmente respecto de las actividades económicas sujetas a las competencias de las autoridades ambientales sectoriales.
- En materia de transferencia de funciones sectoriales a los gobiernos municipales, hasta la fecha, no ha habido plan anual de transferencias que lo haya abordado, por lo que este tema ha quedado pendiente para ser objeto de desarrollo en el futuro. Sin embargo, estas autoridades ejercen las competencias que les fueron asignadas desde la anterior Ley Orgánica de Municipalidades, sin requerir de proceso de transferencia alguno.
- Dentro de los temas pendientes en materia de descentralización de la gestión ambiental, se encuentran aspectos relacionados con una mejor delimitación de competencias, una mayor claridad en la definición del rol de los gobiernos locales en materias sectoriales, el desarrollo de un servicio civil especializado en materia ambiental y el necesario fortalecimiento de la rectoría del Minam como autoridad ambiental nacional que tenga un rol protagónico en la consolidación de la gestión ambiental descentralizada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO NACIONAL

2016 *Análisis comparativo de balances sobre el proceso de descentralización*. Lima: Acuerdo Nacional

ALDANA, MARTHA

2009 “Institucionalidad Ambiental en el Perú”. *GN La Revista del Gas Natural*. Lima, Año I. Número I, pp. XX-XX.

BADÍA, Juan

1978 *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

2014 *Estudio de la descentralización en el Perú*. Lima: Contraloría General de la República

INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIAL CRISTIANOS. FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

2011 *Descentralización y Medio Ambiente*. Lima: Instituto de Estudios Social Cristianos.

MINISTERIO DEL AMBIENTE

2014 *Informe Nacional del Estado del Ambiente 2012-2013*. Lima: Ministerio del Ambiente

2016 *Guía del Sistema Nacional de Gestión Ambiental*. Lima: Ministerio del Ambiente

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL [OEFA]

2015 *Manual de competencias en fiscalización ambiental para gobiernos regionales*. Lima: OEFA

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO [OCDE]

2016 *Evaluaciones del desempeño ambiental: Perú. Aspectos destacados y recomendaciones*. Ciudad: Editorial

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

2009 *Plan Anual de Transferencia de competencias sectoriales a los gobiernos regionales y locales del año 2009*. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.

USAID

s.a *El ABC de la descentralización*. Ciudad: Editorial.

¿QUÉ PODEMOS ENTENDER POR AUTONOMÍA PARA EL CASO DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS? TENTANDO UNA RESPUESTA DESDE EL PLURALISMO JURÍDICO

Por: Gustavo Zambrano¹

SUMARIO

I. A manera de introducción o el escenario sobre el que nos movemos; II. Algunos puntos que no podemos dejar de lado al hablar del pluralismo jurídico; III. El “campo social semiautónomo” de Moore rebate ideas absolutas de la autonomía; IV. Volviendo al origen de nuestras preocupaciones analíticas. Concluyendo; V. Bibliografía.

RESUMEN

¿Qué podemos entender por autonomía en el caso de las comunidades campesinas y nativas en el Perú? En tanto es el título y objetivo del siguiente texto, la búsqueda por tener una respuesta nos remite a otras preguntas que, en su conjunto, suman al debate sobre la autonomía comunal. ¿Se establecen límites para la actuación comunal? ¿Hasta dónde se ejercen los sistemas normativos de las comunidades? ¿Las comunidades qué tan autónomas son? Para alcanzar esta tarea, ensayamos una serie de argumentos que, desde el pluralismo jurídico, en específico, desde los trabajos de John Griffiths y Sally Falk Moore, nos permiten dar respuesta a estas interrogantes, pero, sobre todo profundizar respecto a la teoría del pluralismo jurídico. Así, este ejercicio analítico busca sumarse a aquellos que ponen en cuestión el centralismo y el monismo legal, sin olvidar que no se puede pensar en absolutos.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Business Ethics por la Universidad de Linköping, Suecia. Especialista en gestión de estrategias, la implementación estatal de derechos de pueblos indígenas, derecho ambiental, y propuestas de gestión de conflictos socioambientales desde una perspectiva de responsabilidad social y diálogo intercultural. Ha sido parte del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, asesor del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura y jefe de la Unidad Ejecutora INDEPA. Es investigador del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, profesor de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios, de Antropología Jurídica, Sociología Jurídica, y Derecho de los Pueblos Indígenas, y profesor de la Maestría en Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo jurídico; autonomía; comunidades campesinas; comunidades nativas, libre determinación; pueblos indígenas.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN O EL ESCENARIO SOBRE EL QUE NOS MOVEMOS

No cabe duda de que el *pluralismo jurídico* ha ido ganando adeptos y seguidores en el país. Son muchos los que lo bosquejan no solo como una realidad, sino como parte sustantiva de la forma como nos organizamos. Representaría el sustrato que caracteriza el campo donde se ejercen derechos y, en particular, los de aquellos grupos con características culturales propias. Es hermano del derecho consuetudinario, o quizás el que le permite existir, pero para nada ajeno a otro tipo de formas jurídicas más urbanas, como los clubes o las mafias. Es la puerta de entrada para entender lo colectivo no solo como agrupaciones humanas, sino como espacios normativos que se sostienen en la configuración de reglas, pautas de conducta y sistemas de actuación que conversan con el derecho estatal. Es manifestación de la diversidad en clave jurídica.

Todo lo anterior, representa el ambiente de debate de lo que significa *pluralismo jurídico*. Pero, si bien este tema se encuentra bastante posicionado, ello no puede hacernos olvidar el contenido profundo detrás de este paradigma teórico práctico, en especial, cuando se le busca en la realidad.

Estamos de acuerdo en que es indudable que la realidad, el mundo, la humanidad son plurales, y en esa clave pueden existir, a su vez, diversos derechos, sistemas normativos, legales, jurídicos, que confluyen y compiten entre sí. Esto último significa que será necesario discutir, también, sobre la diversidad de tipo jurídica para ayudar a reflexionar más sobre la pluralidad de la sociedad en su conjunto.

Pero, y lo resaltamos, no debemos dejarnos apabullar por únicamente tal reconocimiento, que, si bien permite afirmar que el derecho estatal no está solo en el mundo sino acompañado por “otros derechos”, ello no lo libra de cuestionamientos de diverso tipo. Por ello, hay que revisar con detalle y cuidado todo el universo de temas que el *pluralismo jurídico* encierra y trae consigo, sobre todo cuando se dice que puede estar presente en una situación en particular. Y, claramente, revisar los fundamentos detrás de las afirmaciones que se hacen cuando se defiende esta posición al encontrarla en casos concretos. Ello, porque afirmar que estamos frente a situaciones de *pluralismo jurídico* no significa solo una revalorización de la diversidad, sino el reconocimiento de varios otros temas componentes que permiten justamente que ese pluralismo exista. Es por estas razones que afirmar su existencia en la realidad no puede entenderse

como una aplicación inmediata de la teoría para defender cualquier situación, cual cajón de sastre. Hay que reconocer la necesidad de ser cuidadosos y rigurosos en el trabajo por encontrar ello que conceptualizamos como *pluralismo jurídico*; pero, sobre todo, estudiar a profundidad y con cuidado cada caso desde las partes que suman el significado de este.

El presente texto constituye parte de la búsqueda por analizar una de aquellas ideas pilar que son haladas (al ser contenidas) por el *pluralismo jurídico*, y que, al estar bajo su luz, son defendidas muchas veces como cimientos incuestionables. En esta ocasión nos interesa en particular revisar lo que se puede entender por autonomía y, más específicamente, de la autonomía de las comunidades campesinas y nativas en el Perú.

En los últimos años se viene afirmando que los miembros de las comunidades campesinas y nativas en el Perú pueden ser miembros, a su vez, de algún pueblo indígena, y que, al serlo, se les reconocen como consecuencia los derechos colectivos que estos últimos tienen. Pero esto es una reciente interpretación (independientemente de que el Convenio 169 de la OIT esté vigente en Perú desde 1995). La Constitución Política peruana de 1993 había reconocido a las comunidades como manifestación de nuestra diversidad cultural, pero ello no fue hecho en términos de reconocimiento de lo indígena. Además, este reconocimiento se limitó a dos puntos, a pesar de resaltar lo diversos y pluriculturales que somos: se reconoció la autonomía de las comunidades (Artículo 89°) y el ejercicio de la jurisdicción especial (Artículo 149°), manifestaciones de esa pluralidad, pero acotado a estos supuestos. Lo comunal (más ligado a lo agrario y a lo rural) se sobreponía y predominaba sobre lo indígena, situación que sí ha ido cambiando, pero muy recientemente.

El marco constitucional peruano, al referir el derecho a la administración de justicia comunal o jurisdicción especial en el Artículo 149°, lo hace en tanto reconocimiento a una forma de hacer justicia dentro del ámbito de comunidades campesinas y nativas (con apoyo de las rondas campesinas, inclusive). Lo anterior resultaría una clara manifestación de un tipo de pluralismo jurídico: dos sistemas normativos confluyendo, lo que, además, es reconocido por el Estado peruano. Este pluralismo se sostendría en la capacidad que tienen las comunidades para decidir sobre sus asuntos desde sus prácticas socialmente institucionalizadas a manera de normas. Estaríamos ante un sistema normativo propio que coincide con el estatal. Pero el tema acá no es el reconocimiento, sino lo que ello significa. Este derecho ha sido entendido como ejercicio del derecho a la autonomía que tienen las comunidades y no como manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Veamos a qué nos estamos refiriendo, para entender luego qué es lo autónomo en el Perú en el caso comunal y, con ello, luego revisar sus fundamentos y examinar el tipo de pluralismo frente al que nos encontramos.

Es cierto que lo autónomo/comunal se puede desprender y sostener en la libre determinación indígena; pero las entradas conceptuales son distintas cuando no se agrega la variable de pueblo indígena en este análisis. La lectura del Artículo 149° se sostuvo

durante larga data en lo establecido en el Artículo 89° del texto constitucional, reconociendo sí que estamos frente a situaciones de pluralismo jurídico, pero entendidas estas desde la autonomía de estos grupos comunales para ordenarse en tanto comunidad. Pero, y hay que ir con cuidado, la comunidad no es un pueblo; es una forma de organización que pueden tener los miembros de los pueblos indígenas alrededor del manejo del suelo y la condición de comunidad dada bajo los marcos legales del Estado peruano. Por ello, lo que ha predominado es que lo autónomo se vincula con una forma que tienen las comunidades para organizarse internamente desde visiones agrarias y de usos colectivos del suelo. Y en ese ámbito es que lo autónomo se le enlaza con la creación de normas, la consolidación de formas de toma de decisión, y el establecimiento de sistemas de administración de justicia que apunten a mantener la paz colectiva y dar solución a conflictos que se puedan presentar dentro de sus ámbitos territoriales (Zambrano 2016).

Pero lo autónomo no se restringiría únicamente a este tipo de espacios de participación. En la última década, lo que ha venido sucediendo es una conjunción entre lo comunal con lo indígena, para poder “reentender” la condición de indígena de los miembros de las comunidades. Ello ha significado, a su vez, revisar lo que se comprende por autonomía, yendo más allá de las limitaciones de lo comunal en el marco del Artículo 89° constitucional, hacia toda forma de organización social que tenga el grupo. Así, incluso lo ha recogido y da a entender el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia del Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas del año 2012²:

42. Como ya se estableció, la función jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas es una manifestación de la autonomía reconocida a tales comunidades, pero, y esto es lo resaltante, no es la única. Por el contrario, existen otras formas en que esta autonomía es manifestada, como por ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan al territorio de la comunidad.

Lo autónomo así, se presenta en la propia forma de vida que tiene una comunidad. Es cómo la comunidad –en palabras sencillas– se ordena para vivir. Estamos frente a (una redefinición de) la autonomía más allá de las limitaciones del Artículo 89°, que restringe la organización a lo comunal, para superar esta situación hacia lo indígena como elemento que sí define una forma de vida culturalmente distinta que se ordena de manera propia y única (libre determinación). El punto de inflexión es que la libre determinación es un derecho del pueblo en tanto indígena, y no es un derecho de la comunidad por el solo hecho de serlo. Cabe insistir en que lo autónomo se desprende del derecho a la libre determinación, y que por ello será una manifestación de este último. Ahora, en el caso peruano, lo autónomo estaría representado en la organización comunal cuando sus miembros sean miembros a su vez de un pueblo indígena, donde lo comunal –entonces y también– sería una manifestación de la libre determinación del pueblo que se ha organizado de esta manera. Es el pueblo el que se ha visto

2 Sentencia recaída en el Expediente 01126-2011-HC/TC, 11 de setiembre del 2012.

organizándose bajo patrones colectivos, para, al ser autónomos, poder ejercer su libre determinación.

Y es acá donde hay que detenernos a revisar con cuidado. Las comunidades en efecto son autónomas, y evidencian la manera como un pueblo indígena (cuando sea el caso) puede estar ejerciendo su libre determinación. Pero *¿hasta dónde va esa autonomía? ¿Cuáles son sus límites?* No resulta complicado establecer el argumento que permite sostener –como lo venimos haciendo– que la forma comunal campesina o nativa resultaría una manifestación de la libre determinación indígena, siempre y cuando los miembros de tales comunidades, a su vez, pertenezcan a pueblos indígenas; y que ello no se restringe solo al mandato legal de conformación y reconocimiento, sino a la manera como se ordenan para vivir (autonomía). Pero ello no plantea situaciones absolutas, o al menos no significa que las comunidades sean completamente autónomas.

Para efectos de la presente exposición, y responder estas preguntas, planteamos dos escenarios para el ejercicio de la autonomía: primero, lo que denominaremos hacia adentro de la comunidad, donde la misma comunidad es la frontera de actuación de los miembros que la conforman; así, lo autónomo estará en la manera como –hacia adentro– el grupo se organiza (vive). Segundo, hacia afuera cuando la comunidad como colectivo se relaciona con otros actores sociales. En este caso lo autónomo se vincula con la capacidad de recibir injerencias foráneas que busquen cambios en la actuación de los miembros comunales y la forma cómo la comunidad se “defiende”, y viceversa, como la comunidad busca injerir en otros espacios.

No podemos dejar de lado que el ser autónomo es esta capacidad para organizarse internamente. Esto debe sumar la idea de que las comunidades (los individuos que la conforman) tienen esta libertad y que, como consecuencia, terceros no pueden ingerir, forzar cambios internos. Así, la capacidad que se posee como conjunto de individuos para establecer las pautas de regulación interna que tengan como sujeto colectivo es lo que les permite justamente ser identificados en el espectro de análisis del pluralismo jurídico. Por otro lado, ser autónomo plantea, a su vez, cómo se van a relacionar con lo externo, con lo que se interactúa. En este segundo espacio, hablamos de la capacidad de la comunidad para interactuar en tanto comunidad con un conjunto de actores sociales con los que se encuentra en el plano social. Uno de estos será el Estado, y con este, el conjunto de normas establecidas como derecho (oficial). El problema que algunos evidencian es que el Estado posee un conjunto de reglas que podrían estar por encima de aquellas que las comunidades tienen para esa interacción. El TC lo ha planteado de la siguiente manera, en el caso de las comunidades:

44. Al respecto, debe tomarse en cuenta que la autonomía de las comunidades nativas y campesinas debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal, siempre que no se desnaturalice la esencia del derecho.

El ser autónomo no pone a las comunidades en una situación por encima de los marcos estatales. El ser autónomo reconoce la capacidad para decidir cómo uno se organiza internamente, en efecto; y, a su vez, plantea cómo se debe dar la interacción y

reconocimiento con lo externo, pero con limitaciones. No niega la interacción, menos con el Estado; sería imposible en los hechos; esta se da y, al darse, entiende que hay ciertos marcos o líneas sobre las que se reproduce. Donde hay que acentuar el análisis es justamente en este último punto. Y es que son las normas estatales las que terminan estableciendo las pautas para la actuación con las comunidades en la mayoría de los casos. A manera de ejemplo, el Estado peruano al interactuar con las comunidades, lo haría de acuerdo a lo que el TC señala en la ya mencionada sentencia del caso Tres Islas:

45. Así pues, debe considerarse que esta autonomía no implica que las autoridades estatales no puedan, en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, ingresar, a fin de cumplir tales labores. Pero tal intromisión en el territorio indígena tendrá que ser debidamente justificada por la autoridad administrativa.

Siendo así, la comunidad posee niveles de libertad para actuar, pero el Estado, en determinados casos, intervendrá dentro de las fronteras comunales, generando rechazo, aceptación, o llevando el conflicto a enfrentamientos. Sobre la base de lo anterior, cabría decir que la autonomía no es absoluta, y de lo que estaríamos hablando es de autonomías limitadas. ¿Es eso posible? Sonaría a un oxímoron, pero no es así.

Para seguir dando respuesta a la serie de preguntas que nos hemos hecho, debemos recordar que hablar de comunidades campesinas y nativas es una manifestación del *pluralismo jurídico*, y repasar el significado de esto desde cómo se entiende la autonomía en el escenario que presenta esta pluralidad, pero desde una de sus características elementales. Si la realidad de estas comunidades refiere en la práctica de qué manera el *pluralismo jurídico* se evidencia en la cotidianeidad, entonces en la actuación social comunal se podría, a su vez, apreciar aquello que caracteriza el *pluralismo jurídico*. Luego, si un punto a tomar en cuenta es el de la autonomía que tienen los espacios normativos plurales distintos al Estado para actuar, entonces una comunidad reflejará dicha autonomía en su desenvolvimiento en sociedad. Esta última parte hemos visto que, inclusive, está reconocida constitucionalmente y ahora garantizada desde el marco de los derechos de los pueblos indígenas. Entonces, nuestro siguiente objetivo será revisar qué se entiende por autonomía desde el pluralismo jurídico, para ver de qué manera ello se refleja en la construcción social de las comunidades –campesinas y nativas–, yendo más allá de la sola interpretación constitucional.

II. ALGUNOS PUNTOS QUE NO PODEMOS DEJAR DE LADO AL HABLAR DEL PLURALISMO JURÍDICO

John Griffiths, en un brillante artículo traducido al español titulado “¿Qué es el pluralismo jurídico?” (2007) afirma que el *pluralismo jurídico* es la realidad. Para poder compartir lo que quiere decir Griffiths, habría primero que preguntarnos cómo es que se aprecia esta realidad: ¿*la realidad es vista como una diversidad de colores o monocromática?* Quienes participamos de la idea de que las sociedades se sostienen en la diversidad, tenderemos a reconocer sin dificultades el escenario de pluralismos, y con ello, el de la pluralidad jurídica, que existen en el abanico de la humanidad en sociedad; al suponerlo, podremos empezar a entender lo que Griffiths afirma. Ergo, quienes no comparten tales premisas, la tendrán más difícil para ver ese amplio espectro de diversidades; pero no es una tarea imposible, solo que la piedra sobre la que se construye esta forma de ver la realidad exige romper el paradigma de que la sociedad es única e indivisible, sino por el contrario, es plural y compleja.

Luego de acercarnos a las condiciones que nos permiten entender el *pluralismo jurídico* sin dificultades (o al menos asumir que, en efecto, al ser plural la realidad, es perfectamente posible que haya una pluralidad jurídica también), toca saber qué es. Guevara define el *pluralismo jurídico* como “(...) la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geopolítico determinado” (Guevara 2009a: 64). Entonces estamos frente a una multiplicidad de espacios normativos que comparten el escenario de lo jurídico con el Estado y el derecho oficial. Por ello, hablar en clave de *pluralidad jurídica* significa contrarrestar la idea de que el Estado sea la única fuente de derecho. En otras palabras, el centralismo legal materializado en el Estado sería un mito, un ideal, un propósito, una ilusión, en palabras de Griffiths (2007). Un objetivo central de una concepción descriptiva del pluralismo jurídico es, por tanto, demoleadora, ya que hace quebrar la idea de que el derecho (oficial, estatal) es un orden normativo único, jerárquico e inclusive exclusivo, dependiente del poder del Estado.

Pero, dentro de un sistema plural, los diversos regímenes jurídicos/normativos resultarán aun dependientes e intervenidos por el sistema jurídico estatal. En algunos casos, su existencia será registrada cuando resultan del “reconocimiento” por parte del Estado, por ejemplo, a manera de “derecho consuetudinario” presuntamente preexistente a las fronteras estatales. En otros, son vistos como normas que están en la realidad, y que podrían ser consideradas o tomadas en cuenta solo en tanto tengan algún tipo de influencia social y que, en muy pocas ocasiones, podrían inclusive discutir con las del Estado, a consideración de este.

¿Significa lo anterior que, aun en el campo del pluralismo jurídico, el Estado mantiene la capacidad de ordenar esta pluralidad? ¿El pluralismo jurídico reconoce la diversidad y la pone frente al Estado, pero no cambia ello situaciones de hecho donde el Estado mantiene

su poder? ¿Por qué se da esta situación? Esto último exige tener presente que, cuando se habla de pluralismo jurídico, no solo hay que hacerlo desde el campo de lo jurídico que reconoce la producción normativa (fuentes de “derecho” a parte del Estado). Hay que hacerlo también desde campos sociales y políticos. Profundicemos estas ideas a partir de lo ya afirmado por Guevara y que nosotros tomamos como punto de partida.

Hay quienes afirman que el Estado es la única fuente de normas jurídicas (monopolio normativo), pero el pluralismo jurídico reconoce distintas fuentes de emisión de normas, las que existirán de forma paralela al Estado. Entonces, el Estado sería una fuente de normas más, una fuente como las otras que pueden existir en la realidad. Por ello, empezamos diciendo que quienes compartimos la idea de que la sociedad es diversa, no nos cuesta entender esta afirmación. No existe el monopolio normativo estatal, sino que hay distintas fuentes que producen normas junto con el Estado. Ya de por sí, esta idea es aplastante y desestabilizadora: el Estado no es la única fuente de normas jurídicas. Ese es el primer punto que no podemos olvidar.

Pero, además, esas “otras normas” emitidas por esas “otras fuentes normativas” terminan coexistiendo e interactuando con las normas estatales. Sería una red de sistemas normativos que se conjugan al interactuar entre sí, donde las normas estatales entran al ruedo de la pluralidad como un sistema más. Aquí, dos ideas fuerza que deben leerse conjuntamente: (i) la norma existe y (ii) la norma interactúa. La norma emitida por la fuente normativa existe, pero no basta que esa norma producida por una fuente ajena al Estado exista; es necesario entender que esa norma, además, tendrá la capacidad de interactuar con las distintas normas que salen de distintas fuentes. La norma se desprende del papel para ser parte actuante del flujo social de interacciones. El escenario del *pluralismo jurídico* estará inacabado si solo creemos que basta con que se emitan normas (la existencia); es la interacción la que permite verlo (la acción). Y ese flujo de interacciones es el que admite entender dinámicamente al *pluralismo jurídico*. Pero ello no se queda solo en menciones; se exige del trabajo en el campo el poder contar con las herramientas que permitan ver al *pluralismo jurídico* actuando.

Ahora, *¿en qué consiste esta interacción?* Guevara señala que dicha coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos se da sobre las mismas situaciones sociales. Otro punto clave. Lo anterior se entiende si nos preguntamos también *¿para qué se emiten estas normas?* Si partimos de una premisa funcional para nuestra argumentación, podríamos decir que una norma existe para regular una situación. Entonces lo que podemos rescatar de lo establecido por Guevara es que dichas normas provenientes de fuentes normativas distintas buscan regular situaciones similares, e inclusive la misma situación. Por ejemplo, un nacimiento; nacer es un hecho, y siguiendo el razonamiento expuesto, esta situación podría ser abordada por dos sistemas normativos que coexisten uno al lado del otro, o, mejor dicho, el nacimiento estaría en la zona de confluencia de ambos sistemas normativos; ahí la interacción se daría en que cada uno de estos sistemas y sus normas buscan regular a su manera la misma situación partiendo de formas diferentes de entender el (mismo) hecho.

Al anterior análisis hay que agregar una variable espacio-temporal. Todo debe darse en un espacio geopolítico determinado. Las normas, independientemente de su fuente, buscan regular hechos, situaciones que existen, y que se ubican o se pueden ubicar espacialmente, y reconocer, a su vez, su temporalidad. Volvamos al ejemplo del nacimiento: se da el hecho de nacer, esto significa que hubo un momento en que este ser humano ha nacido, existe una nueva persona, se ha realizado un parto, una mujer ha dado a luz. Estas normas de los sistemas normativos van a interactuar porque al darse ese hecho (ubicable en el tiempo y en el espacio) van a querer regularlo al mismo tiempo, decir algo al respecto desde su propia fuente de emisión de normas. Además, lo que se diga o haga sobre la situación de hecho desde la norma tendrá consecuencias en el futuro de la situación; es decir, en la vida de quien ha nacido y sus progenitores. Continuando con el ejemplo, supongamos por un momento que por un lado el Estado requiere que el recién nacido tenga que ser inscrito prontamente en los registros correspondientes, y recibir un certificado oficial de que su salud es la adecuada; pero existe un sistema normativo paralelo que establece que la madre debe mantener a la criatura al menos unos 30 días en purificación, alejado del contacto de otras personas, solo con su presencia y alimentado solo con su leche. Ello significaría que el registro se demore si es que se decide mantener esta práctica establecida, o que no reciba vacunas que el Estado exige en esos 30 días de vida, o que simplemente los padres de familia sean vistos como negligentes por haber dejado de lado la autoridad estatal. Pero, por otro lado, se mantiene y preserva una práctica que podríamos catalogar de ancestral, se preserva una costumbre, se refuerza el lazo madre-hijo. Tendríamos dos sistemas normativos (y a su vez, dos maneras de entender la realidad) buscando actuar sobre el mismo hecho, y, de conseguirlo, definirían consecuencias futuras sobre la vida de quienes están involucrados directamente con el hecho en cuestión. En definitiva, estaríamos frente a una situación dilemática a la que se enfrentan las personas que viven bajo la sombra de sistemas normativos que buscan regular uno por encima del otro a la vez, *¿qué norma debo seguir?*

Todo lo anterior, *¿será suficiente para entender el pluralismo jurídico?* Hay un punto que no señala Guevara en esta definición, pero que el autor no deja de lado. Y es que esas normas provenientes de distintas fuentes están compitiendo para regular ese único hecho. ¿Dos sistemas normativos pueden regular a la vez un mismo hecho? Veamos escenarios. Inicialmente van a chocar, tensar la cuerda al jalar cada uno para su lado. Claro, eso no lo hacen los sistemas, sino las personas que hacen uso de las normas de cada sistema. Ello podría significar un conflicto. Otra posibilidad es que esas personas conversen, perdón, hagan conversar los sistemas normativos para ver de qué manera se puede generar que se regule la situación. Se darán cambios en la forma de ejecutar el contenido de las normas como resultado de este diálogo. Por eso, el *pluralismo jurídico* resulta apasionante cuando se le trata de “encontrar en la realidad”. No basta con decir que hay *pluralismo jurídico*. El trabajo está en reconocer estas situaciones de competencia entre los distintos sistemas normativos que se presentan cuando buscan regular una misma situación y no pueden hacerlo. Pero, sobre todo, cómo se da esa competencia: hay enfrentamiento, o relaciones horizontales, comunicación, desconfianza, imposición, rechazo y, claro está, encontrar las razones de todo lo anterior.

Dejando de lado por un momento la importancia de lo que significa encontrar el pluralismo jurídico actuando, podemos establecer que puede haber competencia entre sistemas normativos que buscan regular una misma situación. En el debate alrededor del *pluralismo jurídico*, se suele dar prioridad a aquellos casos en los que esta competencia ha significado conflicto entre los sistemas. Estos suelen tener al Estado como uno de los sistemas en conflicto, frente a aquellos paralelos que buscarían estar por encima de la norma estatal. Pero también hay aquellos casos en los que, por ejemplo, sin llegar al enfrentamiento, la norma estatal simplemente termina primando sobre las otras normas sin dificultades. Tanto en aquellas situaciones conflictivas como aquellas en las que no hubo complicaciones, la norma estatal resulta que tiene más poder que el resto de normas emitidas desde las distintas fuentes que existen en la realidad. *¿Por qué la norma estatal tiene más poder?*

III. EL “CAMPO SOCIAL SEMIAUTÓNOMO” DE MOORE REBATE IDEAS ABSOLUTAS DE LA AUTONOMÍA

Para intentar dar respuesta a la pregunta con la que acabamos el apartado anterior, revisemos las premisas teóricas sobre el *pluralismo jurídico* que plantea la profesora de la Universidad de Harvard, Sally Falk Moore (1978).

Su disertación empieza no con el problema de la definición de “derecho”, sino con la cuestión de un campo de observación apropiado para el estudio del derecho y del cambio social en sociedades complejas (Moore 1978: 55) Moore está particularmente interesada en examinar en esta vía la inadecuación del instrumentalismo, esto es la noción de que el cambio social puede ser llevado a cabo a través de la legislación. Para lograrlo, Moore coloca el concepto de *espacio social semiautónomo (ESSA)*³ como el espacio social emisor de normas. Convierte, así, a estos espacios en el marco sociológico del derecho. Con ello, identifica el lugar social del derecho en campos sociales más o menos autónomos, a menudo amorfos, superpuestos y en competencia. Usa el concepto de ESSA para demostrar, además, que “(...) el espacio social entre el legislador estatal y los individuos no es un vacío normativo” (Griffiths 2007: 206). El medio social a través del cual las reglas son transmitidas y el contexto social dentro del cual ellas operan están llenos de normas e instituciones de diversa procedencia. Con lo anterior, los contextos sociales donde cualquier norma puede funcionar estarán formados por diversos espacios sociales más pequeños que se encuentran situados entre el cuerpo político general y el individuo que pertenece a esos espacios (Guevara 1999). Es un enmarañamiento de sistemas/ESSA que confluyen en la vida social (la realidad, según Griffiths) donde los individuos se desplazan y el Estado busca actuar.

3 Sobre este tema, se pueden revisar los textos de Guevara Gil, *Apuntes sobre el Pluralismo Legal* (2009b), y de Griffiths, *Legal pluralism and the Social Working of Law* (1992) y *El funcionamiento social de las normas jurídicas* (2014).

Moore resalta que cada ESSA tiene la capacidad de producción normativa y los medios para inducir u obligar a su cumplimiento a quienes vivan dentro de sus fronteras. Pero, al estar dentro de un enmarañamiento, los ESSA están simultáneamente ubicados en una matriz social más amplia que puede afectarlos e invadirlos, algunas veces a iniciativa de sus miembros, otras veces por iniciativa propia. Con ello, los ESSA son definidos y sus fronteras identificadas no por su organización (puede ser un grupo corporativo o no), sino por una característica procesal: el hecho de que este puede generar reglas e inducir u obligar a cumplirlas, tanto hacia adentro del grupo como hacia otros ESSA.

Así llegamos a tres ideas fuerza sobre los ESSA: (i) cada fuente normativa a la que hicimos referencia en el apartado anterior será, a su vez, un ESSA, un espacio de donde se emiten normas de conducta; (ii) cada ESSA recibirá la influencia permanente de las normas de otros ESSA, es decir, el sistema normativo de un ESSA recibe la fuerza normativa de aquellos ESSA externos con los que interactúa; y (iii) los individuos modifican su conducta sobre la base no solo de las normas emitidas por los ESSA donde se desenvuelven, sino también de los ESSA que confluyen y que se intersectan con estos. Sobre esto último, cabe añadir que, en cada ESSA que existe en contextos sociales complejos, se ejerce un control directo de la organización sobre sus miembros, influenciando en su comportamiento a través de la socialización, determinándose, de esta manera, cuáles reglas seguir, cuándo y cómo. Por ello, el poder de ordenación y autoridad de un ESSA dependerá del poder que tenga para regular las interacciones de sus miembros, excluyendo con eso la influencia de otros ESSA y sus mecanismos de control social. A su vez, ese poder es lo que permite a un ESSA influenciar en la conducta de los miembros de ESSA que se encuentran dentro de sus fronteras organizacionales. Así, los ESSA son unidades de control social (Griffiths 2007). Pero no son bloques aislados, sino que están conectados entre sí, unos más que otros, y sus miembros son parte de otros ESSA, por lo que estarán expuestos a otras fuentes de regulación. Con lo anterior, podemos afirmar que cada ESSA busca influenciar en los ESSA que están dentro de sus fronteras y con ello a los individuos que ahí se desplazan; por eso, el Estado en tanto ESSA también tendrá también ese objetivo y lo hará a través del derecho (oficial): busca influenciar en los individuos que habitan dentro de las fronteras estatales, las que son habitadas por distintos ESSA a su vez.

Lo que plantea Moore no solo es una manera compleja y fascinante de entender el pluralismo jurídico, sino que rompe con maneras clásicas (y, me atrevería a decir, conservadoras) de entender la funcionalidad de las normas estatales. El Estado, al emitir normas, espera que las personas las cumplan. Pero entre el Estado y los individuos hay un sin número de ESSA que reciben esas normas y las reinterpretan al traspasar sus fronteras en ese tira y afloja que busca hacer cumplir lo que la norma manda. Moore rechaza la idea de que solo el Estado puede ser considerado “la fuente de normas legales”. Todo campo social está lleno de material normativo. Parte de este se origina dentro del mismo campo social, otra parte proviene de campos externos a aquel, y otra de campos sociales más pequeños que se encuentran más o menos incluidos dentro de este. Cada ESSA será un espacio donde la norma es removida de sus bases para poder

ser actuada. La norma estatal no llega “pura” a los individuos, y su conducta se verá influenciada por lo que el ESSA que está al medio reciba, y por el contexto social en el que se encuentra. No olvidemos que cada contexto muestra una heterogeneidad normativa en los que debemos identificar qué aspectos de estos nos importan para entender la función de las normas legales.

Hay un punto central del trabajo de Moore que sirve para continuar con lo que ya planteamos en páginas previas. Los ESSA son parcialmente autónomos; es decir, si bien son capaces de regular sus asuntos internamente, mantienen sus normas y resisten la penetración de normas externas que provienen de otros ESSA, ello no descarta que puedan ceder ante el poder de ESSA externos con mayor capacidad para influenciar en la conducta de sus miembros. Moore lo plantea de la siguiente manera:

“(…) en términos de semiautonomía: del hecho de que internamente puede generar normas, costumbres y símbolos, mientras que simultáneamente es también vulnerable a las normas, decisiones y otras fuerzas que emanan del mundo más amplio que lo rodea. El campo social semiautónomo posee la capacidad de crear derecho y cuenta con los medios para inducir o exigir su cumplimiento, pero al mismo tiempo se ubica en una matriz social más amplia que puede, como sucede en la práctica, afectarlo e invadirlo, algunas veces como resultado de la invitación de personas que se encuentran en su interior y otras a iniciativa propia de esa matriz social más amplia. El problema analítico de los campos autónomos se presenta en la sociedad tribal, pero es incluso más importante en la antropología social de las sociedades complejas. Todos los Estado nacionales del mundo, antiguos y nuevos, son en este sentido sociedades complejas” (Moore 1978: 55-56, citado por Griffiths 2007: 199-200)

Con lo anterior, entonces, Moore considera al Estado como un ESSA que se mueve en este campo de influencias. Pero no es cualquier ESSA, es el más inclusivo de los ESSA, porque busca ingresar a una serie de ESSA menos inclusivos y de menor resistencia ante el aparato estatal para así mantener el control social en el marco de sus fronteras nacionales. Así, el Estado actúa como un ESSA con suficiente poder de influenciar otros ESSA (por lo menos, lo intenta y, en varias ocasiones, lo logra), poder que se sostiene en la propia capacidad del Estado de –valga la redundancia– ser Estado dentro del territorio en el que se asienta. Ello, sin embargo, no descarta que ESSA “más pequeños” puedan enfrentar el poder del Estado en determinados casos.

La importancia del análisis de Moore reside en que pone poca atención a las relaciones entre campos sociales semiautónomos no estatales, concentrándose en la efectividad del derecho estatal dentro de un determinado “campo social semiautónomo” (Griffiths 2007). Se concentra en plantear las bases para acercarnos a los casos en los que el poder estatal, al manifestarse, mueve las piezas que hacen que las situaciones de pluralismo jurídico se hagan evidentes. El Estado busca que su sistema jurídico funcione y, al hacerlo, se confronta con una realidad muy compleja. En ese sentido, permite acercarnos a entender las tensiones que pueden darse entre el Estado y otros sistemas normativos (ESSA) con los que interactúa. De manera adicional, la fuerza del trabajo de Moore se vincula con su apreciación de la complejidad de la situación social en la cual el derecho opera: el contexto importa, y el Derecho (estatal) no puede dejarlo de

lado. Ese contexto influye en la manera como ese derecho termina funcionando en la realidad. Moore plantea una propuesta analítica que *horizontaliza* al derecho estatal, alejándolo de preconcepciones jerárquicas, centralistas y totalizantes. Y, al hacerlo, pone énfasis en la autonomía variable de los campos sociales. En este último sentido, es importante su énfasis en el aspecto dinámico de la autonomía parcial, esto es, la tendencia de un campo social autorregulado a defender cualquier intrusión en una autonomía previamente alcanzada (Griffiths 2007).

La aproximación de Moore puede ser aplicada al análisis de pluralismo jurídico interno de cualquier campo social en cualquier nivel legal, no limitándose al análisis del pluralismo jurídico en la sociedad entera. Siendo así, la estructura sociojurídica se manifiesta en el patrón de interacción de los diversos campos semiautónomos que pueden ser observados. El concepto de ESSA, así, proporciona una herramienta de carácter descriptivo, cuya función sea localizar al pluralismo jurídico en la estructura social.

IV. VOLVIENDO AL ORIGEN DE NUESTRAS PREOCUPACIONES ANALÍTICAS. CONCLUYENDO

El principal aporte de Moore para nuestro interés está en que los ESSA –en tanto fuentes normativas– no son autónomos, sino semiautónomos. Es decir, reciben la influencia de diversas fuentes de normas. Tal recepción de normas de un ESSA a otro ESSA genera (o puede generar) que los miembros de estos modifiquen su conducta desde aquellas normas foráneas, dejando de lado las propias. Pero también puede darse el caso de que se mezclen las normas reinterpretándolas, surgiendo variantes de la confluencia de los dos sistemas normativos en diálogo en el espacio de un ESSA. O, del mismo modo, puede ocurrir que un ESSA receptor de normas foráneas rechace aquellas. Frente a estos escenarios, lo que resaltamos es que cualquier sistema normativo recibe de forma permanente y constante una serie de normas provenientes de otros sistemas o fuentes normativas, lo que representa un escenario de complejas relaciones entre normas que buscan influenciar (en competencia) en las personas y los grupos. Ello referirá como consecuencia que, debido a esta interacción entre sistemas que se influyen, la sucesión de cambios (sociojurídicos) sostenidos en las normas de los ESSA menos inclusivos y más inclusivos será el escenario en el que se da el pluralismo jurídico. En ese sentido, el pluralismo jurídico no solo será la interacción entre dos o más sistemas normativos en competencia, sino, además, la influencia que entre estos se dé, así como las consecuencias de ello en la vida de las personas, lo que se puede evidenciar en la serie de normas que se entrelazan y la manera como se da este enmarañamiento.

Ahora, volviendo al tema con el que empezamos la presente exposición –cómo entender la autonomía de las comunidades campesinas y nativas en el Perú–, y recordando

que estamos frente a un caso de pluralismo jurídico, toca resaltar dos cosas: la primera, que las comunidades son ESSA, y la segunda, que reciben la influencia de diversos sistemas normativos o ESSA, entre estos, el Estado. En este marco, las comunidades en tanto ESSA será semiautónomas, lo mismo que el Estado.

COMUNIDAD = ESSA (semiautónomo) = FUENTE DE EMISIÓN DE NORMAS

ESTADO = ESSA (semiautónomo) = OTRA FUENTE DE EMISIÓN DE NORMAS

Para completar el análisis, no podemos olvidar cómo se ha venido dando de manera progresiva un cambio en la manera de entender lo autónomo en el Perú, dejando de lado solo lo comunal para dirigirnos hacia lo indígena. Pero ello implica (y exige) profundizar el sentido de lo autónomo. Las comunidades y el Estado pueden ser entendidos como ESSA que emanan normas que deben ser cumplidas por los individuos que viven dentro de las fronteras de cada uno. Pero, como ya mencionamos, la comunidad en este caso recibirá la influencia normativa del Estado al estar dentro de sus límites, por lo que los individuos miembros de las comunidades se verán ante la situación de tener que cumplir no solo las normas de la comunidad a la que pertenecen, sino las estatales también. Inclusive, de otros ESSA con los que la comunidad interactúa, como aquellas provenientes por su condición de miembro de un pueblo indígena (de ser el caso), normas distritales, regionales, por sectores ministeriales (ambientales, para la lucha contra la pobreza, identidad, tributarias, etc.), entre otras. Este escenario nos recuerda lo que mencionamos ya previamente del ejercicio de autonomía hacia adentro, pero ampliándolo. La comunidad se ordena para vivir (normas de conducta interna), pero al hacerlo deberá sumar las normas estatales que buscan influenciar conjuntamente con las normas comunales en la conducta de las personas. Este escenario de confluencia de normas provenientes de distintas fuentes normativas es el escenario donde se dan las regulaciones legales, lo que deja de lado entonces la bifurcación que hicimos de dos escenarios para el ejercicio de la autonomía. No son dos escenarios, es el mismo escenario donde las normas emanan de distintas fuentes e influyen diversos ESSA en una suerte de mezcla permanente de espacios donde las personas, individuos, grupos se desplazan.

Otro punto a tener en consideración es el del poder en esta interacción entre la comunidad y el Estado. Si el Estado tiene más poder que una comunidad, puede ocurrir que el sistema normativo estatal resulta más poderoso –a su vez– que el de la comunidad al momento de querer ganar terreno para normar las conductas y situaciones sociales. Ello no descarta de ninguna manera aquellos casos en los que el sistema normativo comunal tenga la capacidad de rechazar la norma estatal que busca generar cambios dentro de las fronteras comunales. Pero son situaciones que hay que revisar con detalle, y caso por caso. El trabajo es no asumir que siempre la comunidad va a rechazar las normas estatales por su carácter de autónoma. Eso es imposible. Habrá casos en los que la norma comunal prevalecerá sobre la norma estatal, pero en la mayoría de los

casos, la norma estatal será la predominante. Lo autónomo de la comunidad se mueve en el péndulo que oscila entre asumir la norma estatal o rechazarla. Así, la autonomía comunal no es absoluta, y será relativa en tanto la influencia estatal se dé; y dado que esta es contante y permanente, entonces la semiautonomía de las comunidades será constante y permanente a su vez.

Ahora, las situaciones de rechazo nos dicen que no siempre el Estado tendrá todas las de ganar. La historia reciente nos muestra que se están dando cambios respecto a la manera como el poder del Estado ha ido cediendo terreno al poder que muchas comunidades empiezan a obtener. A pesar de este nuevo escenario, ello no significa que las comunidades son cada vez más autónomas, significa que van en camino de mejorar la manera de recibir o rechazar la influencia estatal dentro de sus fronteras comunales.

La semiautonomía se mantiene, pero son menos normas estatales las que logran influenciar con gravidez en las relaciones comunales; pero la larga lista de influencias que una comunidad ha recibido a lo largo de su existencia nos dicen que las conductas de los individuos que habitan comunalmente incluye no solo reglas de conducta propias de la comunidad, sino estatales a su vez. La pureza es una ilusión, como lo es la idea de la autonomía como presencia paradigmática inquebrantable. Lo que tenemos son escenarios de influencias que hacen que se den cambios y adaptaciones a las situaciones que se llegan a presentar. La tarea en este nuevo escenario es reconocer este contexto como parte sustantiva de las relaciones entre comunidades y Estado, y ver, en cada caso, no solo sus particularidades, sino el sentido detrás de los rechazos a las normas estatales por parte de la comunidad, así como los fundamentos detrás de la justificación de la norma estatal que quiere generar cambios en las comunidades. Ni uno ni otro lado deben verse como lados que tienen la razón frente a otros; sino entender la confluencia de dos sistemas normativos que lo que buscan es posicionarse para regular ciertas situaciones.

BIBLIOGRAFÍA

GUEVARA GIL, Armando

- 2009b “Apuntes sobre el pluralismo legal”. En Armando Guevara, *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 29-60.
- 2009a “Bases para el estudio de la diversidad legal” En Armando Guevara, *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp.79-108.

GRIFFITHS, John

- 1992 *Legal Pluralism and the Social Working of Law*. En Bow Brower et.al. (eds.) *Coherence and Conflict in Law*, pp. 151-176.
- 2007 “¿Qué es el pluralismo jurídico?”. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 143-220.
- 2014 “El funcionamiento social de las normas jurídicas”. En Armando Guevara y Anibal Gálvez (compiladores) *Pluralismo jurídico e interlegalidad: Textos esenciales*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), PUCP.

MOORE, Sally F.

- 1978 “Law and Social Change: The Semi Autonomus social Field as an Appropriate Subject of Study”, en Sally F. Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*. London: Routledge & Kegal Paul. Reimpreso en: *7 Law and Society Review*, pp. 719-746 (1973).

Esta publicación se terminó de imprimir en
el taller gráfico de NEGRAPATA S.A.C.
Jr. Suecia 1470, Urb. San Rafael, Lima, Lima, Perú.
Febrero, 2019

ISBN: 978-612-4261-40-4



9 786124 261404



Av. Prolongación Arenales 437
Lima 27, Perú
Teléfono: 01 612 4700
www.spda.org.pe